

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 28 febbraio 2011, n.1271.

Sulla risarcibilità e sui criteri di quantificazione del danno da ritardo.

Il danno da ritardo consegue alla lesione di un interesse legittimo pretensivo.

Particolarmente articolato risulta il dibattito giurisprudenziale in merito alla ricostruzione della figura del danno da ritardo.

Secondo una prima ricostruzione giurisprudenziale, il danno da ritardo si configura allorché il provvedimento emanato dalla P.A. è legittimo, in quanto correttamente riconosce il bene della vita preteso dal singolo come di sua spettanza, ma è stato emanato, con dolo o con colpa, in ritardo rispetto ai termini previsti dalla legge o da una sentenza esecutiva, sicché il privato chiede il risarcimento del pregiudizio subito in conseguenza del ritardo con cui ha conseguito ciò che era di sua spettanza.

Ad avviso di altri Autori, invece, il privato vanta un vero e proprio diritto soggettivo alla conclusione del procedimento amministrativo entro i termini di legge, la cui fonte è da rinvenirsi nell'art. 111 della Costituzione, che a sua volta esprimerebbe un valore riconducibile all'art. 2 del testo costituzionale. Sicché, il danno da ritardo si sostanzierebbe nel danno da mero inadempimento dell'obbligo di provvedere.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, il danno da ritardo si configura allorché la P.A. non solo ha concluso il procedimento amministrativo oltre i termini previsti dalla legge, ma ha altresì illegittimamente negato (con il silenzio o con un provvedimento di rigetto) al privato il bene da lui preteso. I sostenitori di questa tesi osservano, infatti, che il nostro ordinamento non concepisce, in linea di massima, il danno punitivo e che, dunque, il fatto illecito produce l'obbligazione risarcitoria se ed in quanto esista una lesione da riparare; dunque, si afferma, il danno da ritardo non è risarcibile in sé ma solo nel caso di lesione dell'interesse legittimo all'emanazione di un provvedimento favorevole.

Quest'ultimo è l'orientamento giurisprudenziale prevalente: il danno da ritardo è risarcibile solo se il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento finale, se cioè

gli spetti il “bene della vita” e questo provvedimento non è stato emanato nei termini. Tale indirizzo interpretativo, pressoché univoco, si scinde al momento del successivo problema dell’accertamento di tale spettanza: da un lato c’è chi sostiene che il titolo andrebbe accertato azionando il procedimento del silenzio e sindacando il successivo diniego espresso; dall’altro lato c’è chi afferma che il giudice adito in sede risarcitoria dovrebbe effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo, ai soli fini del risarcimento.

Tale tesi è stata di recente confermata dall’Adunanza Plenaria n.7/2005 la quale ha definitivamente risolto il contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno da ritardo per il solo fatto che non fosse stato emanato il provvedimento richiesto nei tempi previsti dalla legge e, dunque, indipendentemente dall’effettiva spettanza del bene. In tale sentenza, infatti, l’Adunanza Plenaria ha statuito che *“...il sistema di tutela degli interessi pretesivi ...consente il passaggio di 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 nell’emanazione di un provvedimento vantaggioso per l’interessato, suscettibile di appagare un bene della vita”*.

Nella sentenza indicata in epigrafe, il Consiglio di Stato ha riconosciuto al ricorrente il risarcimento del danno da ritardo derivante dalla tardiva concessione di un permesso di costruire. Nella pronuncia in esame il Collegio accenna alle diverse tesi interpretative della particolare figura di danno in questione senza, tuttavia, soffermarsi sulla portata e la divisibilità di ciascuna di esse, stante l’irrelevanza del tema ai fini della decisione della controversia prospettata: *“Nel caso di specie, ricorre l’ipotesi in cui il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l’amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento. Il ritardo procedimentale ha, quindi, determinato un ritardo nell’attribuzione del c.d. “bene della vita”, costituito nel caso di specie dalla possibilità di edificare secondo il progetto richiesto in variante. In questi casi la giurisprudenza è pacifica nell’ammettere il risarcimento del danno da ritardo (a condizione ovviamente che tale danno sussista e venga provato) e l’intervenuto art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 69/2009, conferma e rafforza la tutela risarcitoria del privato nei confronti dei ritardi delle p.a., stabilendo che le pubbliche*

amministrazioni e i soggetti equiparati sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. La norma presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo). Nel caso di specie, non rileva la questione della risarcibilità del danno da ritardo in caso di non spettanza del c.d. "bene della vita" e della compatibilità dei principi affermati dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2005 con il nuovo art. 2-bis della legge n. 241/90, avendo la stessa amministrazione riconosciuto tale spettanza con il (tardivo) rilascio del permesso di costruire in variante".

Interessante, altresì, quanto statuito dal Consiglio di Stato in punto di prova del danno subito nel giudizio risarcitorio.

