

Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento: tiene la rete di contenimento del giudice amministrativo?

di Alfonso Mezzotero^()*

SOMMARIO: 1.- La questione della configurabilità della c.d. pregiudizialità da silenzio. 2.- Presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo. 3.- La tesi favorevole alla c.d. pregiudizialità del giudizio ex art. 21 bis. 4.- La contraria opinione che esclude il previo esperimento del rito del silenzio ai fini della proponibilità dell'azione risarcitoria. 5.- La pregiudizialità è estranea al risarcimento del danno da silenzio. 6.- Il progressivo superamento da parte della giurisprudenza della pregiudizialità da silenzio. 7.- Il danno da omessa ripianificazione delle zone bianche. 8.- Termine prescrizione dell'azione di risarcimento dei danni conseguenti a ritardo o inerzia.

Sullo sfondo della disputa sulla questione della pregiudiziale amministrativa, ancora lontana dal raggiungimento di certezze giurisprudenziali, anche in considerazione del fatto che le recenti decisioni della Cassazione del giugno 2006 hanno non solo ribaltato l'orientamento prevalso nella giurisprudenza amministrativa, ma anche trasformato, in modo criticabile, la pregiudiziale in una questione di giurisdizione, lo scritto esamina il percorso giurisprudenziale che ha progressivamente portato a ritenere inestensibile alle ipotesi in cui il danno scaturisce da comportamento inerte la teorica della pregiudizialità amministrativa (secondo lo schema annullamento -reintegrazione in forma specifica - risarcimento per equivalente monetario, in successione decrescente).

L'indagine è, in particolare, focalizzata sulle ragioni che rendono insostenibile riguardo al danno da comportamento inerte l'impostazione della maggioritaria giurisprudenza amministrativa che tende essenzialmente a legare l'azione risarcitoria ai tempi e ai modi tipici del processo amministrativo, accentuandone il carattere consequenziale e completo rispetto alla tutela demolitoria, al fine di evitare l'eccessivo protrarsi dello stato di incertezza in merito all'assetto dei rapporti pubblicistici.

In tale ambito, tuttavia, permangono con l'ombra (si pensi al danno da omessa ripianificazione delle zone bianche) che non consentono di ritenere pacificamente accolta dalla giurisprudenza la tesi che esclude che la domanda di accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento silente o inerte della P.A., veicolata dalla impugnazione del silenzio attraverso l'esperimento dell'azione ex art. 21 bis, l. T.A.R., costituisca condizione di ammissibilità dell'azione risarcitoria.

^(*) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Catanzaro.

1. La questione della configurabilità della c.d. pregiudizialità da silenzio.

Particolarmente controverso, anche in considerazione della non univoca posizione assunta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, è il tema della c.d. pregiudiziale amministrativa da silenzio o inerzia della P.A. a fronte di adempimenti pubblicistici (1).

Com'è noto, a seguito della riformulazione dell'art. 7, comma 3, legge T.A.R., in forza della legge n. 205/2000, la giurisprudenza amministrativa al

(1) Per un'aggiornata e dettagliata ricostruzione del dibattito giurisprudenziale in materia di pregiudizialità e del contrasto tra la IV e V Sezione del Consiglio di Stato, si veda LOTTI, *La querelle infinita: pregiudiziale sì, pregiudiziale no*, in *Urb. e app.*, 2007, 963 ss., nonché BERTONI, *Pregiudiziale amministrativa, risarcimento del danno e questioni di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 10, 1087 ss. A livello monografico una trattazione completa del tema è stata fornita da CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007; FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e amministrativo*, Milano, 2006. Tra i molteplici contributi in materia, si segnalano ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 105 ss.; BARBIERI, *Qualche motivo a favore della pregiudizialità della tutela demolitoria rispetto alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, *ivi*, 471 ss.; CAPONIGRO, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in www.giustamm.it; CARINGELLA, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in www.ildirittopericoncorsi.it; CAVALLARI, *La pregiudiziale amministrativa: le ragioni di una soluzione*, in www.giustizia-amministrativa.it; CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; *Id.*, *È possibile optare per il solo risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo, senza avvalersi degli effetti conformativi del giudicato di annullamento?*, in *Dir. & form.*, 2005, 376; COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, *ivi*, 2005, 280 ss.; CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo tra le Corti e le esperienze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 631; CORRADINO, *Sulla pregiudiziale amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; CRISCENTI, *Dalla pregiudizialità e giurisdizione e ritorno (nota a Cass. 7 gennaio 2008, n. 35)*, in www.neldiritto.it; FIASCONARO, *La pregiudiziale amministrativa e i profili di criticità nella posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; GAROFALO, *Eventualità del risarcimento del danno e pregiudiziale amministrativa*, in www.giustamm.it; GASPARINI CASARI, *In tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, IV, Padova, 2007, 215 e ss.; GISONDI, *Pregiudizialità e giudizio sul rapporto*, in www.giustizia-amministrativa.it (ove alla nota 3 si rinviengono ulteriori riferimenti bibliografici sul tema); GOTTI, *Spunti di riflessione sul rapporto tra azione risarcitoria e pregiudiziale di annullamento: un problema la cui soluzione non è più rinviabile*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2183; LOTTI, *La pregiudiziale di annullamento: argomenti di diritto civile a confronto*, *ivi*, 1828; STANCANELLI, *Qualche osservazione sulla pregiudiziale amministrativa nel giudizio di risarcimento del danno*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, *cit.*, 437 e ss.; VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 971 ss.; VOLPE, *Alcune considerazioni in tema di pregiudizialità amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, *cit.*, 469 e ss. e in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271, cui si rimanda per l'ampiezza e puntualità dei riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

suo massimo livello (2) ha affermato il principio che l'azione risarcitoria per danni conseguenti ad attività provvedimentoale presuppone l'avvenuta impugnazione nell'ordinario termine di decadenza dell'atto illegittimo pregiudizievole, in ragione (principalmente) dell'impossibilità di un accertamento incidentale da parte del giudice degli interessi della illegittimità di un atto divenuto inoppugnabile. Ed invero, secondo i principi generali, al G.A. non è dato disapplicare atti amministrativi non regolamentari. Da qui il fondamentale corollario della inammissibilità di azioni risarcitorie cc.dd. pure, proposte in relazione a provvedimenti amministrativi non impugnati nei termini e non rimossi in autotutela dall'amministrazione ovvero in sede giustiziale (3). Del resto, la proponibilità di un'autonoma domanda risarcitoria, sganciata

(2) Cons. St., ad. pl., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3, 885 ss., con nota di CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*; in *Dir. proc. amm.*, 2003, 866 ss., con nota di D'ATTI, *Il diritto europeo e la questione della pregiudizialità amministrativa*, da ultimo, Cons. St., ad. pl., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Urb. e app.*, 2008, 339, ove la Plenaria ha compiuto una vera e propria ricostruzione sistematica dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo, ribattendo alle argomentazioni espresse dalle Sezioni Unite nelle famose ordinanze gemelle n. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 ed individuando sette ragioni a sostegno della pregiudizialità. Sulla dec. n. 12/2007 si vedano i commenti di CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: la linea del Piave o l'effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 55; DI MAJO e MADDALENA, *La giurisdizione esclusiva del g.a. in merito ai comportamenti amministrativi*, in *Il corriere del merito*, 2008, 119; C.E. GALLO, *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2008, 346; PLAISANT, *Accessione invertita, è scontro tra Consiglio di Stato e Cassazione*, in *Dir. prat. amm.*, 2007, 11, 84.

(3) Sul tema della pregiudizialità amministrativa, relativamente ad una fattispecie di occupazione illegittima, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è espressa con decisione n. 9 del 30 luglio 2007, in www.lexitalia.it, cui la questione era stata deferita dal Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., con ordinanza 2 marzo 2007, n. 75, *ivi*. In tale ultimo arresto i Giudici di Palazzo Spada escludono che la regola della pregiudizialità operi ove l'atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela o su ricorso di parte, oppure qualora il danno non sia prodotto dalle statuizioni costitutive contenute nell'atto, ma sia materialmente causato dalle particolari modalità della sua esecuzione; sulla base di premessa, il Consiglio esclude l'operatività della regola della pregiudizialità nel caso di azione risarcitoria proposta a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo operata dalla P.A. sulla base di un'occupazione d'urgenza alla quale non sia seguita, nei termini previsti dalla dichiarazione di p.u., l'emissione del decreto di esproprio. È evidente, infatti, che, in tale ipotesi, alcun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può accollarsi al suo destinatario, considerato che il danno lamentato non discende da eventuali illegittimità dell'atto dichiarativo quanto direttamente dalla mancata conclusione del procedimento e dalla omessa adozione al termine dei lavori dell'atto di trasferimento, che ha impedito la stabilizzazione degli effetti *medio tempore* prodotti dagli atti intermedi ad esso finalizzati sul piano causale.

Prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria si sono registrate posizioni davvero contraddittorie tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato: da ultimo, per la soluzione dell'ammissibilità del ricorso non preceduto dall'impugnativa del provvedimento: Cons. St., sez. V, 21 giugno 2007, n. 3321, in www.lexitalia.it, che, pur richiamando l'indirizzo delle Sezioni

dalla preventiva caducazione dell'atto produttivo di danno, comporterebbe la trasformazione della natura stessa della tutela, che verrebbe a perdere la sua

unite a sostegno del superamento della teorica della pregiudizialità, precisa, in ogni caso, che “*ciò non impedisce di riconoscere l'interesse del ricorrente ad ottenere una sentenza di annullamento del provvedimento impugnato, idonea a spiegare effetti anche nel giudizio civile, quanto meno con riferimento al presupposto oggettivo dell'azione di responsabilità*”; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, *ivi*, e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 18 maggio 2007, n. 386, *ivi*, n. 5/2007; in senso decisamente opposto: Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3034, in www.giustamm.it, che conclude per l'inammissibilità della pretesa risarcitoria di un pubblico dipendente in ragione della omessa impugnazione degli atti autoritativi della P.A. datrice, “*in ossequio ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria (decisione 26 marzo 2003, n. 4), secondo cui l'esercizio della pretesa risarcitoria fondata sulla affermata lesione di un interesse legittimo deve intendersi impedito a chi ha omesso di impugnare, nel termine decadenziale, il provvedimento amministrativo asseritamente produttivo del danno del quale si domanda il ristoro*”; alla medesima conclusione approda Cons. St., sez. V, 12 luglio 2007, n. 3922, in www.giustamm.it, che ribadisce il principio della necessaria pregiudiziale di annullamento rispetto alla pronuncia di risarcimento.

La giurisprudenza di primo grado si dimostra ancora compatta nell'aderire alla tesi favorevole alla pregiudizialità patrocinata dalla decisione n. 4/2003 dell'Adunanza Plenaria: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 5 novembre 2007, n. 10853, in www.lexitalia.it, ove il Collegio sostiene che, per accogliere una domanda di risarcimento dei danni provocati da un atto illegittimo dell'Amministrazione, è indispensabile che il giudice abbia pronunciato un preventivo annullamento del provvedimento amministrativo o almeno che abbia accertato l'illegittimità di una condotta omissiva o commissiva della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che atteso il nesso di necessaria pregiudizialità intercorrente fra le due domande, l'infondatezza della domanda principale di annullamento degli atti impugnati, trae seco anche quella della domanda subordinata risarcitoria che va anch'essa respinta; T.A.R. Piemonte, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2990, in www.giustamm.it; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 1 agosto 2007, n. 432, *ivi*; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 luglio 2007, n. 746, *ivi*; T.A.R. Valle d'Aosta, 11 luglio 2007, n. 88, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 19 giugno 2007, n. 6214, in www.neldiritto.it; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 7 giugno 2007, n. 1629, in www.lexitalia.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 31 maggio 2007, n. 5871, in www.iusna.net – rivista di giurisprudenza amministrativa napoletana; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 23 aprile 2007, n. 1174, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 16 aprile 2007, n. 651, in *Guida al diritto*, n. 20/2007, 97, con nota di CARUSO, *Con l'impugnazione immediata dell'atto il privato può ottenere il bene della vita*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 22 marzo 2007, n. 273, in www.neldiritto.it; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 4 luglio 2006, n. 3710, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2652, con nota di CALSOLARO, *Per la pregiudiziale amministrativa: la doppia anima dell'interesse legittimo*; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 11 luglio 2006, n. 581, *ibidem*, 2570; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3 agosto 2006, n. 7797, in *Il Corriere del merito*, 2006, 1207; T.A.R. Basilicata, 2 febbraio 2007, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 16 aprile 2007, n. 651, in www.lexitalia.it.

Non mancano, tuttavia, decisioni che riducono o addirittura escludono l'operatività della pregiudizialità: T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 5 giugno 2007, n. 1469, in www.neldiritto.it, che esclude l'onere della previa impugnazione dell'atto lesivo qualora la controversia afferisca ad un diritto soggettivo, quale, nel caso di specie, quello alla salute, considerato, per sua natura, fondamentale ed insuscettibile di affievolimento da parte della P.A., anche in ragione della copertura costituzionale di cui fruisce ai sensi dell'art. 32 Cost.; T.A.R.

precipua *natura rimediabile e completiva*, la quale – riconosciuta e ribadita dalla Corte costituzionale – vuole, in linea con il disposto dell'art. 7, legge n. 205/2000, che il giudice amministrativo conosca anche di un eventuale risarcimento del danno, storicamente concepito come diritto patrimoniale consequenziale. Essendo la tutela risarcitoria complementare a quella di annullamento, deve necessariamente inserirsi nel sistema complessivo di tutela accordato dal giudice amministrativo, incentrato, a Costituzione invariata, sull'impugnazione del provvedimento amministrativo e sull'effetto conformativo impresso dalla sentenza sulla successiva azione amministrativa; rispetto a tale sistema, il potere di risarcire il danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica si atteggia come aggiuntivo, scontando le caratteristiche proprie della struttura stessa della tutela del giudice amministrativo.

La giurisprudenza si è interrogata, con esiti invero piuttosto contraddittori, in ordine all'estensibilità della regola della pregiudizialità amministrativa ai casi in cui il danno lamentato non derivi da un'attività commissiva, bensì dalla mera inerzia dell'amministrazione protrattasi per un lasso temporale più o meno lungo. La questione involge inevitabilmente la tematica del silenzio ed, in particolare, la possibilità per il G.A., adito soltanto con l'azione risarcitoria, di accertare l'illegittimità della condotta omissiva tenuta da una pubblica amministrazione al solo fine di pronunciare sulla domanda di risarcimento danni. In altri termini, occorre interrogarsi sull'ammissibilità di una simile domanda allorquando all'inerzia del soggetto pubblico corrisponda l'inerzia del danneggiato, che abbia ommesso di utilizzare gli strumenti apprestati dall'ordinamento per l'accertamento in via principale della illegittimità della condotta omissiva serbata ai suoi danni, ossia lo speciale rito delineato dall'art. 21 *bis*, legge T.A.R.

È ben evidente come la problematica non sia di agevole soluzione, poiché la mancanza di un atto amministrativo (il comportamento inerte dell'amministrazione) rende non pertinente il riferimento all'assenza del potere disapplicativo in capo al G.A.; inoltre, l'eventuale decorso del termine (ora) annuale di "impugnazione" del silenzio non osta alla reiterabilità dell'istanza, ai sensi dell'art. 2, comma 5, legge n. 241/1990, nella formulazione risultante dall'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

2. Presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo.

L'indagine diretta a verificare l'estensibilità della teorica della pregiudiziale al danno da silenzio e da ritardo deve necessariamente prendere le

Liguria, sez. II, 12 aprile 2007, n. 633, in *www.giustamm.it*, che, richiamando l'indirizzo delle Sezioni Unite al quale il tribunale dichiara di aderire, decisamente esclude l'onere della previa impugnazione dell'atto lesivo, qualora l'interessato opti per la sola tutela risarcitoria, nel qual caso la legittimità dell'atto, divenuto ormai inoppugnabile, verrà conosciuta *incidenter tantum* dal giudice amministrativo.

mosse dall'individuazione dei presupposti per la giustiziabilità di pretese risarcitorie aventi ad oggetto danni derivanti non già da determinazioni attive della P.A., bensì dal silenzio dalla stessa serbato sull'istanza del privato o dal ritardo con cui è stato definito il procedimento.

Orbene, tra le fattispecie di responsabilità della P.A. la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di enucleare anche quella correlata al ritardo o al silenzio nella conclusione del procedimento amministrativo.

Tutte le classificazioni del danno da ritardo s'incentrano sulla netta distinzione tra una prima forma di responsabilità, prospettabile per il solo fatto della violazione dell'obbligo formale di provvedere entro il termine, a prescindere, quindi, dall'esito finale dell'istanza, ed una seconda tipologia di responsabilità, relativa ai danni connessi al mancato o ritardato godimento dell'utilità finale, che presuppone il giudizio prognostico circa la sussistenza del diritto del privato a quel godimento.

Secondo una classificazione elaborata in dottrina (4), il danno da ritardo può essere distinto nelle seguenti tre sottocategorie:

a) danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo e favorevole dopo l'annullamento di un precedente atto illegittimo sfavorevole;

b) danno provocato dalla mera tardività con cui è stato emanato un provvedimento legittimo e sfavorevole;

c) danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo ma sfavorevole.

Secondo questa tesi le tre ipotesi sono nettamente distinte tra loro: nel primo caso si tratta di una responsabilità da provvedimento, essendo il danno provocato dall'illegittimo diniego (che andrà, quindi, impugnato entro l'ordinario termine decadenziale) e dal conseguente ritardo nell'emanazione del provvedimento richiesto; le altre due ipotesi riguardano, invece, danni (da ritardo procedimentale) non direttamente causati da provvedimenti illegittimi, poiché in entrambi i casi i provvedimenti sono legittimi.

Secondo la tripartizione fatta propria dalla giurisprudenza (5), al c.d. danno da ritardo possono essere ricondotte tre ipotesi diverse tra di loro, incentrate, le prime due, sul provvedimento tardivo rispetto ai tempi procedurali, la terza sul rifiuto di provvedere:

1) adozione tardiva di un provvedimento legittimo, ma sfavorevole al destinatario;

2) adozione del provvedimento richiesto, favorevole all'interessato, ma emesso in ritardo;

3) inerzia, e dunque mancata adozione del provvedimento richiesto.

(4) CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 691; ID., *Brevi riflessioni sul danno da ritardo*, in *Dir. & formazione*, n. 2, 2003, 217 ss.

(5) Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 721.

Nel caso di inerzia, il privato, attivando la specifica tutela di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R., può conseguire il provvedimento espresso (che, comunque, non può essere emesso direttamente dal giudice, come chiarito dalla giurisprudenza) (6). Tuttavia, il conseguimento del provvedimento espresso, ancorché favorevole, lascia comunque in vita un possibile profilo di danno, in relazione al ritardo con il quale il provvedimento è stato conseguito. È evidente, in questo caso, che il ritardo nell'emanazione del provvedimento favorevole all'istante vale a connotare in termini di illegittimità l'attività della P.A.. In ogni caso, in tale ipotesi, pur essendo superfluo il giudizio prognostico, non è sufficiente il solo accertamento del ritardo per la statuizione circa l'obbligo del risarcimento del danno, essendo necessario scrutinare le ragioni del ritardo, vale a dire accertare se l'amministrazione non ha rispettato il termine finale del procedimento per dolo o colpa, ovvero se la sua inerzia possa ritenersi giustificata. In ordine alla non imputabilità delle cause del ritardo, la giurisprudenza puntualizza che «*l'Amministrazione non può addurre a giustificazione del proprio obbligo di provvedere rimasto inadempito un fatto interno alla sua organizzazione, al punto da farlo assurgere addirittura a causa di forza maggiore ossia una vis cui resists non potest in grado di far venir meno il suo dovere istituzionale di provvedere. D'altronde, anche secondo il diritto comune per "causa non imputabile" – ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. – in grado di esonerare il debitore da responsabilità da inadempimento deve intendersi quell'impedimento assolutamente imprevedibile ed estraneo alla sfera del debitore, cioè tale che egli non avrebbe potuto in alcun modo prevedere e controllare, mentre ogni altro evento tale da rendere più oneroso o difficoltoso l'adempimento non potrebbe, in ogni caso, esentare il debitore da responsabilità facendo venir meno l'inadempimento colpevole*» (7).

Situazione analoga a quella sopra indicata si verifica nell'ipotesi in cui il provvedimento favorevole all'istante interviene con ritardo (senza che il privato agisca avverso l'iniziale inerzia dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 21 *bis*, legge T.A.R.): si pensi al caso del rilascio tardivo di un permesso di costruire, in relazione al quale sono prospettabili i danni consistenti nell'aumento dei costi del materiale di costruzione, dovuti al decorso del tempo ovvero ancora al rilascio in ritardo di una concessione demaniale per una stagione ormai trascorsa. Anche in questo caso, in sede di pretesa risarcitoria

(6) Da ultimo, Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311, in *Urb. e app.*, 2008, 351, con nota di ROCCO, *Appello incidentale improprio e accertamento della fondatezza della pretesa fatta valere nell'istanza inevasa*, ove la Sezione, nell'affermare che il giudice può conoscere della fondatezza della pretesa allorché non siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale, ribadisce la sussistenza del limite dell'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione, che potrà essere condannata ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'an della pretesa, ma nulla di più.

(7) T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 31 ottobre 2007, n. 10329, in *www.lexitalia.it*.

per danno da ritardo, il G.A. non deve limitarsi al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento (per violazione del termine procedimentale), ma deve estendere la sua indagine alla valutazione della colpa della P.A., intesa come apparato. Peraltro, atteso che secondo l'orientamento giurisprudenziale di cui si darà *infra*, la fattispecie risarcitoria non si esaurisce nel superamento dei termini procedurali, la pretesa relativa al danno da ritardo va, ad esempio, esclusa in ragione della particolare complessità della fattispecie e del sopraggiungere di evenienze non imputabili all'amministrazione, che inducono ad escludere la sussistenza del requisito soggettivo della colpa in capo all'amministrazione stessa (8). Tale avviso è, del resto, espresso da autorevole dottrina togata (9), secondo cui: «*in un'ottica – non infrequente – di collaborazione tra il richiedente e l'amministrazione, può anche accadere che il termine sia superato non per anomalie dell'azione amministrativa, ma o per obiettive esigenze o perché lo stesso richiedente – consapevole della complessità del caso – anche informalmente svolge opera di persuasione sulla accoglibilità della istanza, tale da indurre l'amministrazione ad una maggiore ponderazione*». Occorre, quindi, che il ritardo sia dipeso da un comportamento inescusabile; in tal caso, sussisterà l'elemento della colpevolezza dell'apparato amministrativo (la rimproverabilità del ritardo).

Controversa (fino al recente arresto dell'Adunanza Plenaria) è apparsa la questione se competa la tutela risarcitoria laddove l'amministrazione adotti un provvedimento sfavorevole, legittimo, ma con ritardo rispetto ai tempi ordinari del procedimento: è questa l'ipotesi del c.d. da ritardo mero, che s'identifica nella lesione dell'interesse procedimentale (e, dunque, non collegata al bene della vita) del privato alla tempestiva conclusione del procedimento, nel termine di cui all'art. 2, legge n. 241 del 1990, che prescinde dalla lesione del bene finale della vita al cui conseguimento l'istanza era rivolta.

In questa ipotesi si pone, in particolare, la questione, strettamente collegata al problema più generale della natura giuridica della responsabilità da illecito della P.A., se, rispetto al bene della vita, vi sia un distinto e autonomo interesse del soggetto nel rapporto con l'amministrazione, vale a dire l'interesse alla tempestività dell'agire amministrativo, risarcibile a prescindere dalla possibilità di conseguire o meno il bene della vita richiesto ed indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto del provvedimento oggetto dell'istanza.

In quest'ottica si muoveva l'art. 17, comma 1, lett. f), legge n. 59 del 1997, che ipotizzava «*forme di indennizzo automatico e forfettario*», pur se

(8) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 623, in *Guida al dir.*, 2007, 87, con nota di NUNZIATA, *Principio di pregiudizialità soddisfatto se c'è stato il giudizio sul silenzio-rifiuto*.

(9) MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

a favore del richiedente, qualora l'amministrazione non avesse adottato tempestivamente il provvedimento, anche se negativo. Tuttavia, tale disposizione, contenuta in un disegno di legge delega, non ha mai trovato attuazione, in quanto non è stata attuata la delega conferita dalla citata legge, né sono state assunte, dopo la scadenza dei termini assegnati al legislatore delegato, iniziative per la emanazione di una nuova legge di delega con lo stesso contenuto o per la proroga del termine.

In questa direzione sembrerebbe muoversi un recente d.d.l. c.d. Nicolais (A.S. 1859), approvato dal Consiglio dei Ministri in data 22 settembre 2006, recante norme in materia di efficienza delle amministrazioni pubbliche e di riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese, che prevede una tutela indennitaria e risarcitoria del privato a fronte della violazione da parte dell'amministrazione dei termini procedurali, disancorata dalla necessaria dimostrazione della spettanza del bene della vita, così concependo il tempo come bene a sé stante e la relativa violazione come danno risarcibile. In particolare, tale d.d.l. introduce l'art. 2 bis, legge n. 241 del 1990, secondo cui: «*le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, co. 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto. 2. Indipendentemente dal risarcimento del danno di cui al co. 1 e con esclusione delle ipotesi in cui il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento dell'istanza, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1-ter, corrispondono ai soggetti istanti, per il mero ritardo, una somma di denaro stabilita in misura fissa ed eventualmente progressiva, tenuto conto anche della rilevanza degli interessi coinvolti nel procedimento stesso*».

Il problema di fondo consiste, quindi, nello stabilire se sia o meno risarcibile il danno da ritardo indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata dal privato con l'istanza. In altri termini, occorre stabilire se l'affidamento del privato nella certezza dei tempi dell'azione amministrativa sia meritevole di tutela in sé, a prescindere dal conseguimento dell'utile finale cui l'istanza era preordinata.

Parte della dottrina (10) ritiene ipotizzabile la responsabilità della P.A. per il solo fatto del ritardo, in assenza quindi di ogni indagine sulla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale, rilevando che «*non è ontologicamente corretto limitare le lesioni dell'interesse legittimo al solo provvedimento (allorché esso sia, non solo illegittimo, ma anche sfavorevole)*. Ogni

(10) CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 156 ss.; SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1, 35; TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 90.

violazione di principi e di regole che riguardino qualsiasi aspetto dell'azione amministrativa, in quanto impedisca, complichino o ritardi la determinazione (o il mantenimento) di un favorevole assetto degli interessi (finali), per ciò stesso lede l'interesse legittimo, anche se l'azione amministrativa si conclude in un provvedimento sfavorevole (e legittimo). L'inerzia, il ritardo nell'adozione del provvedimento, l'andamento contraddittorio, confuso, inutilmente gravoso dell'amministrazione provocano la lesione dell'interesse legittimo, allo stesso modo in cui provoca lesione il provvedimento finale sfavorevole» (11).

Altra dottrina (12), sviluppando queste osservazioni, ha acutamente osservato che è da evitare ogni confusione tra la natura procedimentale della regola violata (quella, appunto, al rispetto dei termini procedimentali) e gli interessi che quella stessa regola vuole proteggere; in tal senso, si richiama la disciplina della partecipazione a una gara pubblica, che presenta senza dubbio aspetti meramente procedurali, in relazione ai quali l'interesse protetto è anzitutto quello a partecipare ad armi pari con gli altri concorrenti, il che, tuttavia, non impedisce al giudice di ravvisarvi un bene della vita, direttamente tutelato dalla disciplina della gara. Altrettanto, ritiene questa dottrina di poter affermare con riferimento alla disciplina del termine del procedimento, che è diretta a fornire certezza temporale all'istante in ordine ad ogni aspetto della sua partecipazione al procedimento: l'impegno di risorse, la rinuncia ad altre opportunità, l'esigenza di avvalersi di circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita, ecc. Pertanto, conclude questa dottrina, anche queste situazioni, aventi senz'altro dimensione sostanziale, diverse da quella diretta al conseguimento dell'utilità finalit , meritano adeguata protezione risarcitoria.

È evidente che l'accoglimento della tesi favorevole alla risarcibilit  dell'interesse legittimo per il solo fatto del ritardo imputabile alla P.A. muove dalla ricostruzione dogmatica della responsabilit  della P.A. come responsabilit  da contatto o paracontrattuale, pi  vicina a quella contrattuale che a quella aquiliana, che scaturisce dalla violazione dei doveri funzionali di legalit , imparzialit  ed efficienza gravanti sull'amministrazione, analoghi agli obblighi di protezione nelle obbligazioni di diritto privato e svincola la tutela risarcitoria dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o della *chance* di conseguirlo, concentrandosi sugli obblighi procedimentali, in cui il contatto qualificato si concreta (13).

(11) In questi termini si esprime, in particolare, SCOCA, *op. cit.*

(12) CLARICH - FONDERICO, *La risarcibilit  del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, 67.

(13) Per questa ricostruzione della responsabilit  della P.A., si veda CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1579 ss.; PROTTO, *La responsabilit  della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilit  da contatto amministrativo*, in *Resp. civ.*, 2001, 213. Per le critiche

La tutela risarcitoria, secondo questa ricostruzione, viene, quindi, accodata in relazione alla violazione degli obblighi procedurali, tra cui quello alla definizione tempestiva del procedimento amministrativo, a prescindere dalla spettanza o meno del bene della vita. L'esistenza di un rapporto amministrativo dà luogo ad un'ipotesi di contatto sociale qualificato tra l'amministrazione e l'amministrato da cui scaturisce un affidamento meritevole di tutela, che prescinde dalla sicura acquisizione del bene della vita e la cui violazione dà titolo ad un risarcimento nei limiti del c.d. interesse negativo, correlato all'eliminazione della situazione di incertezza determinata dal comportamento della P.A. e non già all'utilità finale che il privato aspirava a conseguire con la presentazione dell'istanza (14). L'apertura di un procedimento amministrativo determinerebbe il sorgere fra l'amministrazione ed il soggetto privato di un rapporto giuridico autonomo, a struttura complessa, nel cui ambito si formerebbero a carico del soggetto pubblico dei veri e propri obblighi di protezione della sfera del privato a cui sarebbero correlati specifici diritti del soggetto privato al comportamento diligente e conforme alla buona fede della P.A. Una di queste posizioni soggettive attive sarebbe il diritto a che l'amministrazione eserciti i propri poteri autoritativi espressamente e nei tempi prefissati, come espressamente sancito dall'art. 2, legge n. 241 del 1990, al quale corrisponderebbe una posizione debitoria del sogget-

esprese in dottrina alla tesi del contatto amministrativo qualificato, si veda TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 567. In giurisprudenza, a sostegno della tesi – invero minoritaria – della responsabilità da contatto amministrativo qualificato, si vedano Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2, 480, con nota di SIRACUSANO, *La nuova (e « vera ») svolta della Cassazione sulla c.d. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 3, 752, con nota di ROLANDO, *Ancora un passo avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*; Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; T.A.R. Veneto, sez. I, 20 novembre 2003, n. 5778; da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 21 febbraio 2007, n. 1527; ID., sez. III-ter, 5 novembre 2007, n. 10852 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it). La questione relativa alla natura della responsabilità della P.A. era stata sottoposta alla Plenaria, la quale, tuttavia, con la sentenza 14 febbraio 2003, n. 2, in *D & G – Dir. e giust.*, 2003, 11, 40, con nota di PROIETTI, *Sulla natura della responsabilità dell'amministrazione restano i dubbi. Interessi legittimi: irrisolto il contrasto giurisprudenziale*, ha respinto l'appello, senza pronunciarsi sul punto, in mancanza di impugnazione del capo della decisione di primo grado concernente l'obbligo del risarcimento dei danni.

(14) In tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, richiamata da T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 5 novembre 2007, n. 10852, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, ove si è precisato che la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, risarcibile solo nella misura dell'interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, dall'altra scongiura una iperprotezione del ricorrente, nell'ipotesi in cui questo, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento.

to pubblico tributario del relativo potere, il cui inadempimento determinerebbe una responsabilità da contatto, ossia contrattuale della P.A. verso il privato. In tal modo si riconduce il danno risarcibile non alla perdita dell'utilità sostanziale cui il privato aspira, ma all'inadempimento del rapporto che si genererebbe in relazione all'obbligo imposto dall'art. 2, attribuendo pertanto autonomo rilievo risarcitorio, indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse finale, all'obbligo dell'amministrazione di rispettare il termine del procedimento.

Dopo un'iniziale presa di posizione per così dire aperturista, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha decisamente escluso che il tempo sia esso stesso bene della vita, la cui lesione può dar luogo a risarcimento, concludendo nel senso che l'unico bene della vita tutelabile in sede risarcitoria è quello cui si correla l'istanza presentata all'amministrazione, rimasta inevasa ovvero evasa con ritardo. Dunque, la spettanza del bene della vita costituisce presupposto essenziale del danno da ritardo. L'interesse pretensivo suscettibile di tutela risarcitoria è solo quello al conseguimento dell'utilità finale richiesta con l'istanza o, in altri termini, al rilascio di un provvedimento vantaggioso per l'istante.

Prima dell'arresto della Plenaria, la giurisprudenza di primo grado si è mostrata decisamente critica verso la tesi della risarcibilità del danno da ritardo mero.

In tal senso si è chiaramente espressa T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56 (15): «*in primo luogo va osservato come la formula "danno da ritardo" sia un sintagma, un'entità di sintesi in cui sono inglobati il "diritto" ad una prestazione (la tempestiva conclusione del procedimento) e l'interesse al bene della vita che l'esecuzione della prestazione soddisfa (il rilascio del provvedimento). Tale entità soffre, però, intrinseca cesura: al diritto di prestazione non corrisponde l'interesse sostanziale finale, ma solo quello strumentale. Infatti, oggetto immediato della pretesa non è il provvedimento favorevole ma un provvedimento purché sia. Il nostro ordinamento non concepisce, in linea di massima, il danno punitivo. Il fatto illecito produce l'obbligazione risarcitoria se ed in quanto esista una lesione da riparare. Pertanto, il danno da ritardo non è risarcibile di per sé. Danno da ritardo risarcibile ex art. 2043 c.c. può essere solo quello che determina una lesione dell'aspettativa (di interesse legittimo) al rilascio del provvedimento favorevole e non già il danno da mero inadempimento dell'obbligo di provvedere*».

Si respinge, quindi, la tesi dottrinale che identifica un diritto soggettivo a fronte del dovere dell'amministrazione di conclusione del procedimento. Da un lato, si sostiene che non può richiamarsi il modello di tutela pensato per il diritto alla ragionevole durata del processo, che postula una indebita

(15) La decisione è commentata da DIDONNA, *Enti e ritardi, giro di vite sui risarcimenti*, in *D & G – Dir. e giust.*, 2005, 10, 97; MICARI, *Il c.d. «danno da ritardo» ed i corollari tratti da una sentenza-trattato del TAR Puglia*, in *Giur. merito*, 2006, 2, 435.

equiparazione tra procedimento e processo; dall'altro lato, non potrebbe qualificarsi la pretesa alla conclusione del procedimento amministrativo nell'area dei diritti relativi, facendo leva sulla prescrizione di cui all'art. 2, legge n. 241/1990, poiché «*se così fosse, il danno da ritardo darebbe luogo ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale. Il che appare difficilmente compatibile con il quadro dipinto dalla sentenza 204/04 della Corte Costituzionale. Di più, la tesi del diritto di credito si scontra con l'analisi del lato passivo del rapporto giuridico, cioè il dovere della P.A. di provvedere: nel sistema della funzione amministrativa non è ravvisabile un'obbligazione in senso tecnico che abbia ad oggetto la conclusione del procedimento, trattandosi di una tipica attività autoritativa, per quanto regolata da fonti normative puntuali*».