Per quanto concerne la prova e la quantificazione del danno nel giudizio risarcitorio, non v'è dubbio che operi il principio dispositivo. Il problema probatorio, tuttavia, assume sfaccettature diverse a seconda che la responsabilità della P.A. venga ricondotta al modello della responsabilità contrattuale da contatto sociale, o a quello della responsabilità extracontrattuale: i sostenitori di quest'ultima tesi ritengono che sia il danneggiato a dover provare l'intero danno subito, i sostenitori della prima tesi, invece, ritengono che in virtù del principio dispositivo con onere acquisitivo, sia sufficiente una "qualche prova del danno" e della sua liquidazione.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, ha criticato entrambe queste teorie: la prima perché estende eccessivamente l'ampiezza dell'*onus probandi* e non è coniugabile con la previsione di cui all'articolo 35 del d.lgs. 80/1998 che ha introdotto in capo al giudice il potere ordinario di fissare i criteri di liquidazione del danno da determinarsi tra le parti in ambito stragiudiziale. La seconda perché pecca di eccessiva semplificazione.

Secondo l'orientamento di tale ultima giurisprudenza, l'onere probatorio del danno sofferto può ritenersi assolto semplicemente a fronte dell'indicazione da parte del ricorrente, di taluni criteri di quantificazione dello stesso, e ciò per un sostanziale parallelismo tra domanda, dispositivo e prova del danno: il contenuto della domanda e il contenuto del dispositivo coincidono in virtù del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; a sua volta la domanda coincide con il contenuto della prova perché tutto ciò che è stato chiesto deve essere provato. Ne discende che anche la prova e il dispositivo sono tra di loro in correlazione perché il ricorrente dovrà provare tutto quello che confluirà nel dispositivo. Se così è, poiché il giudice amministrativo ha la possibilità di quantificare il danno mediante il rinvio ad un accordo risarcitorio tra le parti di cui si limiterebbe ad indicare nel dispositivo i criteri, è evidente che l'onere probatorio può essere dalla parte soddisfatto mediante la semplice indicazione dei criteri utili per la determinazione di tale danno.

Si noti, tuttavia, che non manca una parte più rigorosa della giurisprudenza che ritiene che la domanda risarcitoria può essere accolta solo se sorretta da una congrua dimostrazione del danno e da una sua puntuale quantificazione. In tal senso C.S n. 5098/2008 secondo cui: *“Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a. E' evidente pertanto che il meccanismo processuale diviso dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto. Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012)”*.

Nella pronuncia in eam il Collegio sembra avallare la prima delle tesi prospettate. In essa si legge: *“Si deve, quindi, passare a verificare gli elementi probatori in ordine all'esistenza del danno e al rapporto di causalità con il menzionato ritardo.*

Per ogni ipotesi di responsabilità della p.a. per i danni causati per l'illegittimo esercizio (o, come nel caso di specie, mancato esercizio) dell'attività amministrativa, spetta al ricorrente fornire in

modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise e quando il soggetto onerato della allegazione e della prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito, nè può essere invocata una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato (Cons. Stato, V, 13 giugno 2008 n. 2967; VI, 12 marzo 2004, n. 1261, secondo cui la consulenza tecnica, pur disposta d'ufficio, non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c., ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute)".

Ultimo aspetto fondamentale che la sentenza in esame prende in considerazione in tema di prova del danno risarcibile nel processo amministrativo, concerne il valore della consulenza tecnica d'ufficio, introdotta tra i mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo con la l. 205/2000. Come ha asserito la giurisprudenza amministrativa: "...può ritenersi assolto l'onere probatorio allorché il ricorrente indichi, a fronte di un danno certo nella sua verifica, taluni criteri di quantificazione dello stesso, salvo il potere del giudice di vagliarne la divisibilità attraverso l'apporto tecnico del consulente". Dunque, alla luce di tale condiviso orientamento, mentre nel processo civile la figura della CTU svolge una funzione deducendo (perché si limita a valutare dati o fatti già provati dalla parte fornendo al giudice solo la sicurezza in ordine alla correttezza della prova presentata dalla parte), nel processo amministrativo ha quasi sempre una funzione percipiente in quanto accerta dei fatti che la parte non è in grado di provare.

Ciò è ribadito dal Consiglio di Stato nella pronuncia in esame ove si afferma: "La stessa richiamata giurisprudenza ha anche precisato che l'onere probatorio può ritenersi assolto allorché il ricorrente indichi, a fronte di un danno certo nella sua verifica, taluni criteri di quantificazione dello stesso, salvo il potere del giudice di vagliarne la divisibilità attraverso

www.ildirittoamministrativo.it

l'apporto tecnico del consulente o, comunque, quando il ricorrente fornisca un principio di prova della sussistenza e quantificazione del danno”.