Sviluppando la nota impostazione dottrinale sopra richiamata (16), la IV Sezione del Consiglio di Stato con la citata ordinanza n. 875/2005, nel rimettere la relativa questione all'Adunanza Plenaria, aveva ricostruito il danno da ritardo come lesione conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento, optando per l'autonoma risarcibilità di tale interesse.

A fondamento della risarcibilità del danno da mero ritardo si pone, da un lato, l'adesione da parte della Sezione alla tesi della natura contrattuale della responsabilità della P.A. (da contatto amministrativo qualificato), che, com'è noto, prescinde da un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, rendendo così risarcibili anche meri interessi procedurali e, dall'altro lato, l'individuazione tra le norme che disciplinano il procedimento, accanto a disposizioni che costituiscono mere situazioni procedurali (ad esempio, le norme in tema di partecipazione), di norme dirette a tutelare interessi sostanziali del privato, qualificabili essi stessi come autonomi (rispetto all'utilità finale oggetto dell'istanza) beni della vita, tra i quali annoverare anche le norme che fissano la tempistica procedimentale, sicché il privato ha titolo ad un risposta certa e tempestiva indipendentemente dal contenuto della stessa. In quest'ottica, sarebbe suscettibile di autonoma valutazione e meritevole di tutela risarcitoria l'affidamento qualificato del privato al rispetto da parte dell'amministrazione procedente dei canoni di correttezza comportamentale da osservare durante l'*iter* procedimentale. Secondo questa impostazione, dunque, è necessario procedere ad una considerazione non più unitaria ed uniforme, ma rigorosamente differenziata, delle diverse aspettative che si connettono all'osservanza delle norme procedurali, le quali hanno, nell'ambito del diritto amministrativo attuale, la precipua ed immancabile finalità di riequilibrare il rapporto fra amministrazione e cittadino, ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un inte-

(16) SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.; CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., 148, che ricostruisce in termini di diritto soggettivo la posizione soggettiva tutelata a fronte dell'obbligo formale di provvedere.

resse materiale di base del cittadino stesso (17). Se ne deduce, in tale prospettiva interpretativa, che il diritto di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento e quello di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti rappresenterebbero non soltanto situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale qualificabili *sub specie* di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé e per sé. In altri termini per effetto dell'art. 2, legge n. 241 del 1990 sorgerebbe in capo alla P.A. una posizione obbligatoria che, pur avendo come oggetto della relativa prestazione l'esercizio di un potere pubblicistico, non troverebbe contrapposta una situazione giuridica soggettiva di mero interesse legittimo, ma una vera e propria posizione creditoria, avente la consistenza del diritto soggettivo. In tale contesto ricostruttivo la situazione giuridica soggettiva correlata all'obbligo di cui all'art. 2, legge n. 241 del 1990 non attiene, dunque, ad interessi procedurali meramente formali e strumentali, ma piuttosto ad interessi sostanziali e dev'essere qualificata alla stregua di un vero e proprio diritto soggettivo. L'art. 2 non si pone quale norma di azione, diretta a regolare il potere autoritativo della pubblica amministrazione (rispetto alla quale sorgono esclusivamente posizioni di interesse legittimo), ma come norma di relazione diretta a disciplinare il rapporto fra l'amministrazione ed il soggetto privato, in un ambito in cui l'esercizio del potere amministrativo si presenta quale mero oggetto della prestazione comportamentale imposta al soggetto pubblico, senza che assumano alcun rilievo le modalità ed il contenuto dell'agire amministrativo.

Secondo questa tesi, dunque, l'inerzia dell'amministrazione su un procedimento avviato ad istanza di parte non costituisce esercizio del potere, ma semplice fatto di inadempimento, rispetto al quale non si può configurare un interesse legittimo, ma un diritto soggettivo a conseguire l'adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, consistente nel tempestivo esercizio del potere autoritativo attribuito dalla legge alla pubblica amministrazione, in senso favorevole o sfavorevole per il soggetto privato coinvolto. La conclusione cui conduce tale ricostruzione è che l'amministrazione che provveda in ritardo o che non provveda affatto è tenuta, a prescindere da ogni indagine sulla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale, a risarcire i danni conseguenti alla situazione di incertezza circa il rilascio o meno del provvedimento richiesto in cui è stato colpevolmente lasciato colui che ha presentato l'istanza.

Nel motivare a sostegno dell'autonoma risarcibilità del danno da ritardo la Sezione, nell'ordinanza n. 875/2005, conclude affermando che «*occorre procedere a una selezione degli interessi procedurali, individuando quel-*

(17) A tal proposito ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, aggiornamento, II, Milano, 2004, 985, parla di «*doveri di protezione, tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possa o meno derivare una situazione di vantaggio*».

li che possono dar luogo a mere situazioni strumentali, da far valere come tali in sede di impugnazione del provvedimento (si pensi alle situazioni riconducibili alla partecipazione procedimentale) e quelli che invece possono costituire, se lesi, oggetto di danno risarcibile, in quanto rappresentano essi stessi un «bene della vita» ritenuto dall'ordinamento meritevole di autonoma protezione. Tra questi interessi procedimentali potrebbe essere annoverato proprio e significativamente l'interesse allo svolgimento dell'azione amministrativa in tempi certi. L'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del cd. rapporto amministrativo – essere interesse meritevole di tutela in sé considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo, che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale, ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione a un'istanza rivolta all'amministrazione».

La questione è stata risolta in senso negativo dall'Adunanza Plenaria (18), la quale, discostandosi nettamente dalla ricostruzione della IV Sezione, ha concluso che il ritardo è risarcibile solo quando il privato può aspirare al provvedimento favorevole, mentre quando il provvedimento adottato in ritardo è (legittimamente) negativo, il ritardo dell'agire amministrativo non è fonte autonoma di risarcimento. Così motiva la Plenaria tale conclusione: «*il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un "bene della vita")*».

Alla luce della descritta evoluzione giurisprudenziale, è da ritenere che nell'attuale quadro normativo (così come in quello antecedente alle riforme del 2005), tra i tipi di illecito dell'amministrazione non può essere annove-

(18) Dec. 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro it.*, 2006, III, 1, con nota di SIGISMONDI; in *Giust. civ.*, 2006, 6, 1329, con nota di MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo «mero» infittisce la «rete di contenimento»*.

La tesi che aggancia la risarcibilità del danno da ritardo all'utilità finale oggetto dell'istanza, escludendo la risarcibilità del danno correlato alla mera violazione dei tempi procedurali (c.d. danno da ritardo mero), è stata ribadita dalla giurisprudenza successiva all'arresto della Plenaria: in tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 14 settembre 2006, n. 8107; Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2862; T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 febbraio 2006, n. 108; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2006, n. 321 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it); da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, in *Guida al dir.*, 2008, 10, 95, con nota critica di FORLENZA, *L'attività discrezionale della P.A. riduce i poteri d'indagine del giudice*.

rato quello caratterizzato dal mero decorso del termine di conclusione del procedimento, benché la legge consenta l'immediata proposizione del ricorso al G.A., affinché sia ordinata l'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento. Del resto, salvi i casi di silenzio significativo e quelli in cui il termine è perentorio perché posto a presidio dell'interesse legittimo difensivo, il decorso del termine non incide sui poteri istituzionali dell'amministrazione di provvedere sull'istanza: il suo obbligo si perpetua e il tardivo esercizio della funzione pubblica non comporta di per sé l'illegittimità del provvedimento finale (che – salva la sua impugnabilità – determina l'assetto complessivo degli interessi). Il soggetto istante è titolare non di un diritto soggettivo, ma di una mera aspettativa legittima all'adempimento dell'obbligo imposto dall'art. 2, legge n. 241/1990, il quale sarebbe, infatti, dettato prevalentemente a tutela dell'interesse pubblico sotteso all'azione amministrativa e solo indirettamente a salvaguardia degli interessi del privato, nei limiti in cui questi si pongano come strumento per realizzare tale assetto teleologico (19). La violazione dell'obbligo di assolvere adempimenti pubblicistici aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative determina la lesione di un interesse pretensivo del privato, ed, in particolare, di un interesse legittimo procedimentale, avente valore solo formale e non coincidente con l'interesse sostanziale introdotto nel procedimento e consistente nella pretesa al bene della vita. Ne consegue che, essendo in presenza di un interesse procedimentale puramente formale, connesso a quello sostanziale in via meramente strumentale, il relativo *vulnus* non potrebbe essere considerato di per sé *contra jus*, ossia a prescindere dal vaglio della sua incidenza rispetto all'integrità dell'interesse legittimo sostanziale teleologicamente orientato al conseguimento del bene della vita perseguito dal soggetto privato, con la conseguenza di dovere ritenere irrisarcibile la lesione del mero interesse procedimentale (20) all'esercizio del potere autoritativo da parte della P.A. Pertanto, il mero ritardo nella conclusione del procedimento consente all'interessato di attivare la tutela speciale *ex art. 21 bis* e non anche di formulare di una domanda risarcitoria, la quale, comunque, secondo la tesi preferibile che nega la c.d. pregiudiziale del rito del silenzio, è astrattamente proponibile ed ammissibile. Se, invece, l'istanza sia accolta o respinta dopo la scadenza del termine finale del procedimento, in assenza di statuizioni rese ai sensi del medesimo art. 21 *bis*, si applicano i principi sulla tutela dell'interesse legittimo leso dal provvedimento autoritativo, e cioè quelli sull'illecito commissivo: qualora l'atto sia ritualmente impugnato e risulti illegittimo (non rilevando di per sé la tardività del riscontro dell'istanza), valuterà il giudice se – oltre alla doverosa emanazione dell'atto ulteriore, ai sensi dell'art. 26, legge T.A.R. – l'amministrazione debba risarcire il danno, ove sussistano tutti gli elementi dell'illecito.

(19) In tal senso, DI LIETO, *Interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio-rifiuto: i confini tra processo e procedimento*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 5, 1618.

(20) Su tale figura si veda GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, Milano, 77.

3. La tesi favorevole alla c.d. pregiudizialità del giudizio ex art. 21 bis.

È in questo quadro che si pone la questione relativa alla necessità o meno di qualificare l'inadempimento (pubblicistico) dell'amministrazione con la specifica tutela di cui all'art. 21 bis ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria.

La prevalente giurisprudenza amministrativa di primo grado ha optato per la soluzione favorevole all'applicazione della regola della pregiudizialità anche ai casi di danno cagionato da comportamento inerte dell'amministrazione (21), affermando che, ai fini del risarcimento del danno degli interessi legittimi, occorre la previa declaratoria dell'illegittimità del contegno omissivo tenuto dall'amministrazione, sicché l'azione risarcitoria non può essere ammissibilmente esperita in difetto del previo svolgimento del giudizio "impugnatorio" (del silenzio), che assume rilievo pregiudiziale ai fini della devolvibilità al sindacato giurisdizionale della pretesa in questione. In altre parole, poiché, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'azione risarcitoria può essere esperita solo dopo avere chiesto ed ottenuto una declaratoria di illegittimità del provvedimento causativo del danno, alla stessa maniera il danno da ritardo può essere risarcito solo a condizione che il danneggiato abbia preventivamente agito ex art. 21 bis, legge T.A.R. Così come l'azione di impugnazione del provvedimento funge da pregiudiziale in senso logico ai fini dell'azione di risarcimento danni consequenziali all'illegittimità del provvedimento medesimo, simmetricamente il ricorso avverso il silenzio della P.A. funge anch'esso da pregiudiziale in senso logico ai fini dell'azione per i danni conseguenti all'inerzia o al ritardo dell'amministrazione nell'adottare un dato provvedimento.

Secondo questa tesi, il previo esperimento della procedura del silenzio-rifiuto rileva come requisito per il risarcimento del danno da ritardo sotto due distinti profili: 1) su un piano sostanziale per la stessa configurabilità di un ritardo imputabile; 2) su un piano processuale per l'accertamento, riservato al giudice amministrativo, dell'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e della sua violazione. In quest'ottica si è affermato che, nella prospettiva tracciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004, in

(21) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 maggio 2006, n. 3432, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 11 luglio 2003, n. 1111, *ivi*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 6 ottobre 2005, n. 1631, in *Il Corriere del merito*, 2006, 183, con nota adesiva di FRANCAVILLA, *Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento*; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*; da ultimo, la tesi della pregiudizialità del giudizio sul silenzio-rifiuto rispetto alla proposizione della domanda risarcitoria è sostenuta, sia pur in modo eventuale ed ipotetico rispetto alla fattispecie all'esame del Collegio, da T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 623, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che, in sede di pretesa risarcitoria per danno da ritardo, l'eccezione di inosservanza del principio di pregiudizialità è superata dalla circostanza che il procedimento amministrativo si sia concluso solo dopo l'attivazione da parte dell'interessato di un giudizio sul silenzio-rifiuto.

cui il ritardo non è più considerato un nudo comportamento materiale, bensì un comportamento amministrativo, forma dell'azione pubblica, equipollente a quella per provvedimenti, la domanda di risarcimento del danno derivato al privato dal ritardo con il quale l'amministrazione ha emesso un provvedimento dallo stesso richiesto dev'essere preceduta dal preventivo accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del ritardo medesimo, dal momento che «anche nell'ipotesi di danno da ritardo il privato può far evidenziare l'illegittimità dell'azione amministrativa in via pregiudiziale all'azione di risarcimento. Se abbia omissso di farlo è questione che va risolta in senso affermativo, alla luce delle coordinate generali, da cui non vi è ragione di discostarsi a seconda dello strumento (atto o comportamento) che l'ente adotti nell'esercizio della funzione pubblica autoritativa» (22).

Non essendo concesso al G.A. di sindacare in via incidentale la legittimità dell'esercizio del potere, la conclusione non potrebbe essere che quella della inammissibilità di un'azione risarcitoria per condotte omissive di una pubblica amministrazione la quale non faccia seguito all'esperimento del ricorso *ex art. 21 bis*, legge T.A.R. Ciò tanto più dopo la riscrittura dell'art. 2, legge n. 241 del 1990, per effetto dell'art. 3, comma 6 *bis*, legge n. 80/2005, che attribuisce al G.A. adito con il rito del silenzio il potere di conoscere della fondatezza dell'istanza, rito che assurgerebbe, secondo questa impostazione, a strumento privilegiato (ed esclusivo) di emersione dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione.

Tale indirizzo pretorio ha trovato adesione da parte di autorevole dottrina togata (23), che, ricostruendo gli elementi costitutivi dell'illecito omissivo della P.A., ha evidenziato come, affinché la condotta omissiva dell'amministrazione si ponga *contra ius* (ossia risulti lesiva della posizione sostanziale di interesse legittimo), sia necessario che il soggetto leso abbia proposto il ricorso *ex art. 21 bis* contro il silenzio e che il giudice amministrativo lo abbia accolto, ordinando la conclusione del procedimento.

Si afferma, in particolare, che la condanna al risarcimento del danno per l'illecito omissivo presuppone: 1) il silenzio-inadempimento, seguito dal tipico ricorso dell'interessato ai sensi dell'art. 21 *bis*; 2) la mancata esecuzione della sentenza che ordini all'amministrazione di provvedere. Ne consegue che l'illecito omissivo è obiettivamente qualificato dal particolare disvalore della condotta dell'amministrazione, che non rispetta le statuizioni del giudice (ovverosia quello adito ai sensi dell'art. 21 *bis*). Poiché l'ordinamento attribuisce rilievo centrale alla sentenza che accerti la sua perduranza,

(22) T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*

(23) MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in www.giustizia-amministrativa.it; alle medesime conclusioni era, in precedenza, pervenuto SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. n. 205 del 2000* (a cura di SASSANI e VILLATA), Torino, 2001, 293 ss.

l'antigiuridicità del silenzio si verifica con questa doppia fase omissiva: la fattispecie può dar luogo all'illecito omissivo nel grave caso in cui non sia data esecuzione alla sentenza resa ai sensi dell'art. 21 *bis*.

In mancanza di una diversa indicazione da parte del legislatore, la sentenza che, accogliendo il ricorso *ex art. 21 bis*, ordina di provvedere costituisce un elemento essenziale ed indefettibile dell'illecito (omissivo). In altri termini, gli esiti del procedimento speciale finiranno per fungere da elemento della stessa fattispecie del danno, la cui valutazione dipenderà proprio dalla conclusione del procedimento sul silenzio. Una volta emessa la sentenza e scaduto il termine fissato dal giudice in relazione alle esigenze del caso concreto, il successivo silenzio-inadempimento risulta una omissione contrastante con la pronuncia giurisdizionale e acquista il carattere di condotta antigiuridica, costitutiva dell'illecito (oltre ad assumere un eventuale rilievo di carattere penale).

4. La contraria opinione che esclude il previo esperimento del rito del silenzio ai fini della proponibilità dell'azione risarcitoria.

Si è andata, tuttavia, formando un'opinione esattamente opposta (24), secondo cui la pregiudiziale del rito del silenzio non sarebbe necessaria nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno da c.d. ritardo puro (ossia non legato alla rivendicazione della spettanza del bene della vita).

A tale conclusione si perviene rilevando che il rito del silenzio è finalizzato ad ottenere un provvedimento positivo, «sicché non appare coerente con la ratio dell'istituto imporre di ricorrere ad esso vuoi al fine di accertare, in prospettiva, la spettanza del bene della vita, vuoi al fine di accertare in via principale l'obbligo di adempimento da utilizzare, in realtà incidentalmente, nel distinto giudizio risarcitorio» (25). Secondo questa tesi, l'inerzia protratta oltre il termine fissato dalla legge (ovvero in sede di regolamento adottato ai sensi dell'art. 2, legge n. 241/1990) è direttamente qualificata dalla norma, per effetto della violazione dei tempi procedurali dalla stessa fissati; pertanto, varrebbe unicamente ad aggravare la posizione del privato l'onere di contestazione dell'illegittimità del comportamento inerte dell'amministrazione mediante la previa introduzione dello strumento accelerato di cui all'art. 21 *bis*, legge

(24) Si veda, in particolare, Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, *cit.*, che ha rimesso la relativa questione all'Adunanza Plenaria. Si legga il relativo di commento di MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo mero infittisce la rete di contenimento*, *cit.*

Nel senso della esclusione della regola della c.d. pregiudiziale amministrativa allorché non vi sia un provvedimento da gravare ed il comportamento illecito dell'amministrazione, nell'esercizio della funzione pubblica, assuma altre forme, come il ritardo o l'omissione colpevole: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 7166, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 maggio 2004, n. 1070, *ivi*; T.A.R. Veneto, sez. I, 25 giugno 2003, n. 3414, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1883.

(25) Così Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, *cit.*

T.A.R., da cui far discendere l'*an* del risarcimento. Al massimo, la mancata attivazione del giudizio sul silenzio potrà incidere sulla quantificazione del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. (26), ma non sull'*an* del risarcimento, in quanto «*appare inutilmente aggravare la posizione soggettiva del privato in fattispecie che non è riconducibile a quelle cui si riferisce la tematica della pregiudizialità dell'annullamento*»: in questi termini, Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, che così motiva al riguardo «*è possibile una ricostruzione del danno da ritardo inteso come danno conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento. Tale interesse procedimentale, che si fonda sull'esigenza di certezza nei rapporti tra cittadino e amministrazione, riceve tutela distinta e autonoma rispetto alla tutela accordata alla utilità finale perseguita dal cittadino richiedente e conseguibile all'esito (positivo) del procedimento ed è ascrivibile a un più generale dovere di correttezza procedimentale posto a carico dell'amministrazione nell'esercizio di pubbliche potestà, cui è correlata la tutela dell'affidamento del cittadino che viene a «contatto» con l'amministrazione*».

Il carattere autonomo della violazione del dovere di correttezza (che consegue alla crescente rilevanza del valore della certezza nelle relazioni giuridiche) conduce, ad avviso della Sezione rimettente, ad escludere che l'inaidempimento nei termini all'obbligo di provvedere debba essere azionato con il meccanismo del silenzio; tale meccanismo serve al privato per ottenere l'utilità finale, cioè il provvedimento richiesto, ma non appare necessario nell'economia dell'azione risarcitoria né ai fini della qualificazione dell'inerzia – che è considerata *contra ius* dalla stessa norma che pone il termine – né per accertare la spettanza dell'utilità finale, che non rileva. In ogni caso, il danno risarcibile non potrà, ovviamente, essere quello che discende dalla mancata emanazione del provvedimento, ma solo quello che sia derivato al privato dalla situazione di incertezza protratta oltre il termine; in sostanza, sarà limitato al c.d. interesse negativo.

(26) Analogamente alla soluzione proposta da una parte della dottrina (togata e non), con riferimento alla pregiudiziale di annullamento: si veda CARINGELLA, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, cit.; CONSOLO, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss.; CORAGGIO, *La pregiudizialità è la soluzione?*, in www.giustizia-amministrativa.it; DE LISE, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario T.A.R. Lazio, 28 febbraio 2008*, ivi; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 575; DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. & form.*, 2002.

Il ristoro da riconoscersi al privato non sarà costituito dall'integrale reintegrazione della perdita subita dal danneggiato (limitato comunque, per alcuni studiosi, al solo danno emergente, sebbene l'opinione non possa dirsi pacifica), poiché, ai sensi dell'art. 1227 c.c., si sanzionerà la mancata tempestiva «impugnazione» del silenzio provvedimentale ovvero della determinazione amministrativa negativa, secondo quando parenteticamente sostenuto dall'ordinanza di rimessione (con riferimento all'ipotesi di silenzio), limitando così l'esposizione debitoria della Pubblica Amministrazione.

Aderendo alla ricostruzione dottrinale (27) che definisce il rapporto procedimentale ad iniziativa di parte (non quello ad impulso ufficioso, costruito sulla falsariga dello schema civilistico del diritto potestativo) come rapporto giuridico (contrattuale), nell'ambito del quale sussistono situazioni di diritto soggettivo-obbligo di carattere eminentemente formale e distinguendo questa tematica da quella afferente al contenuto positivo o negativo – rispetto al bene della vita finale – della determinazione finale (in ordine alla quale sussisterebbe un «dovere di natura sostanziale» e non un obbligo di natura formale), si afferma che l'art. 2 legge n. 241/1990 abbia inteso codificare il «principio della certezza dell'agire dell'amministrazione», qualificato alla stregua di «principio di ordine pubblico» in funzione preminente di tutela di coloro nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti provvedimenti, di qualsiasi segno essi siano. Il termine finale del procedimento amministrativo assume, in questa ricostruzione, valore perentorio ed il significato di «vincolo assoluto» per la P.A., vincolo che questa deve «adempiere», con rilevanti effetti giuridici, interni ed esterni all'organizzazione pubblica, tra i quali (e sempre che non si configuri l'ipotesi di silenzio con significato legalmente tipico) l'inutilità del procedimento di significazione del silenzio-inadempimento.

Nel decidere la questione sottoposta al suo esame dall'ordinanza n. 875/2005, l'Adunanza Plenaria (28), negando la configurabilità del danno da ritardo puro, non ha preso posizione in ordine al problema, logicamente consequenziale ad una tale categoria di danno, della necessità del previo esperimento del giudizio sul silenzio. Una volta statuita l'infondatezza della pretesa sostanziale dell'istante, a seguito dei provvedimenti di rigetto non impugnati, infatti, l'Adunanza Plenaria dichiara espressamente di prescindere dall'affrontare il problema relativo ai requisiti che l'istanza avrebbe dovuto possedere affinché l'inadempienza potesse considerarsi realizzata nella diversa ipotesi in cui si fosse verificata la lesione del bene della vita; nei seguenti termini motiva in proposito la Plenaria: «*il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la*

(27) CLARICH, *Termine del procedimento amministrativo e potere amministrativo*, cit., 148 ss.; GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino 2005, 112 s., la quale sostiene che l'osservanza del termine procedimentale tutela il bene della vita (diverso da quello finale) della «certezza dei tempi dell'azione amministrativa», inserendo l'ipotesi nella «doverosità strumentale» dell'azione amministrativa «a garanzia degli interessi secondari» (267 ss., 283 s.), doverosità non riscontrabile negli *officia* privati e da distinguersi dalla «doverosità-finale».

(28) Dec. 15 settembre 2005, n. 7, sulla quale si legga il commento di CLARICH - FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, 1, 61.

tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita")»; su questa premessa, la Plenaria esclude che «*tale situazione non è assolutamente configurabile nella specie, posto che – a prescindere da qualunque ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l'inadempienza – risulta incontrovertito che i provvedimenti adottati in ritardo risultano di carattere negativo per la società e che le loro statuizioni sono divenute intangibili per la omessa proposizione di qualunque impugnativa*».

Proprio l'affermazione di voler prescindere da «*ogni ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l'inadempienza*» potrebbe suggerire la conclusione che evidentemente la Plenaria ritiene tali requisiti necessari per realizzare l'inadempienza. Resta, comunque, il dubbio, in considerazione della particolare stringatezza del passaggio motivazionale sul punto, di quali siano in concreto tali ulteriori requisiti, tenuto conto, peraltro, della sussistenza in giurisprudenza, accanto alla tesi che ritiene necessaria l'attivazione del rito *ex art. 21 bis*, legge T.A.R. ai fini della qualificazione in termini di illiceità del ritardo, di un orientamento (che va consolidandosi) che esclude la necessità, ai fini del perfezionamento della responsabilità da ritardo, dell'attivazione del rito del silenzio. Precedentemente alla novella del 2005, si era, del resto, ritenuto che l'illegittimità del ritardo fosse individuabile nella diffida, quale momento perfezionativo della fattispecie del silenzio-indempimento e, dunque, in un *quid pluris* rispetto alla mera inerzia, ma prescindendo, comunque, dall'accertamento giurisdizionale preventivo (29).

Se, infatti, il breve riferimento agli «*ulteriori requisiti*» necessari per realizzare l'inadempienza permette, da un lato, di escludere che l'Adunanza Plenaria consideri sufficiente la sola inerzia protratta oltre il termine al fine di ottenere il risarcimento dei danni, dall'altro non consente di stabilire se tale requisito a cui fa riferimento debba consistere nel previo giudizio sul silenzio o nella previa notifica della sola diffida.

Ad ogni modo, occorre considerare che la fattispecie esaminata dall'Adunanza Plenaria si riferiva ad una vicenda anteriore *ratione temporis* all'entrata in vigore del d.l. n. 35/2005 (convertito dalla l. n. 80/2005), che, novellando l'art. 2, legge n. 241/1990, ha fatto venir meno la necessità della diffida al fine di attribuire significato al silenzio.

(29) In tal senso, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2004, n. 5995, in *www.lexitalia.it*, ove si è affermato che il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria inizia a decorrere da quando si verifica l'evento produttivo del danno e, in particolare, nel caso di silenzio inadempimento, in cui non occorre il previo annullamento giurisdizionale di alcun atto amministrativo, la prescrizione della pretesa risarcitoria inizia a decorrere da quando si verifica il silenzio-inadempimento; conformi, in precedenza, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5020, *ivi*; Id., 4 febbraio 2004, n. 376, *ivi*.

Sul termine prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da ritardo si rinvia alle osservazioni che saranno svolte *sub* 8.

5. La pregiudizialità è estranea al risarcimento del danno da silenzio.

L'ampliamento delle garanzie riconosciute al privato per effetto dell'eliminazione della diffida (ritenuta dalla stessa Plenaria *condicio sine qua non* per la costituzione delle inadempienze pubblicistiche, almeno fino al sopravvenire dell'art. 6-bis, d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005) consente di sostenere che la mancata attivazione da parte del danneggiato del rimedio tipicamente apprestato dal legislatore per reagire al silenzio della P.A. possa valutarsi non già sul piano processuale, quale ragione di inammissibilità della domanda risarcitoria, ma sotto il profilo del merito, in termini di negligenza rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. Peraltro, non si è mancato di sottolineare in dottrina (30) che, poiché il giudizio avverso il silenzio è maggiormente indirizzato verso il conseguimento dell'utilità finale cui l'istanza rimasta inevasa era preordinata (*arg. ex art. 2, comma 5, legge n. 241 del 1990*), ove il privato avesse perso interesse a questo risultato, non vi sarebbe motivo per escludere un'azione autonoma di risarcimento per il danno da incertezza *medio tempore* prodottasi.

Una tale conclusione pare sostenibile, oltreché riguardo all'ipotesi della domanda risarcitoria fondata sul tardivo conseguimento del bene della vita sotteso alla fondata istanza presentata dal privato (31), anche con riferimen-

(30) CLARICH - FONDERICO, *op. cit.*, 68.

(31) In tal senso, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, *cit.* Non può dubitarsi che in tal caso l'azione risarcitoria non sconta alcuna pregiudizialità: si tratterà di un normale giudizio nel quale, in applicazione del riparto dell'onere della prova fissato dall'art. 2697 c.c., il ricorrente dovrà dimostrare solo il superamento del termine fissato (normativamente o tramite provvedimenti che determinano un autovincolo per l'amministrazione) per il compimento dell'attività ed il concreto danno che tale ritardo gli ha fatto subire (ad esempio, una tardiva erogazione di finanziamenti può essere fonte di danno ove, ad esempio, il percettore abbia dovuto contrarre prestiti per ovviare al ritardo nella disponibilità delle somme dovutegli; ed ancora, si pensi all'ipotesi della tardiva assunzione da parte della P.A., che può generare danni, individuabili nelle spese effettuate in vista dell'assunzione o per intraprendere altre attività lavorative transitorie, o nel patema derivante dall'ingiustificato protrarsi della situazione di disoccupazione: si veda, a tal ultimo proposito, Cass. civ., sez. III, 14 dicembre 2007, n. 26282, in *www.lexitalia.it*). La stessa Adunanza Plenaria nella decisione 15 settembre 2005, n. 7 ha ammesso l'azione risarcitoria, sganciata dall'impugnazione, per il caso di emanazione (tardiva) di provvedimenti favorevoli che, proprio perché tali, non possono essere avversati. A prescindere dalla questione specifica della risarcibilità del danno da ritardo che investe soprattutto aspetti sostanziali (esiste un diritto tutelato al provvedimento tempestivo, favorevole o sfavorevole che sia? Esiste una sanzione risarcitoria per il ritardo, inteso come dannoso di per sé, indipendente dalla fondatezza della pretesa al provvedimento?), è evidente che l'Adunanza Plenaria nega l'esistenza di un'azione risarcitoria autonoma quando l'interesse sia stato leso inoppugnabilmente, ma non nega affatto una azione risarcitoria autonoma davanti al G.A. quando l'interesse sostanziale sia stato soddisfatto (nel caso con il rilascio di un'autorizzazione edilizia), ma con ritardo. Come acutamente evidenziato (DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 9), senza dubbio la Plenaria era più preoccupata di affermare la giurisdizione amministrativa, negando che la fattispecie rientrasse in quella dei «comportamen-

to al c.d. danno da ritardo puro, che, come illustrato, ha ad oggetto il mero pregiudizio derivante dalla violazione dell'obbligo di comportamento imposto dall'amministrazione, a prescindere quindi dalla soddisfazione dell'interesse finale: in tal caso, infatti, ai fini della risarcibilità del danno da ritardo (puro), al giudice non è richiesto di svolgere un giudizio prognostico sulla spettanza dell'utilità finale, ma solo di accertare la violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'amministrazione, sicché l'azione risarcitoria risulta autonomamente proponibile a prescindere dall'attivazione del procedimento del silenzio.

Tale conclusione sembra, inoltre, coerente proprio con l'impianto argomentativo della stessa decisione n. 7/2005 della Plenaria: infatti, nel danno da ritardo come delineato dall'Adunanza Plenaria la lesione del bene della vita è già presupposto per l'esercizio dell'azione. L'illegittimità dell'inerzia serbata dalla P.A. rinviene il suo fondamento in ambito extraprocessuale, ossia nella violazione dei termini procedurali, sicché il preventivo giudizio sul silenzio, comportante l'accertamento della fondatezza della pretesa del privato (ove trattasi di attività vincolata), sarebbe, in tal caso, un inutile doppione del giudizio risarcitorio senza alcuna effettiva utilità, il quale dovrebbe, comunque, essere autonomamente introdotto dal privato, non essendo la domanda risarcitoria azionabile nel giudizio *ex art. 21 bis* (32):

ti» lesivi di diritti soggettivi rimessi al G.O. dalla sentenza n. 204, ma «non può esserle sfuggito di aver riaffermato la pregiudiziale amministrativa per... superarla!»

(32) In questo senso si pone la giurisprudenza maggioritaria, che ritiene inammissibile, per incompatibilità del rito, la domanda risarcitoria proposta in via cumulativa nello stesso ricorso introduttivo *ex art. 21 bis: ex pluribus*, solo tra le più recenti, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 27 luglio 2007, n. 7119; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 luglio 2007, n. 810; Id, sez. II, 16 giugno 2006, n. 847; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 8 febbraio 2006, n. 399; T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3284; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 9 settembre 2005, n. 6786; Cons. St., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2386; T.A.R. Sardegna, 8 marzo 2004, n. 323; T.A.R. Veneto, sez. II, 19 gennaio 2004, n. 137 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*); da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 dicembre 2007, n. 12568, *ivi*, in cui il Tribunale, confermando il proprio precedente orientamento (sez. III, 18 maggio 2006, n. 3555; sez. II, 9 settembre 2005, n. 6786; sez. I-ter, 6 luglio 2005, n. 5523; sez. II, 26 gennaio 2005, n. 633; sez. II, 15 dicembre 2004, n. 16125), ha così motivato a sostegno della tesi contraria alla proponibilità con il rito del silenzio di una domanda risarcitoria: «il giudizio speciale sul silenzio inadempimento non è compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla situazione di inerzia. Non è quindi ammissibile la domanda – proposta davanti al G.A. – con la quale si richiede il risarcimento del danno congiuntamente ad un ricorso presentato avverso il silenzio della P.A. ... (cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 9 settembre 2005, n. 6786). Ed anche nel caso in cui si ritenga che “L'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo nella prima fase del rito del silenzio rifiuto esclude la proponibilità, in questa fase, dell'azione di risarcimento danni per perdita di chance ma non di quella per risarcimento specifico delle spese comunque affrontate per far valere il proprio diritto all'emanazione di provvedimenti quanto meno esaustivi dell'interesse strumentale all'eliminazione di atti ritenuti lesivi, con possibilità di nuovi provvedimenti favorevoli. La liquidazione del danno emergente ben può avvenire utilizzando lo strumento previsto dall'art. 35 comma 2

per il carattere aggiuntivo dell'art. 21 *bis* rispetto ad altre forme di tutela (dell'interesse al bene della vita); per la complessità degli accertamenti istruttori che potrebbero all'uopo richiedersi e che un sistema improntato alla concentrazione processuale quale quello delineato nell'art. 21 *bis* potrebbe non consentire; per la necessità che debba essere accertata inequivocabilmente, secondo l'indirizzo della Plenaria, la fondatezza della pretesa, per cui la sentenza definitiva sulla domanda avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati dal ricorrente per l'illegittimo comportamento omissivo dell'amministrazione può aversi solo dopo che l'amministrazione stessa abbia provveduto in ottemperanza alla decisione che accoglie il ricorso avverso il silenzio (33).

Atteso che in base alla novella del 2005 il silenzio-rifiuto integra una fattispecie di inadempimento che si forma per il mero decorso del termine a provvedere e che legittima il privato ad un'impugnativa sganciata dal termine decadenziale, si dovrà ammettere che l'azione risarcitoria per danni da comportamento inerte della P.A. non debba necessariamente essere preceduta dall'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia da parte del giudice del silenzio, potendo essere autonomamente proposta. In questa prospettiva, a sostegno della esclusione della regola della pregiudizialità, potrebbe nondi-

decreto legge n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 legge n. 205 del 2000, che consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali la P.A. deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza" (cfr. da ultimo T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 20 aprile 2006, n. 2883), tuttavia, nella fattispecie all'esame, è mancata sia la richiesta specifica della detta voce di danno sia soprattutto ed a maggiore ragione la prova in ordine ai detti danni».

Un indirizzo minoritario ritiene ammissibile la domanda di risarcimento del danno, in ragione del ritardo o dell'inerzia imputati alla P.A., formulata congiuntamente al ricorso proposto avverso il silenzio-rifiuto serbato dall'amministrazione sull'istanza del privato, sull'assunto che l'inerzia o l'ingiustificato ritardo comporta la violazione da parte dell'Amministrazione del canone generale di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. In tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, sez. III-ter, 3 giugno 2004, n. 2371, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove il Tribunale, dopo aver dichiarato illegittimo il silenzio-rifiuto formatosi sull'istanza del privato, ha ritenuto fondata la domanda di risarcimento dei danni, subiti a causa dell'ingiustificato ritardo nel portare a termine il procedimento, in violazione dei principi di imparzialità, correttezza e buon andamento dell'attività della P.A., sanciti dall'art. 97 Cost.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 19 aprile 2002, n. 1572, *ivi*, ove si osserva che «il giudizio ex art. 21 bis l. 1034/71 non confligge con l'inserimento, in esso, di una pretesa risarcitoria, ogni qual volta detta pretesa trovi proprio nell'atteggiamento inerte della P.A. il suo fondamento; e poi, perché le concrete caratteristiche del potere esercitato dall'Amministrazione, e la natura dell'interesse azionato in tale giudizio, riguardano non già l'astratta proponibilità, bensì la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana, onde giammai potrebbe derivarne un giudizio d'inammissibilità della relativa domanda».

(33) In tal senso la rigorosa tesi dottrinale riportata *sub* 3.

meno valorizzarsi la differente funzione dell'azione speciale contro il silenzio, che mira a garantire una tutela (di tipo non risarcitorio) in forma specifica dell'interesse legittimo (da distinguere dalla reintegrazione in forma specifica, che, com'è noto, è alternativa al risarcimento per equivalente monetario, ammissibile nei limiti di cui all'art. 2058 c.c.), rispetto all'azione risarcitoria, finalizzata alla reintegrazione patrimoniale della sfera giuridica del soggetto danneggiato conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento.

Questa diversità di funzioni è, del resto, ben delineata da autorevole dottrina (34), che ha evidenziato come il profilo della risarcibilità dei danni da lesione dell'interesse legittimo è ulteriore rispetto al silenzio propriamente detto. Si tratta di due situazioni differenti: il silenzio come tale è un mero presupposto processuale, ossia un mero fatto (non un atto), rispetto al quale non rilevano né la volontarietà, né (a maggior ragione) la colpa, il cui effetto è quello di rendere proponibile l'azione (il ricorso) diretta a superare l'inerzia e ad ottenere (dall'amministrazione, dal commissario o dal giudice) il provvedimento che chiuda il procedimento. Sotto diverso profilo il silenzio può rilevare anche come atto, o, meglio, fatto illecito (in presenza di volontarietà e di colpa) e può essere oggetto (non più presupposto) di una diversa azione (risarcitoria) diretta alla condanna della P.A. inerte al pagamento dei danni eventualmente provocati dall'inerzia o dal ritardo nel provvedere. Sulla base di tali premesse, conclude questa dottrina osservando che «*il silenzio può essere senz'altro fatto illecito; ma questa configurazione è estranea al silenzio di cui all'art. 21 bis e, quindi, alla tutela specifica approntata dall'ordinamento per contrastare l'inerzia dell'amministrazione e consentire al privato di ottenere il provvedimento che disciplini il suo interesse finale (o sostanziale)*».

Se, dunque, a fini risarcitori, il silenzio rileva come fatto illecito, non si pone alcun problema di pregiudiziale amministrativa, posto che la questione risarcitoria prescinde dalla demolizione di qualsivoglia provvedimento amministrativo, essendo diretta a censurare il comportamento inerte tenuto dall'amministrazione, violativo dell'affidamento del cittadino e contrario all'obbligo di conclusione del procedimento *ex art. 2, legge n. 241/1990*, che canonizza nel nostro ordinamento il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica, come a più riprese precisato dalla giurisprudenza (35). Del resto, la stessa giuri-

(34) SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 252.

(35) In tal senso, si segnala, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433, in www.giustizia-amministrativa.it, ove la Sezione ha chiaramente affermato: «*ancor prima delle ulteriori modifiche apportate alla legge 7 agosto 1990, n. 241, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di qualificare come norma di principio e precettiva allo stesso momento la disposizione di cui all'art. 2 della citata legge. Norma di principio, in quanto la certezza dei tempi dell'azione amministrativa e la doverosità dell'esercizio del potere*

sprudenza esclude l'applicazione della regola della pregiudizialità laddove il privato contesti la contrarietà della condotta tenuta dall'amministrazione alle regole di buona fede e correttezza (36).

L'accoglimento della teoria della pregiudizialità non può, poi, fondarsi sull'assunto che l'accertamento dell'illegittimità della condotta omissiva dell'amministrazione mediante il ricorso avverso il silenzio costituisca pregiudiziale in senso logico nel significato che tale nozione ha assunto nel processo amministrativo (37).

Si tratta di una tesi criticabile.

costituiscono elementi qualificanti della riforma introdotta dalla legge sul procedimento amministrativo, atteso che, secondo la Corte costituzionale, il legislatore, con l'art. 2, citato, ha inteso canonizzare "l'efficacia dell'obbligo di provvedere già esistente nell'ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi sub-procedimentali", dando così "applicazione generale a regole... che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico" (Corte cost., 23 luglio 1997, n. 262)»; nello stesso senso, Cons. St. sez. V, 7 novembre 2007, n. 5772, ivi: «l'inerzia dell'amministrazione è contraria ai principi di buon andamento della p.a. e dell'affidamento del cittadino nel corretto svolgimento dell'azione amministrativa, che impongono la conclusione di ogni procedimento con provvedimento espresso»; in termini identici si esprime Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2007, n. 457, ivi.

Alle stesse conclusioni perviene la giurisprudenza di primo grado: *ex pluribus*, si cita T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 agosto 2007, n. 3112, ivi: «la violazione dell'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso ha una rilevanza specifica non solo sul versante del rimedio apprestato dall'ordinamento nei casi di inerzia dell'amministrazione, ossia nelle ipotesi di patente contrasto con il precetto di cui all'art. 2, comma 1 della legge 241/90 a seguito del mancato esercizio, nei termini di legge o regolamentari, della potestà provvedimentale ..., poiché l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso costituisce precipitato tecnico del canone di buon andamento della P.A., di cui all'art. 97 Cost., l'interpretazione più conforme a Costituzione del predetto obbligo è quella che non riconosce diritto di cittadinanza ad una potestà soprassessoria della P.A. capace di tramutarsi in un rinvio sine die del pronunciamento sulla fattispecie concreta. Ciò è tanto più vero ogni qualvolta il procedimento sia stato avviato ad iniziativa del privato il quale vanta una posizione giuridicamente qualificata a conoscere in termini inequivocabili la volontà dell'interlocutore pubblico, senza che quest'ultimo possa opporgli incondizionatamente ragioni valevoli a fini di moratoria generalizzata di intere categorie procedimentali».

(36) T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 23 aprile 2007, n. 1175, in *www.lexitalia.it*, ove il principio è stato affermato con riferimento ad una domanda risarcitoria proposta dall'ex aggiudicatario, diretta a censurare non già la disposta revoca dell'aggiudicazione, ma la contrarietà del comportamento tenuto dalla stazione appaltante nelle more della stipulazione della stipulazione del contratto alle regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.; nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, in *Guida al dir.*, 2007, 3, 85, con nota di PONTE, *Alla ricerca di un punto di equilibrio fra i diversi interessi pubblici e privati*.

(37) In tal senso, non condivisibilmente, conclude T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*

La qualificazione del ricorso avverso il silenzio come pregiudiziale in senso logico rispetto all'azione risarcitoria per i danni da ritardo o da silenzio non è condivisibile ove si consideri che generalmente, si parla di «pregiudizialità in senso logico» quando la pronuncia su una questione, che logicamente precede la definizione della causa principale, può essere compiuta dallo stesso giudice che detiene la questione principale. La pregiudiziale in senso logico ricorre, quindi, nell'ipotesi in cui la preventiva definizione di una questione si colloca lungo il percorso logico che conduce alla definizione del giudizio finale. Ne consegue che, per la definizione di quella questione, pregiudiziale appunto, non è necessaria un'azione separata da esperire dinanzi ad altro giudice (secondo il meccanismo di cui agli artt. 34 c.p.c., ovvero dell'art. 295 c.p.c., dettato in tema di sospensione del giudizio in attesa della definizione di una questione pregiudiziale ed applicabile al processo amministrativo). La questione pregiudiziale in senso logico è tale perché può e dev'essere definita dallo stesso giudice che si occupa della questione di carattere principale, senza la necessità di instaurare un giudizio autonomo. Si può fare l'esempio di un'azione risarcitoria per inadempimento contrattuale: è evidente che il giudice non può condannare al risarcimento se non accerta, preventivamente, che il debitore è inadempiente. Ma per far questo, non è necessaria un'ulteriore azione (o meglio una preventiva azione) di accertamento, poiché, risolvendo una pregiudiziale in senso logico, il giudice, accertato l'inadempimento del debitore, lo condanna al risarcimento; se, invece, accerta che il debitore non è inadempiente, non accoglie la domanda attrice. Se nella pregiudiziale in senso logico l'azione è unica, ma si rende necessario «pregiudicare» su una questione che logicamente si colloca nel percorso decisionale, ben potrebbe il giudice del risarcimento «pre-giudicare» sull'illegittimità dell'inerzia protratta dell'amministrazione, decidendo così nel merito la domanda di risarcimento del danno, così come un giudice ordinario, accertato pregiudizialmente l'inadempimento del debitore, condanna lo stesso al risarcimento nei confronti del creditore. Come detto, infatti, la pregiudiziale si definisce in senso logico, laddove la preventiva cognizione sulla stessa non costituisce un giudizio autonomo rispetto alla questione principale, ma si inserisce nel percorso logico argomentativo che il giudice obbligatoriamente deve seguire per pervenire alla soluzione finale. In questo senso, quindi, il giudizio risarcitorio presuppone un accertamento pregiudiziale sull'illegittimità dell'inerzia serbata dalla P.A., che rappresenta quell'«elemento della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, che si pone all'interno del *thema decidendum* da risolvere con efficacia di giudicato» (38).

In definitiva, il giudizio che il G.A. formula sull'illegittimità del comportamento della P.A. (che si manifesta in un ritardo o nella radicale assenza del provvedimento finale) rappresenta una «pregiudiziale in senso logico»

(38) In tal senso VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 972.

rispetto al giudizio sul risarcimento del danno non nel significato che la nozione ha assunto nell'ambito del processo amministrativo, ma nella sua corretta accezione, come enucleata dalla dottrina processualcivilista (39). Il privato, cioè, potrà agire contro l'inerzia della P.A. e chiedere in un successivo giudizio una tutela risarcitoria (non proponibile, secondo il richiamato prevalente orientamento della giurisprudenza, nello stesso giudizio avverso il silenzio, in considerazione della specialità e celerità del rito del silenzio, che non consente la delibazione della domanda risarcitoria, che presuppone un giudizio ordinario). Del pari, il privato potrà agire direttamente innanzi al G.A. per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità del comportamento della P.A., qualora non sia più interessato al provvedimento omesso ovvero perché l'amministrazione si è pronunciata, ma con ritardo: in tal caso, secondo quanto osservato, non è necessario esperire il preventivo ricorso per l'annullamento o contro l'inerzia, ma il giudice del risarcimento, a titolo di pregiudiziale in senso logico, valuta l'illegittimità del comportamento amministrativo (contrario a buona fede e che concreta, in ultima analisi, un'ipotesi di inadempimento del vincolo obbligatorio) e condanna al risarcimento danni, ove riscontri la sussistenza dei presupposti che radicano la colpa dell'amministrazione.

Del resto, l'ammissibilità dell'autonoma domanda di risarcimento del danno da silenzio, prescindendo cioè dal mancato rituale accertamento dell'inerzia, non comporterebbe le conseguenze su cui poggia la teorica della pregiudizialità da provvedimento. Ed infatti, di certo non potrebbe sostenersi che la domanda risarcitoria autonoma da silenzio costituirebbe strumento di pratica elusione dei termini decadenziali, i quali sono posti esclusivamente a condizione dell'esercizio dell'azione di annullamento (ipotesi che viene a sostanzarsi ove si ritenga che, in difetto dell'impugnazione nel divisato termine di legge, sia comunque possibile esercitare nel termine prescrizione l'azione risarcitoria avente ad oggetto il danno arrecato da un atto che, quantunque non impugnato, verrebbe ad essere *incidenter tantum* sindacabile con riveniente "disapplicazione", sia pure limitatamente al caso sottoposto al vaglio giudiziale).

Come accennato, esiste una intrinseca differenza tra azione di impugnazione di un provvedimento amministrativo e ricorso avverso il silenzio, tale per cui non è possibile instaurare il parallelo prospettato dalla tesi favorevole all'estensione della teorica della pregiudizialità.

L'azione di impugnazione del provvedimento illegittimo assolve alla funzione di sollecitare il sindacato giudiziario sul corretto esercizio del potere ed è soggetta ad un termine decadenziale (pari a sessanta giorni dalla conoscenza dell'atto di cui si contesta la legittimità): l'instaurazione di un giudizio risarcitorio, senza il preventivo accertamento (con autonomo giudizio) dell'illegittimità del provvedimento, potrebbe comportare un'elusione

(39) SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 55 ss.

dello stesso termine. In altre parole, poiché sulla pregiudiziale in senso logico la decisione del giudice acquista l'efficacia della *res iudicata*, si potrebbe verificare l'ipotesi per cui il ricorrente abbia ommesso di impugnare tempestivamente l'atto e chieda ugualmente il risarcimento dei danni conseguenti. In tal caso, la pronuncia sul risarcimento, richiedendo un accertamento pregiudiziale sull'illegittimità dell'atto consentirebbe, da un lato, di aggirare il termine decadenziale per l'impugnazione di un provvedimento illegittimo; dall'altro lato garantirebbe ugualmente una pronuncia con efficacia di giudicato sull'illegittimità dell'atto medesimo. Ecco perché il risarcimento danni da provvedimento illegittimo non è ammesso, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, nel caso in cui non si sia proposta, con successo, la preventiva impugnazione dell'atto medesimo: respinto il giudizio risarcitorio per mancata tempestiva impugnazione del provvedimento, non c'è più spazio per una pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo, poiché il termine breve di sessanta giorni è, verosimilmente, già spirato. L'azione contro il silenzio, viceversa, non è soggetta ad un termine decadenziale, costituendo il termine annuale per la proposizione dell'azione (previsto dall'art. 2, comma 5, legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 80/2005) un termine di prescrizione breve del diritto d'azione, essendo prevista, alla sua scadenza, la reiterabilità dell'istanza di avvio del procedimento e la possibilità di presentare il ricorso, qualora il ricorrente, diffidando l'amministrazione, abbia dato prova della persistenza dell'interesse all'adozione del provvedimento da parte dell'amministrazione (40).

Il ricorso avverso il silenzio assolve ad una funzione diversa, che non è quella autonoma di «controllare» il corretto esercizio del potere, ma è quella di verificare se il silenzio serbato dall'amministrazione sia legittimo o meno, in relazione alla fondatezza dell'istanza presentata dal privato (41). Più precisamente, l'azione di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R. è essenzialmente preordinata ad ottenere il provvedimento, viceversa l'azione di risarcimento danni è funzionale ad ottenere un ristoro del pregiudizio subito: ciò significa che il privato può chiedere il risarcimento danni anche nell'eventualità in cui non sia più interessato al provvedimento medesimo, ovvero nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia provveduto, ma con ritardo. In tal caso, il giudice adito in sede di tutela risarcitoria accerta in via pregiudiziale l'illegittimità del silenzio (secondo lo schema della pregiudiziale in senso logico) e condanna l'amministrazione al risarcimento del danno conseguente al ritardo, senza necessità che il privato agisca espressamente contro l'inerzia del-

(40) In tal senso, da ultimo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 luglio 2007, n. 1003, in www.giustizia-amministrativa.it; negli stessi termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 giugno 2006, n. 6747, *ivi*.

(41) È l'opinione della dottrina maggioritaria: per tutti, si veda GRECO, *L'accertamento autonomo, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 256.

l'amministrazione. Lo schema è identico al rapporto che intercorre tra inadempimento contrattuale e risarcimento danni conseguenti. E ciò, si badi, a prescindere dall'adesione alla controversa tesi «contatto procedimentale». L'adozione del provvedimento, infatti, prima ancora che essere interpretata come adempimento di un vincolo obbligatorio, costituisce senz'altro adempimento di un obbligo imposto all'amministrazione dalla legge (42).

Inoltre, non è ragionevole sostenere che con la proposizione della domanda risarcitoria autonoma da silenzio si finirebbe per attribuire al giudice, in sede di giudizio risarcitorio (che ha natura di accertamento e di eventuale condanna), un potere disapplicativo di atti amministrativi (non impugnati nel termine decadenziale) fuori dalle ipotesi in cui siffatta potestà è dall'ordinamento positivamente riconosciuta. Ed ancora, è da escludere che la mancata attivazione dello speciale rimedio processuale avverso l'inerzia inciderebbe sulla stabilità e certezza dell'azione amministrativa, che costituiscono valori presidiati dall'inoppugnabilità del provvedimento e che non si attagliano al comportamento inerte, specie ove si consideri la reiterabilità dell'istanza, decorso il termine annuale, ai sensi del comma 5 del novellato art. 2, legge n. 241/1990. Infatti, la previsione della possibilità di riproporre l'istanza chiarisce che allo scadere dell'anno il silenzio dell'amministrazio-

(42) Sulla portata precettiva dell'obbligo di provvedere si è espressa anche la Corte costituzionale: sent. 23 luglio 1997, n. 262, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1128; Id., sent. 17 luglio 2002, n. 355, in *Foro it.*, 2004, I, 38.

La giurisprudenza ha, di recente, precisato che l'esistenza dell'obbligo di provvedere, oltre che derivare da puntuale previsione normativa, può essere, altresì, desunta dai principi informatori dell'azione amministrativa, in specie quelli di imparzialità, legalità e buon andamento. Si afferma, in tal modo, l'esistenza dell'obbligo di provvedere, oltre che nei casi espressamente riconosciuti dalla legge, in particolari fattispecie nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento: in tal senso, *Cons. St.*, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975, in *Urb. e app.*, 2005, 693, con nota di DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposte alle istanze dei privati*; tale decisione si segnala in particolare, per la trasposizione, in ambito pubblicistico, del canone buona fede contrattuale (c.d. buona fede in senso oggettivo, per distinguerla dalla situazione di ignoranza di ledere l'altrui diritto soggettivo: buona fede in senso soggettivo *ex art. 1147 c.c.*) che la P.A. è tenuta a rispettare allorché il privato sia titolare di una posizione qualificata e differenziata, idonea a generare una aspettativa. Nello stesso senso si è espressa la coeva *Cons. St.*, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3129, ove si è precisato che l'obbligo dell'Amministrazione di *clare loqui* si fonda sui doveri di lealtà, correttezza e solidarietà e sulla trasposizione, in ambito pubblicistico, del canone civilistico di buona fede contrattuale e di tutela dell'affidamento. Tale indirizzo interpretativo ha trovato, di recente, conferma in sede pretoria (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 11 ottobre 2007, n. 9948; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 28 marzo 2007, n. 312, entrambe in *www.lexitalia.it*). Una compiuta analisi dei casi nei quali sussiste l'obbligo per l'amministrazione di provvedere sull'istanza del privato, configurandosi, quindi, in caso di inosservanza, il silenzio-inadempimento ricorribile, è stata svolta, di recente, da *Cons. St.*, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Guida al dir.*, 2007, 31, 76 ss., con nota di FORLENZA, *Un parametro troppo incerto che espone al rischio dell'arbitrio*, in *Guida al dir.*, 2007, 31, 76 ss.

ne non vale come provvedimento implicito di rigetto dell'istanza (da impugnare ai fini della proponibilità dell'azione risarcitoria), conservando la sua valenza esclusivamente comportamentale di inadempimento all'obbligo di provvedere. Da questo punto di vista, quindi, l'omessa attivazione della tutela speciale di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R. non varrebbe a far presumere la legittimità del silenzio mantenuto dall'amministrazione; non può, infatti, estendersi all'inerzia il principio, affermato dall'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007 con riferimento al danno da provvedimento, secondo cui l'omessa attivazione del rimedio impugnatorio trasforma la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo da relativa in assoluta, con conseguente preclusione dell'allegazione dell'ingiustizia del danno provocato dal provvedimento inoppugnabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c. (43). Riguardo alla violazione dell'obbligo di provvedere ed al silenzio-inadempimento che ne consegue, in quanto «fatto» non produttivo di effetti giuridici legalmente tipizzati, che si rinnova *de die in diem*, fatto ogni giorno nuovo e diverso (quello del giorno successivo non potrebbe essere considerato meramente confermativo di quello del giorno precedente), non può parlarsi di presunzione di legittimità, afferendo questa al provvedimento amministrativo espresso, che non assume le caratteristiche poc' anzi indicate (44). Il mancato riscontro in sede giurisdizionale dell'illegittimità del silenzio (*rectius*: della violazione dell'obbligo di provvedere) non vale, di certo, a far presumere legittimo un comportamento (omissivo) che resta sostanzialmente *contra ius*, non potendo ritenersi impedito al giudice del risarcimento di accordare la tutela a lui richiesta sul presupposto del mancato completamento della fattispecie risarcitoria (45).

Sotto questo profilo, ancora una volta non convince l'opinione secondo la quale il previo esperimento della procedura del silenzio-rifiuto rileva come requisito per il risarcimento del danno da ritardo e per l'accertamento riservato al G.A. dell'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e della sua violazione. In altri termini, secondo questa impostazione, il ricorso avverso il silenzio rifiuto dev'essere instaurato proprio per evidenziare il

(43) Per la critica alla tesi della Plenaria si veda CLARICH - FONDERICO, *op. cit.*, 59; VOLPE, *Pregiudiziale amministrativa e sacrifici concettuali del giudice amministrativo*, in www.lexitalia.it; per interessanti spunti critici alla tesi della c.d. presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo si veda MICARI, *Il c.d. «danno da ritardo» ed i corollari tratti da una sentenza-trattato del T.A.R. Puglia*, in *Giur. merito*, 2006, 2, 435, il quale conclude affermando che «non di presunzione di legittimità si deve parlare, ma di presunzione del perseguimento dei fini determinati ex iure positivo». In generale, la presunzione di legittimità è oggi considerata inaccettabile e non condivisibile opinione tradizionale da CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 550; MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato dir. amm.*, a cura di CASSESE, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 813; VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 316.

(44) In tal senso MICARI, *op. cit.*

(45) È questa la tesi sostenuta in giurisprudenza, in particolare, da T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*

momento a partire dal quale il provvedimento amministrativo deve essere emanato. In quest'ottica, il preventivo ricorso avverso il silenzio ha la funzione di accertare se il ritardo nell'adozione dell'atto sia illegittimo: l'adozione tardiva del provvedimento ampliativo farebbe presumere l'illegittimità dell'originaria inerzia, ma nulla direbbe in ordine alla circostanza se il ritardo con cui è stato emanato sia illegittimo.

È ben evidente come una simile argomentazione finisce per vanificare la forza di una disposizione di legge di portata generale (l'art. 2, legge n. 241/1990) che fissa un preciso obbligo dell'amministrazione di provvedere in modo espresso ed entro un certo termine, canonizzando nel nostro ordinamento il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica (46), poiché si rimette al giudice il potere di stabilire e di verificare (proprio) l'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e la sua violazione. Per tale ragione, la soluzione favorevole alla pregiudizialità va respinta, proprio per le implicazioni e i rischi che essa comporta sul piano dell'effettiva tutela giurisdizionale del cittadino.

Tali argomentazioni suggeriscono, quindi, l'abbandono del modello processuale unico tarato sull'impugnazione del provvedimento, non estensibile in materia di silenzio, e l'accoglimento di una pluralità di rimedi processuali, a ciascuno dei quali riconoscere finalità e condizioni differenziate (47). Pertanto, deve ragionevolmente escludersi che la previa o contestuale proposizione dell'azione "impugnatoria" del silenzio costituisca presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'ipotesi in cui il danno da risarcire derivi da una illegittimità non già di un atto, ma dell'attività della P.A., come, appunto, nel caso di danno da silenzio o da ritardo.

(46) In tal senso, si segnala, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove la Sezione ha affermato che la disposizione di cui all'art. 2, l. n. 241/1990 costituisce norma di principio e precettiva, in quanto la certezza dei tempi dell'azione amministrativa e la doverosità dell'esercizio del potere costituiscono elementi qualificanti della riforma introdotta dalla legge sul procedimento amministrativo. Il principio di doverosità dell'azione amministrativa, da intendere non soltanto in senso diacronico (certezza dei tempi di conclusione del procedimento), ma anche in senso per così dire funzionale (esplicitazione delle ragioni poste a fondamento della determinazione amministrativa), ha portata generale e tale da imporsi pure nelle ipotesi in cui la legge ricolleggi all'inerzia dell'amministrazione l'effetto di reiezione dell'istanza del privato, il quale può sempre legittimamente pretendere che la P.A. si pronunci in modo espresso e motivato, come la giurisprudenza non ha mancato di precisare, proprio valorizzando il carattere generale dell'obbligo imposto alla P.A. dall'art. 2, l. n. 241 del 1990 di rispondere in modo espresso e motivato alle richieste dei cittadini (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 3 gennaio 2008, n. 8; Id., 17 settembre 2007, n. 8992; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 625; T.A.R. Campania, Napoli, 12 novembre 2004, n. 16775, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

(47) Su questo tema, in generale, si rinvia a CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 239 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

In questa ipotesi non si pone la questione di dover rimuovere un atto esistente ed efficace per agire in via risarcitoria, pur trattandosi di fattispecie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto che è innegabile che la *ratio* della riforma, iniziata con il D.Lgs. n. 80/1998 e completata con la legge n. 205 del 2000, sia quella di concentrare davanti ad un unico giudice, quello amministrativo, ogni forma di tutela nei confronti della P.A. quando viene in gioco la lesione di interessi legittimi.

6. *Il progressivo superamento da parte della giurisprudenza della pregiudizialità da silenzio.*

La tesi secondo cui il giudizio *ex art. 21 bis*, legge T.A.R. non costituisce condizione di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno da omissione provvedimento è stata, di recente, affermata dalla giurisprudenza, le cui conclusioni trovano adesione in dottrina (48). In particolare, si è osservato che rispetto all'inerzia non si configura alcun onere di avanzare e coltivare con successo l'azione demolitoria, non essendovi un atto che comporti la necessità di un giudicato di annullamento.

Gli argomenti a sostegno di tale indirizzo possono così sintetizzarsi.

Si osserva, in particolare, che l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui, una volta concentrata innanzi al G.A. la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è ammissibile l'accertamento incidentale da parte del G.A. dell'illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine della domanda risarcitoria, non ha ragion d'essere riguardo al danno da silenzio, dal momento che non viene in rilievo un atto illegittimo (da caducare), ma un comportamento inerte, rispetto al quale non può essere applicata la regola della pregiudizialità amministrativa, la cui applicazione generalizzata, in caso di danni da provvedimenti amministrativi, è stata da ultimo ribadita dal Consiglio di Stato al suo massimo livello (Cons. St., ad pl., 22 ottobre 2007, n. 12).

La responsabilità risarcitoria della P.A. non è originata da un provvedimento illegittimo, ma da un suo comportamento eventualmente illecito, a prescindere dall'esistenza e dalla legittimità o meno di un'attività amministrativa provvedimento ad esso relativa (49). L'azione dannosa si concre-

(48) In tal senso CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in CHIEPPA-LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 658; CORRADINO, *op. cit.*; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 553-554; VILLATA, *op. cit.*, 482, il quale sottolinea l'irrelevanza, ai fini della c.d. pregiudiziale amministrativa, delle fattispecie di danno da ritardo, da mancata conclusione del contratto con l'aggiudicatario per difetto di copertura finanziaria, in cui la pretesa risarcitoria è del tutto indipendente dalla validità del provvedimento, poggiando sulla violazione da parte dell'amministrazione di regole di comportamento.

(49) In questo senso si esprime FORLENZA, *op. cit.*, 110, contestando l'affermazione della Plenaria (dec. n. 7/2005), per la quale il non esercitare un potere (così come esercitarlo in ritardo) costituisce «*la fattispecie speculare del suo esercizio*». Di contro, evidenzia

tizza in un *nihil facere*, ossia nell'inerzia, sicché, mancando un atto da annullare, la pregiudiziale amministrativa non trova ingresso. Nella fattispecie, incombendo sull'amministrazione l'obbligo di provvedere sull'istanza dell'interessato, laddove tale obbligo sia rimasto inadempito e l'inerzia si sia protratta ben oltre i termini procedurali, al G.A. è consentito dichiarare la responsabilità dell'amministrazione per avere determinato una lesione nella sfera giuridica del ricorrente, senza che venga in rilievo alcun atto da impugnare previamente (o contestualmente) alla proposizione della domanda risarcitoria. Si esclude, quindi, che nel caso in cui sia il comportamento (omissivo) a causare il danno, l'accertamento della sua illegittimità debba pregiudizialmente essere compiuto nel contesto dello strumento attribuito dalla legge al G.A. per conoscere di tale illegittimità, ossia il giudice sul silenzio-rifiuto.

Del resto, il superamento della tesi della natura attizia del silenzio da parte delle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/1960, n. 10/1978 e n. 16/1989, rende inapplicabile la regola della pregiudizialità (regola, peraltro, fortemente contrastata dalla giurisprudenza di legittimità) (50).

Argomenti a sostegno dell'esclusione della regola della pregiudizialità nei casi di danno da omesso esercizio della funzione pubblica possono trarsi, in primo luogo, dalla decisione n. 9 del 30 luglio 2007 dell'Adunanza

l'A. che «non adottare alcun provvedimento significa non esercitare il potere, così come adottare il provvedimento in ritardo significa tenere, per un tempo definito, un comportamento non conforme alle regole prescritte. In ambedue le ipotesi ci si trova di fronte a comportamenti, che non possono essere ritenuti il reciproco del provvedimento amministrativo».

(50) Si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. un., ord. 7 gennaio 2008, n. 35, in *www.lexitalia.it*, sulla quale si legga il commento di CRISCENTI, *op. cit.*; già, Id., sez. I, 17 ottobre 2007, n. 21850, *ivi*; Id., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660, in *Corr. merito*, 2006, 1096, con nota di MADDALENA, *Risarcimento degli interessi legittimi al G.A., ma senza pregiudiziale amministrativa*; in *Urb. e app.*, 2006, 1175, con nota di LAMORGESE, *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*; in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1100, con nota di CAVALLARO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*; in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1007, con nota di MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*; in *Giust. civ.*, 2006, 2000; Id., ord. 26 maggio 2004, n. 10180, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2223, *L'adunanza plenaria di fronte alla problematica ma necessaria sistematicità del diritto (giurisprudenziale) amministrativo*; Id., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, con nota di SIRACUSANO, *La nuova (e «vera») svolta della Cassazione sulla c.d. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 3, 752, con nota di ROLANDO, *Ancora un passo in avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*. In tal senso, com'è noto, si pone la storica sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, per il cui commento si rimanda, tra gli altri, alle note di PALMIERI, PARDOLESI e A. ROMANO, in *Foro it.*, 1999, I, 3201.

Plenaria del Consiglio (51), cui la questione era stata deferita dal Cons. Giust. Amm., con ordinanza 2 marzo 2007, n. 75.

In tale ultimo arresto i Giudici di Palazzo Spada escludono che la regola della pregiudizialità operi ove l'atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela o su ricorso di parte, oppure qualora il danno non sia prodotto dalle statuizioni costitutive contenute nell'atto, ma sia materialmente causato dalle particolari modalità della sua esecuzione; in forza di tale premessa, il Consiglio esclude l'operatività della regola della pregiudizialità nel caso di azione risarcitoria proposta a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo operata dalla P.A. sulla base di un'occupazione d'urgenza alla quale non sia seguita, nei termini previsti dalla dichiarazione di p.u., l'emissione del decreto di esproprio. È evidente, infatti, che, in tale ipotesi, alcun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può accollarsi al suo destinatario, considerato che il danno lamentato non discende da eventuali illegittimità dell'atto dichiarativo quanto direttamente dalla mancata conclusione del procedimento e dalla omessa adozione al termine dei lavori dell'atto di trasferimento, che ha impedito la stabilizzazione degli effetti *medio tempore* prodotti dagli atti intermedi ad esso finalizzati sul piano causale (52).

La tesi che esclude l'applicabilità della regola della pregiudizialità nel caso di danno da comportamento inerte è stata, di recente, affermata da Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136 (53), ove la Sezione sostiene che la tutela dell'interesse legittimo implica che l'oggetto principale del giudizio è l'atto autoritativo lesivo, che dev'essere impugnato, «*al di fuori dei casi di silenzio inadempimento*»; ancora più chiaramente, si era in precedenza

(51) Sulla quale si legga il commento di PLAISANT, *La Plenaria non scioglie i dubbi sulla pregiudiziale*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2007, 9, 98.

(52) L'operatività della regola della pregiudiziale amministrativa in caso di danno originato da un comportamento illecito era stata già esclusa da parte della giurisprudenza: Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, 6, 1357, con nota di MARI, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi: pregiudiziale amministrativa e natura della reintegrazione in forma specifica*; id., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952, in *Dir. & formazione*, 2002, 690; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-ter, 20 giugno 2005, n. 5109, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'ammissibilità dell'azione risarcitoria c.d. pura, ovvero non collegata alla principale ordinaria azione impugnatoria, in caso di danno da comportamento inerte, era stata affermata anche da T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 7166, *ivi*, «*posto che l'elemento causativo del danno è da rinvenirsi non già in un provvedimento annullato in sede giurisdizionale perché illegittimo ma in un comportamento inerte dell'Amministrazione. Ne consegue che il giudice amministrativo ben può accertare l'illegittimità dell'inertia della P.A. senza che tale esame costituisca elusione del termine decadenziale di impugnazione di provvedimenti né disapplicazione di atti amministrativi*» e da Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2004, n. 5995, *ivi*, decisione che riprende le argomentazioni espresse dal Consiglio nella sentenza n. 3338/2002, *cit*.

(53) In *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 6, 1828, con nota di LOTTI, *La pregiudiziale di annullamento: argomenti di diritto civile a confronto*.

espressa Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125 (54), che così motiva sul punto: «*ben conosce il Collegio l'orientamento giurisprudenziale (che ha avuto autorevole suggello nella decisione del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 26 marzo 2003, n. 4) secondo cui una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari; nella fattispecie che ci occupa, tuttavia, non viene in rilievo – come sopra osservato – un atto illegittimo, bensì comportamento inerte, rispetto al quale non può essere invocata la regola della pregiudizialità. Orbene, precisato che l'Amministrazione aveva l'obbligo giuridico di provvedere sull'istanza dell'interessato, che tale obbligo è rimasto inadempito e che tale inerzia si è protratta ben oltre i tempi procedurali ..., il Collegio non può che dare atto – sussistendone tutti i requisiti – della responsabilità dell'amministrazione comunale per avere determinato una lesione nella sfera giuridica dell'appellante»; nella stessa direzione si pone Cons. St., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6346 (55), ove la Sezione esclude che sulla domanda risarcitoria possa incidere la questione della pregiudizialità amministrativa, trattandosi, invece, di ordinaria azione risarcitoria per asserita lesione di interessi legittimi, in relazione alla quale dovrà esclusivamente verificarsi la sussistenza dei presupposti del danno risarcibile nonchè, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, sia pur con riferimento alla sola ipotesi della domanda di risarcimento del danno da ritardo nell'adozione di provvedimento favorevole, il solo risarcibile secondo l'impostazione della Plenaria n. 7/2005.*

7. Il danno da omessa ripianificazione delle zone bianche.

Tuttavia, il quadro giurisprudenziale sembra lontano dal trovare un assetto definito, sol che si consideri che l'operatività del meccanismo della pregiudiziale amministrativa è stata affermata recentemente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (56) in relazione al danno da comportamento omissivo dell'amministrazione per mancata nuova regolamentazione urbani-

(54) In *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1, 162.

(55) In www.giustizia-amministrativa.it.

(56) Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 954, in www.lexitalia.it; la decisione è commentata da PLAISANT, *La tutela risarcitoria contro i vincoli urbanistici illegittimi*, in *Dir. e prat. amm.*, 2007, 4, 76.

stica dell'area di proprietà del privato istante a seguito della scadenza dei vincoli preordinati all'esproprio o aventi contenuto sostanzialmente espropriativo (57).

Alla scadenza del quinquennio di efficacia del vincolo urbanistico, in assenza di reiterazione, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria afferma l'assoggettabilità delle relative zone alla disciplina delle c.d. «zone bianche» (58). Ciò in quanto, per un verso, la scadenza del termine quinquennale di operatività dei vincoli previsti dagli strumenti urbanistici generali in caso di mancata approvazione dei necessari strumenti attuativi determina la perdita di efficacia *ex nunc* e, per altro verso, è escluso che possa rivivere la disciplina urbanistica anteriore all'imposizione del vincolo (59). In altri termini, essendo stata abrogata la disciplina urbanistica precedente e divenuta inefficace quella sopravvenuta, la zona soggetta a vincolo decaduto deve ritenersi soggetta alla disciplina prevista dall'art. 4, ult. comma, legge 28 gennaio 1977, n. 10, che regola l'utilizzabilità dei terreni nei comuni privi di strumenti urbanistici generali: la norma è volta a dettare una disciplina transitoria e con finalità di salvaguardia, in relazione ai casi in cui manchi un'apposita disciplina urbanistica (60).

(57) La giurisprudenza considera vincoli preordinati all'espropriazione o che comportano inedificabilità assoluta quelli che svuotano il contenuto del diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene in modo tale da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale ovvero diminuendone significativamente il suo valore di scambio: da ultimo, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3671, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in precedenza, *ex pluribus*, Cons. St., sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2718, *ivi*. Si precisa, inoltre, che il regime di decadenza quinquennale vale soltanto per i vincoli finalizzati alla espropriazione, oppure che comportano la preclusione completa della attività edificatoria, e non invece per quei vincoli che costituiscono espressione della attività pianificatoria della P.A. e che hanno il solo effetto di imporre alla proprietà l'obbligo di conformarsi alla destinazione impressa al suolo: così, Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1095, in *www.lexitalia.it.*, che ha affermato tale principio con riferimento al vincolo di inedificabilità relativo alla "fascia di rispetto stradale", che non ha natura espropriativa, ma unicamente conformativa, in quanto riguarda una generalità di beni e di soggetti ed ha una funzione di salvaguardia della circolazione, indipendentemente dalla eventuale instaurazione di procedure espropriative; tale vincolo, quindi, non è soggetto a scadenze temporali.

(58) In tal senso, da ultimo, Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741; *Id.*, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2449; *Id.*, sez. IV, 17 luglio 2002, n. 3999; *id.*, sez. V, 4 agosto 2000, n. 4314 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*); *Id.*, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 651, in *Cons. Stato*, 1996, I, 777.

Si veda anche, nella giurisprudenza ordinaria, Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2003 n. 14333, in *Foro it.*, 2004, I, 792, con nota di TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesioni di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500/SU*; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1754, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 4, 1135.

(59) Sul punto, Russo, *Riflessioni a margine della decadenza dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. edil.*, 1997, II, 105.

(60) Sulla provvisorietà della disciplina di cui all'art. 4, l. n. 10 del 1977, si veda Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741; *id.*, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355; *id.*, sez. IV, 21

La giurisprudenza ha, altresì, precisato che l'applicazione della disciplina relativa ai comuni privi di regolamentazione urbanistica non fa venir meno l'obbligo del comune di procedere, al più presto, all'integrazione del piano divenuto parzialmente inoperante ovvero all'approvazione di un nuovo piano regolatore generale (61). L'amministrazione, a fronte di un vincolo ormai decaduto può anche disporre la rinnovazione, con idonea motivazione; tuttavia, non può rimanere inerte sacrificando indeterminatamente gli interessi del privato. Al riguardo, ritiene la giurisprudenza che, a fronte di una richiesta di ripianificazione di un'area soggetta a vincolo di inedificabilità ormai decaduto, la P.A. è tenuta ad adottare un provvedimento decisorio, dovendo comunque concludere – ai sensi degli artt. 2 e 3, legge n. 241 del 1990 – il procedimento ad istanza di parte con l'adozione di un provvedimento espresso. La decadenza dei vincoli, determinando una situazione di inedificabilità pressoché assoluta, ha carattere provvisorio, dovendo l'Amministrazione procedere il più rapidamente possibile all'obbligatoria integrazione del piano divenuto parzialmente inoperante, potendo il privato, nell'inerzia della Amministrazione, promuovere interventi sostitutivi oppure agire in via giurisdizionale, seguendo il procedimento del silenzio-rifiuto (62).

Peraltro, la giurisprudenza ha, di recente, puntualizzato che, nel caso di decadenza dei vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione o che comunque incidano significativamente sul valore economico della proprietà privata, l'obbligo del Comune di procedere alla nuova pianificazione dell'area rimasta

febbraio 2005, n. 585; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3544; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 novembre 2003, n. 13372; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 luglio 2002, n. 674; T.A.R. Veneto, 24 dicembre 2001, n. 4410; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 novembre 1999 n. 2470 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

La disciplina dei vincoli preordinati all'espropriazione oggi vigente è dettata dall'art. 9, comma 3, del nuovo T.U. sull'espropriazione (d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327), che, codificando sostanzialmente il *dictum* della sentenza n. 179/1999 della Corte costituzionale, stabilisce la decadenza del vincolo e l'applicabilità dell'art. 9 del T.U. in materia edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) «*se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell'opera*»; in ipotesi di omessa ripianificazione, si applica la disciplina dettata per le ipotesi di assenza di pianificazione urbanistica, restando, comunque, in facoltà del proprietario di richiedere l'esercizio del potere pianificatorio.

(61) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 1274; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1560; Id., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 585; Id., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4426; Id., sez. IV, 25 agosto 2003, n. 4812; Id., sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2015; Id., sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415; Id., sez. V, 21 maggio 1999, n. 593; Id., sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1721; Id., sez. V, 5 maggio 1997, n. 479 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it); Id., ad. pl., 2 aprile 1984, n. 7, in *Foro amm.*, 1984, 601.

(62) In tal senso, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 31 ottobre 2007, n. 10383, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355, sulla quale si legga il commento di ROCCO, *Le aree soggette a vincolo scaduto vanno ripianificate*, in *Dir. e prat. amm.*, 2007, 12, 108 ss.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 luglio 2007, n. 1003, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 6 marzo 2006, n. 581, *ivi*.

priva di disciplina urbanistica non richiede l'iniziativa di parte, ma va ricondotto al novero degli adempimenti attivabili d'ufficio, in quanto risponde prioritariamente al pubblico e generale interesse alla definizione di un razionale ed ordinato assetto del territorio, che tenga conto ed assicuri la salvaguardia dei valori culturali, urbanistici ed ambientali ivi esistenti. Pertanto, l'Amministrazione è tenuta, senza che si ravvisi la necessità di esserne sollecitata da un'apposita istanza del privato interessato, ad avviare il procedimento finalizzato alla riqualificazione dell'area mediante una specifica ed appropriata destinazione urbanistica (63). In tal caso, essendo l'obbligo della P.A. di provvedere imposto d'ufficio dai principi generali che presiedono all'esercizio dell'azione amministrativa, deve ritenersi che, ai fini della formazione del provvedimento tacito di silenzio-rifiuto impugnabile, non sia indispensabile la previa presentazione di un'istanza da parte del soggetto interessato, ma sia, tutt'al più, richiesta la sola notifica di un atto di diffida e messa in mora dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 25, comma 1 e 2, d.P.R. n. 3 del 1957 (64).

La giurisprudenza nega, quindi, che la disciplina edificatoria propria della zona bianca possa, per un verso, costituire un beneficio completo per colui che intende costruire e, per altro verso, possa configurarsi quale pretesto per l'amministrazione per esimersi dal proprio fondamentale obbligo di imprimere specifiche destinazioni alle diverse aree del territorio comunale mediante un assetto coerentemente pianificato (65). Peraltro, la ripianificazione dell'area alla scadenza del vincolo si rende necessaria anche in ragione dell'eventuale sopravvenire di esigenze pubbliche, diverse da quelle poste a fondamento dell'originario assetto urbanistico, che impongano il divieto sull'area, nella quale il precedente vincolo sia decaduto, anche dell'edificazione propria delle cc.dd. zone bianche.

Come si nota, la tutela offerta al proprietario dell'area inutilmente vincolata si traduce nel riconoscimento di un interesse legittimo pretensivo alla riqualificazione dell'area da parte dell'amministrazione, con la precisazione che, comunque, *«in capo al proprietario inciso dalla reiterazione dei vincoli urbanistici a contenuto espropriativo non è ravvisabile alcun affidamento speciale, considerato che l'area era già soggetta a vincolo, con la conseguenza che non è comunque configurabile una aspettativa qualificata ad una destinazione edificatoria in relazione ad una precedente determinazione dell'Amministrazione, ma solo un'aspettativa generica ad una reformatio in melius analoga a quella di ogni altro proprietario che aspira ad una utilizzazione più proficua dell'immobile»* (66).

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione comunale non procedesse tempestivamente alla ripianificazione dell'area, la tutela del privato, secondo ripe-

(63) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741, in *www.lexitalia.it*.

(64) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741, *cit*.

(65) In questi termini, condivisibilmente, ROCCO, *op. cit.*, 111.

(66) T.A.R. Toscana, sez. I, 19 settembre 2007, n. 2685, in *www.giustamm.it.*; nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1754 e 26 settembre 2003, n. 14333, *citt*.

tuta affermazione della giurisprudenza, si sostanzia nel diritto di reagire di fronte all'inerzia mediante gli strumenti della richiesta di interventi sostitutivi della regione ovvero dando impulso al meccanismo di tipizzazione del silenzio e la sua successiva impugnazione innanzi al G.A. (67).

È in questo contesto che si pone il problema, di recente affrontato dalla giurisprudenza, relativo alle condizioni di risarcibilità del danno da omessa ripianificazione dell'area per effetto della scadenza degli strumenti urbanistici preesistenti (danno che, ad esempio, può consistere nell'impossibilità per il privato, causata dallo stato di incertezza sulla destinazione del bene, di costruire sull'area interessata da vincoli di inedificabilità decaduti da molti anni).

In relazione a tale fattispecie il Consiglio di Stato (68) ritiene operante il meccanismo della pregiudiziale amministrativa, osservando che, una volta che un vincolo di inedificabilità sia decaduto per il decorso del termine quinquennale di efficacia stabilito dall'art. 2, legge 19 novembre 1968 n. 1187, se il Comune non ha provveduto a pianificare nuovamente l'area interessata il proprietario può sì pretendere il risarcimento dei danni causati dal protrarsi dello stato di incertezza sull'impiego del bene, ma la domanda risarcitoria presuppone che il Comune sia rimasto inerte anche dopo l'intervenuto accertamento in sede giurisdizionale del silenzio dallo stesso serbato a seguito della diffida dell'interessato. Sicché, qualora l'interessato abbia ommesso di far constatare l'inattività dell'amministrazione, alla quale nella sostanza ha in tal modo mostrato di prestare acquiescenza, il ritardo in questione non comporta l'obbligo di risarcire il danno.

Alla medesima conclusione era pervenuta la Suprema Corte (69), affermando che, dopo l'attivazione della procedura della messa in mora, di cui all'art. 25, d.P.R. 25 gennaio 1957, n. 3, e l'accertamento, innanzi al giudice amministrativo dell'illegittimità del silenzio del Comune sull'istanza di ripianificazione dell'area bianca di proprietà del ricorrente, «*l'eventuale profilo di danno che il protrarsi dello stato d'incertezza può arrecare alla sfera soggettiva del proprietario, al di là della mera attribuzione di poteri di reazione procedimentale all'inerzia amministrativa, scaturisce solo all'esito di un accertamento giudiziale dell'inadempimento all'obbligo della ripianificazione, cui il proprietario dell'area dimostri di avere specifico interesse, attivando la procedura di annullamento del silenzio. In virtù della pronuncia si crea nel ricorrente un'aspettativa qualificata ad ottenere una discipli-*

(67) Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355; Id., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 585; Id., sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415; Id., sez. V, 13 dicembre 1999, n. 2107; Id., sez. IV, 22 febbraio 1999, n. 209; Id., sez. IV, 13 agosto 1997, n. 827 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*); Id., sez. IV, 25 settembre 1995, n. 745, in *Foro amm.*, 1995, 1844; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1754 e 26 novembre 2003, n. 14333, *citt.*

(68) Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 954, *cit.*; nello stesso senso, Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2006, n. 1637, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3, 998.

(69) Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333 e 26 gennaio 2007, n. 1754, *citt.*

na dell'area, quale che sia, ma comunque idonea a porre fine allo stato di incertezza urbanistica. Solo in caso di persistente inerzia successiva alla tipizzazione del silenzio, potrebbe verificarsi un fatto lesivo commisurabile agli obblighi di correttezza e buona fede che i nuovi principi in tema di responsabilità amministrativa esigono nel momento in cui si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione un contatto qualificato».

È evidente come questa impostazione riproponga la necessità di un (previo) accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità della condotta omissiva della P.A., sul ritenuto presupposto che l'inerzia che dà titolo al risarcimento può essere solo quella protratta dopo l'accertamento dell'illegittimità del silenzio. Detto in altri termini, l'ammissibilità della domanda risarcitoria è condizionata al positivo esperimento del rimedio in forma specifica, costituito dal ricorso diretto a far dichiarare l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione in ordine alla ripianificazione urbanistica dell'area.

La tesi suscita perplessità e si espone alle medesime obiezioni svolte, in generale, riguardo alla trasposizione della regola della pregiudizialità all'azione risarcitoria per danno da silenzio e da ritardo.

Come detto, a seguito della riforma recata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (ribadita dalla legge 14 maggio 2005, n. 80) la diffida (70) non rappresenta più presupposto condizionante l'ammissibilità del ricorso *contra silentium* (si veda il comma 4-bis dell'art. 2, legge n. 241 del 1990, inserito dall'art. 2, legge n. 15 del 2005) (71); inoltre, il legislatore con l'art. 3, comma 6-bis (introdotto in sede di conversione dalla legge n. 80/2005), d.l. n. 35/2005, nel riformulare l'art. 2, legge n. 241 del 1990, ha introdotto al comma 5 di tale articolo, la previsione secondo la quale il G.A., nei giudizi contro il silenzio-rifiuto, «*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*».

La prevalente giurisprudenza è pervenuta alla conclusione che, nonostante le ambiguità lessicali del nuovo testo dell'art. 2, legge n. 241/1990, il G.A., in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto, non possa sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali della P.A., potendo valutare la fondatezza della pretesa solo a fronte di istanze dirette ad ottenere provvedimenti vincolati ovvero nelle sole ipotesi manifesta fondatezza (ove trattasi di provvedimenti vincolati) o infondatezza della pretesa sostanziale, essendo diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto. In particolare, da ultimo, Cons. St. sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 (72) ha affermato che lo scrutinio della fondatezza dell'istanza è con-

(70) Ritenuta dalla giurisprudenza necessaria ai fini dell'esperimento dell'azione risarcitoria da parte del proprietario per i danni derivanti dallo stato di incertezza conseguente alla omessa ripianificazione dell'area una volta decaduto un vincolo di inedificabilità: in tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3544, in *www.lexitalia.it* e Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2002, n. 456, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 671.

(71) Sulla nuova norma si veda, in particolare, il lavoro monografico di GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005.

(72) In *www.giustizia-amministrativa.it*.

sentito: «a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione (in altri termini si potrà condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'an della pretesa ma nulla di più); b) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto». In ogni caso, «l'eventualità che l'istanza presentata dal privato sia diretta ad ottenere un provvedimento espressione di discrezionalità amministrativa se, infatti, preclude al Giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, non gli impedisce, tuttavia, di dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione rimasta inerte di provvedere sulla richiesta del privato (impregiudicato il contenuto dell'emanando provvedimento). Si arriverebbe altrimenti alla conclusione, inaccettabile e priva di qualsiasi fondamento normativo, di ritenere che contro l'inerzia della P.A. non vi sia tutela in tutti i casi in cui l'istanza del privato rimasta inevasa solleciti l'esercizio di poteri discrezionali» (73).

Orbene, la previsione del potere del giudice di verificare la fondatezza dell'istanza induce a ritenere che sarebbe consentito al Giudice di accertare incidentalmente – ovvero secondo la tecnica della c.d. pregiudizialità logica di cui si è detto – la violazione dell'obbligo di provvedere sull'istanza di ripianificazione presentata dall'interessato anche in mancanza di una pronuncia che accertasse come formalmente illegittimo il silenzio dell'Amministrazione, e ciò anche in considerazione dell'impossibilità per il giudice del silenzio di accertare la fondatezza della pretesa alla luce della natura largamente discrezionale dell'attività richiesta all'Amministrazione in materia. La scelta di ripianificare rientra nella sfera strettamente politica e, quindi, attiene alla selezione degli interessi per il perseguimento dell'interesse pubblico, al principio di rappresentatività e non può essere assunta dall'autorità giudiziaria, politicamente non responsabile: sarebbe, infatti, illogico che l'ordinamento consentisse al giudice, che difetta di rappresentatività, di sostituire la propria volontà a quella dell'amministrazione. Muovendo da queste premesse è ragionevole ritenere che l'impugnazione del silenzio-ina-

(73) Nel senso dell'ammissibilità del sindacato sulla fondatezza della pretesa nei soli casi di attività vincolata ovvero nell'ipotesi di fondatezza o infondatezza manifesta della pretesa sostanziale, si vedano, ancora, solo tra le più recenti: T.A.R. Toscana, sez. III, 23 gennaio 2008, n. 36; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 novembre 2007, n. 11253; Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311; T.A.R. Umbria, 26 luglio 2007, n. 580; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II bis, 14 settembre 2007, n. 8953; Id. 12 settembre 2007, n. 2127; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 31 maggio 2007, n. 5863; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 16 marzo 2007, n. 744; T.A.R. Lazio, sez. I bis, 24 gennaio 2007, n. 473; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 10 gennaio 2007, n. 45 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

dempimento formatosi sulla richiesta del privato di una nuova determinazione sulla destinazione urbanistica, non può che determinare, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali anche successivi alla riforma del 2005, l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di dettare una nuova disciplina urbanistica: in tal senso, si esclude che il G.A. possa sindacare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente e pronunciarsi in modo soddisfacente rispetto all'interesse, in concreto, fatto valere, qualora trattasi di attività connotata da margini di discrezionalità amministrativa. In altri termini, non potrà il G.A., adito in sede di silenzio avverso il silenzio-rifiuto dell'amministrazione di procedere alla ripianificazione dell'area, accogliere la domanda volta ad ottenere un ordine atto a vincolare, nei contenuti, l'azione amministrativa (enunciando l'obbligo di imprimere all'area una determinata destinazione), giacché, laddove l'attività dovuta sia subordinata alla verifica di determinati presupposti e per giunta contrassegnata – come nella specie – da un elevato tasso di discrezionalità amministrativa, non può ritenersi consentito al giudice, in fase cognitoria, imporre all'amministrazione il contenuto di un provvedimento, ovvero di sostituirsi ad essa nel provvedere (74).

Ed allora non paiono sussistere dubbi in ordine alla tenuta delle conclusioni alle quali si era giunti in precedenza in ordine all'ammissibilità di un'autonoma domanda risarcitoria "pura", che prescindendo dall'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia all'esito dell'attivazione della tutela speciale *ex art. 21 bis*, posto che l'elemento causativo del danno è da rinvenirsi non già in un provvedimento annullato in sede giurisdizionale perché illegittimo ma in un comportamento inerte dell'Amministrazione.

Anche nella fattispecie in esame è dato al giudice del risarcimento accertare l'illegittimità dell'inerzia della P.A. senza che tale esame costituisca elusione del termine decadenziale di impugnazione di provvedimenti né disapplicazione di atti amministrativi.

Può, al riguardo, richiamarsi quanto osservato in ordine alla natura dell'inerzia, che costituisce, come detto, una fattispecie di inadempimento che si forma con il mero decorso del termine di conclusione del procedimento, in relazione alla quale non risulta più necessaria alcuna diffida a provvedere, tanto più ove si consideri che la giurisprudenza ha di recente precisato che l'obbligo di ripianificazione dell'area a seguito della decadenza quinquennale dei vincoli va ricondotto agli adempimenti attivabili d'ufficio, in quanto imposto dai principi generali che presidono all'esercizio dell'azione amministrativa, sicché non occorre alcun atto formale dell'interessato, essendo sufficiente una mera diffida che faccia constare l'illegittimità dell'omissione (75). La violazione del termine per provvedere alla ripianificazione dell'area

(74) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 6 marzo 2006, n. 581, in www.giustizia-amministrativa.it.

(75) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741, *cit.*

(76) connoterà in termini di illegittimità il comportamento (omissivo) dell'amministrazione. Sicché, anche in questo, varrebbe unicamente ad aggravare la posizione del privato costringerlo ad attivare il rimedio di cui all'art. 21 *bis*, il cui esito altro non sarebbe che quello di dichiarare l'obbligo dell'amministrazione – già sussistente *ex lege* – di provvedere a ripianificare l'area, non potendo il giudice esaminare la fondatezza dell'istanza, in considerazione della natura ampiamente discrezionale del potere di ripianificazione urbanistica. Sarà, allora, il giudice del risarcimento che, autonomamente e direttamente, accerterà, in via incidentale e secondo lo schema della pregiudizialità in senso logico, la violazione dell'obbligo di provvedere e, in via principale, la meritevolezza della pretesa, ossia la spettanza del bene della vita, che, secondo il noto orientamento della giurisprudenza amministrativa, consente il passaggio a riparazioni per equivalente (77). È, quindi, il giudice, adito in sede risarcitoria, a dover effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo, ai soli fini del risarcimento, essendo, comunque, impedito al giudice del silenzio l'accertamento della fondatezza dell'istanza. Ragionando diversamente, la rigorosa subordinazione dell'azione risarcitoria a quella di accertamento dell'illegittimità della condotta omissiva dell'amministrazione rischia di trasformarsi in una sorta di *non liquet* da parte del giudice amministrativo, il quale non riuscendo a ravvisare nella decisione resa ai sensi dell'art. 21 *bis*, legge T.A.R. alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita (*rectius*: sulla fondatezza della pretesa), non potrebbe (mai) pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, rinviandone l'esame all'esito del riesercizio del potere amministrativo da parte della P.A.(78).

Tuttavia, si è ben consapevoli che la tesi proposta risulta eversiva e distonica rispetto all'attuale assetto della giurisprudenza, preoccupata di evitare che il giudice amministrativo finisca per sindacare, in sede risarcitoria, l'esercizio della discrezionalità. È ovvio intendere, infatti, che ove si consentisse, nel caso in esame, al privato di proporre fruttuosamente l'azione risarcitoria senza previa attivazione del rito *ex art. 21 bis*, legge T.A.R., il giudice amministrativo finirebbe per dover verificare la spettanza del bene della vita, in relazione ad attività connotata da alto tasso di discrezionalità (ad esempio, quello costituito dalle aspettative edificatorie legate alla valutazione dell'ente locale di procedere all'attività di ripianificazione). Vi sarebbe il rischio che il giudice si sostituisca all'amministrazione, sia pure in modo virtuale e nella sola prospettiva risarcitoria, rischio che diventa

(76) Tale termine, laddove non sia fissato dalla legislazione regionale (è il caso, ad esempio, della Lombardia: art. 7, l. reg. 11 marzo 2005, n. 12; del Lazio: art. 50, l. reg. 22 dicembre 1989, n. 38; della Sicilia: art. 27, l. reg. 27 dicembre 1978, n. 71), ovvero per effetto di un provvedimento di auto-organizzazione comunale, è quello ordinario di novanta giorni, di cui all'art. 2, l. n. 241 del 1990 nuova formulazione.

(77) Cons. St., ad. pl., 15 settembre 2005, n. 7, *cit.*

(78) In tal senso, con riferimento alla pregiudiziale di annullamento, si esprime GISONDI, *op. cit.*

tanto più consistente quanto più sono intensi i margini di valutazione rimessi alla seconda nel riconoscere al privato, asseritamente leso, il bene della vita (79). Evenienza questa che viene individuata in quelle ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione sia connotata da margini di discrezionalità amministrativa pura, anziché solo tecnica: in questa ipotesi si prospetta il rischio di un'ingerenza del giudice – chiamato a formulare il giudizio prognostico sulla spettanza del bene non ottenuto con la determinazione illegittima ed annullata – nella sfera davvero esclusiva dell'amministrazione, quella afferente il merito amministrativo e le valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico. In questi casi, connotati dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, si esclude che il giudice possa indagare sulla spettanza del bene della vita, ammettendo il risarcimento solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all'istante il bene stesso: nel qual caso, il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento di quel bene. Con riferimento al mancato esercizio del potere discrezionale, non sarebbe, quindi, neppure concepibile – per la valutazione di una domanda risarcitoria – una indagine prognostica su quanto, in ordine all'istanza, l'amministrazione potrebbe decidere tra più possibili soluzioni conformi all'ordinamento.

È ben evidente come alla base di tale impostazione conservatrice si ponga la preoccupazione che, per effetto dell'abbandono della pregiudiziale, il giudice finisca per sindacare, con riferimento al silenzio-inadempimento, l'esercizio della discrezionalità; il che, sostanzialmente, conduce a negare sempre e comunque la sussistenza di un danno risarcibile in tutti i casi in cui l'interesse legittimo pretensivo attenga all'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, ammettendosi il risarcimento esclusivamente in relazione all'esercizio del potere vincolato "ampliativo" del patrimonio del privato. Ma se così è, le ragioni che conducono a negare il sindacato del giudice a fronte del potere discrezionale non esercitato (comportamento omissivo) sono le stesse addotte dalla giurisprudenza a sostegno dell'impossibilità di sindacare l'esercizio illegittimo del potere (provvedimento espresso). Sicché, alcuna differenza tra il non esercitare un potere ovvero il suo tardivo esercizio, che costituiscono comportamenti, ed il provvedere espressamente. È questa, in sostanza, la conseguenza alla quale conduce l'adesione alla tesi dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2005, secondo cui il danno da omissione provvedimento presuppone la spettanza del bene della vita per la cui realizzazione è necessaria l'emanazione dell'atto richiesto; pertanto, anche nel caso di condotta omissiva il divieto di sindacato incidentale sull'esercizio del

(79) In questi termini, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, *cit.*; in precedenza, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1009, 1547.

potere finirebbe per rispondere alle medesime finalità riscontrate nell'ipotesi di attività (positiva) amministrativa illegittima.

Tuttavia, muovendo da una diversa prospettiva, i noti problemi relativi alla formulabilità del giudizio prognostico sul normale e prevedibile sbocco del procedimento e sulla spettanza del bene della vita (da affrontare diversamente a seconda della natura vincolata, tecnico-discrezionale o discrezionale in senso classico dell'attività amministrativa) non conducono all'inammissibilità dell'autonoma domanda risarcitoria, che andrebbe comunque ritenuta proponibile, ma incidono sul diverso piano della sua fondatezza e del *quantum* del risarcimento. L'omessa attivazione della tutela specifica avverso il silenzio rileverà nella prospettiva della reiezione di domande risarcitorie relative a danni che tale ricorso, con l'effetto coattivo sulla P.A. ad esso conseguente, avrebbe verosimilmente consentito di evitare o limitare.

Infine, non sembra ragionevole precludere al cittadino la possibilità di proporre autonoma azione risarcitoria, onde ottenere il risarcimento del danno per equivalente monetario correlato all'inerzia dell'amministrazione, laddove la diretta attuazione del rapporto di diritto pubblico non sia più utile per il cittadino, oppure quando l'adozione tardiva del provvedimento non copra tutti i danni dallo stesso subiti *medio tempore*.

8. Termine prescrizione dell'azione di risarcimento dei danni conseguenti a ritardo o inerzia.

Escluso che l'azione risarcitoria per danno da silenzio e da ritardo debba essere soggetta al preventivo annullamento di alcun atto e, quindi, al preventivo ricorso contro il silenzio, resta il problema di individuare il momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine di prescrizione per l'azione di risarcimento, nella consapevolezza che il giudice amministrativo adito per il risarcimento debba, preventivamente, valutare l'effettiva inerzia della P.A. (ossia la sussistenza dell'obbligo di provvedere e la condotta inadempiente dell'amministrazione). La questione cruciale, a questo punto, diventa quella relativa all'individuazione del momento a partire dal quale si deve calcolare il danno da ritardo. Detto in altri termini: quando comincia a decorrere il termine di prescrizione per l'azione di risarcimento dei danni conseguenti al ritardo o all'inerzia? E quindi: a partire da quale momento si ha danno da ritardo risarcibile?

Come detto, secondo l'impostazione dell'Adunanza Plenaria, «il danno da ritardo non è risarcibile di per sé», con la conseguenza che danno da ritardo risarcibile *ex art.* 2043 c.c. può essere solo quello che determina una lesione dell'aspettativa dell'interesse legittimo al rilascio di provvedimento favorevole e non già il danno da mero inadempimento dell'obbligo di provvedere. In quest'ottica, poi, ritenere che il ritardo nell'emanazione di un atto sia risarcibile comporta conoscere il momento in cui l'atto doveva essere emanato.

La *ratio* di siffatto ragionamento può essere ravvisata nella necessità di collegare il risarcimento al pregiudizio che il privato ha subito per effetto del ritardo con cui l'amministrazione ha emanato l'atto (secondo il paradigma della responsabilità aquiliana). Ciò significa che il problema dell'individua-

zione del momento a partire dal quale si configura il danno da ritardo presuppone, in realtà, una diversa soluzione a seconda che si acceda alla natura paritaria o autoritativa del rapporto tra amministrazione e cittadino ovvero sia che si accolga la tesi che qualifica come contrattuale o extracontrattuale (aquiliana) la natura della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi.

Infatti, nell'ipotesi tradizionale per la quale l'amministrazione risponde del danno da ritardo a titolo di responsabilità extracontrattuale, il termine di prescrizione è quinquennale, ma tale termine comincerà a decorrere a partire dal momento in cui il privato effettivamente abbia subito un pregiudizio a causa del ritardo o dell'inerzia della P.A. È possibile, cioè, che nel momento in cui spira il termine dell'amministrazione a provvedere, il privato ancora non abbia subito alcun danno, e pertanto non è a partire da tale evento che può essere calcolato il decorso del tempo per l'instaurazione del giudizio risarcitorio. Il danno da fatto illecito, come conseguenza immediata e diretta del comportamento omissivo dell'amministrazione, può verificarsi anche a distanza di tempo, rispetto al decorso del termine per provvedere che la legge n. 241/1990 impone all'amministrazione, e può essere dovuto proprio al prolungato ritardo con cui l'amministrazione svolge la propria azione (c.d. inerzia perdurante). Ovviamente, incombe sul privato che instaura il giudizio risarcitorio la prova del pregiudizio subito e del tempo in cui tale pregiudizio sia stato prodotto. Proprio per questa ragione, tende a prevalere in giurisprudenza la tesi che configura il ritardo illegittimo dell'amministrazione nel provvedere sull'istanza del privato come illecito permanente che cessa solo al momento dell'adozione dell'atto che definisce il procedimento e pone fine all'inadempimento dell'obbligo di conclusione del procedimento imposto dall'art. 2, legge n. 241 del 1990. Ne consegue che il termine di prescrizione della conseguente pretesa risarcitoria comincia a decorrere solo dal momento della cessazione dell'illecito (80).

Viceversa, nel caso in cui si accolga la tesi che individua nel rapporto tra amministrazione e cittadino un vincolo obbligatorio (c.d. contatto amministrativo qualificato), l'inerzia dell'amministrazione costituisce un'ipotesi di inadempimento del vincolo (ovvero di ritardo nell'adempimento): in questo caso a decorrere dal momento in cui spira per l'amministrazione il termine per provvedere, essa è «inadempiente». Ma è evidente che in questa ipotesi la stessa P.A. risponde del ritardo (o del radicale inadempimento) a titolo di responsabilità contrattuale, sicché trova applicazione il principio dell'inversione dell'onere della prova, di cui all'art. 1218 c.c., con la conseguenza che sarà l'amministrazione a dover provare che il ritardo è dovuto a causa ad essa non imputabile: la prova che il privato danneggiato deve fornire attiene alla

(80) In tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 8 novembre 2005, n. 18675, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 11, 3695.

misura del risarcimento, alla sua quantificazione in termini monetari, ma non al nesso di causalità tra condotta omissiva dell'amministrazione e pregiudizio subito, poiché esso, in caso di responsabilità contrattuale, è *in re ipsa*. Infine, il termine di prescrizione secondo questa ricostruzione comincia a decorrere dallo spirare del termine assegnato all'amministrazione per provvedere ed è (quello ordinario) decennale (81).

(81) In senso opposto si è espressa, anche di recente, la giurisprudenza, secondo cui il termine di prescrizione della domanda risarcitoria è quinquennale ed inizia a decorrere da quando matura il silenzio-inadempimento: Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2004, n. 5995, *cit.*, ove si sostiene, da un lato, che la responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo va ricondotta al paradigma della responsabilità aquiliana, dall'altro lato, si osserva che il termine di prescrizione del giudizio risarcitorio va collegato allo spirare del termine per provvedere, che segna l'inizio del fatto illecito generatore del danno.