

Il tempo «bene della vita» nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*

di

Pietro Quinto

Avvocato

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 25 ottobre 2011

§ 1. Premessa - § 2. L'evoluzione legislativa - § 3. Una interpretazione ricostruttiva - § 4. La giurisdizione esclusiva - § 5. I termini per l'azione risarcitoria nel c.p.a. - § 6. La responsabilità della P.A. ed il requisito della colpa - § 7. La prova del danno risarcibile - § 8. Conclusione.

§ 1. Premessa

Il tempo è definito nella filosofia classica come misura ed ordine del divenire. I greci antichi sapevano distinguere tra *chronos* che è il tempo «cronologico» e *kairos*, che è il tempo degli atti, delle scelte e delle passioni. Nella società moderna il tempo è un bene economico, ma anche la misura della qualità della vita, una risorsa scarsa a valore unico, non moltiplicabile e non replicabile. « Il rumore del tempo » è il titolo dell'opera musicale di Giacomo Manzoni, che ha inteso contrapporre il tempo effimero del nostro quotidiano con il silenzio dell'universo. Nel campo del diritto il tempo è un bene giuridico, ed anzi è «elemento di ogni fenomeno giuridico».

Ed allora si può ragionevolmente disconoscere che, avuto riguardo alla disciplina positiva del termine di conclusione del procedimento amministrativo, il tempo abbia definitivamente acquisito la consistenza di un interesse procedimentale, suscettibile di autonoma tutela risarcitoria?

Intorno a questo interrogativo continuano a ruotare le perplessità del legislatore e l'incertezza del giudice amministrativo. Anche dopo la più recente produzione normativa, se vi è un tema, nel nostro sistema giustizia, per la cui elaborazione dottrinarie, positivizzazione ed interpretazione a livello giurisprudenziale si è perso e si continua a perdere tempo - in aperta contraddizione con il «bene tempo» - è il riconoscimento di un titolo risarcitorio per il ritardo *mero* sul termine che la legge assegna all'Amministrazione per provvedere sulla istanza del

cittadino, indipendentemente dall'esito della risposta: cioè il danno da mero ritardo per la lesione di un interesse procedimentale avente natura sostanziale.

Eppure il tema, in una logica istituzionale, appare di oggettivo interesse e di indiscutibile attualità.

Utilizzo le espressioni di una recentissima sentenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 21 marzo 2011 n. 1739), che, pur non occupandosi ex professo della risarcibilità del danno da ritardo in caso di non spettanza del c.d. «bene della vita», avendo la stessa amministrazione riconosciuto tale spettanza con il «tardivo» rilascio dell'autorizzazione, ha affermato: «Ogni cittadino e ogni impresa hanno diritto ad avere risposta dalle amministrazioni alle proprie istanze nel termine normativamente determinato e ciò proprio al fine di programmare le proprie attività e i propri investimenti; un inatteso ritardo da parte della P.A. nel fornire una risposta può condizionare la convenienza economica di determinati investimenti, senza però che tali successive scelte possano incidere sulla risarcibilità di un danno già verificatosi» Ha aggiunto la sentenza che, 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 questione tutt'ora controversa è se siffatte affermazioni siano egualmente valide nella distinta ipotesi di un danno derivante dalla sola violazione del termine per provvedere, anche se il procedimento autorizzatorio non si è concluso ed anche se l'esito sia negativo.

A rispondere positivamente ci ha provato il CGARS, con la sentenza 4 novembre 2010 n. 1368, che, indipendentemente dall'applicabilità *ratione temporis* dell'art. 2 bis l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 69/2009, e sottolineando che «i relativi principi fossero già viventi nell'ordinamento prima dell'entrata in vigore della norma», ha affermato che ai fini risarcitori va esclusa la necessità della positiva conclusione del procedimento. «Anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in

ipotesi negativo», - si legge nella motivazione di quella decisione - l'inosservanza del termine massimo di durata del procedimento «ha comportato, quale immediata e pregiudizievole conseguenza, l'assoluta imprevedibilità dell'azione amministrativa» e, quindi, l'impossibilità per l'impresa di rispettare la programmata tempistica dei propri investimenti, con la conseguenza di una correlata crescita dei costi.

Infatti, «il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, 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».

In altri termini, «ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento».

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato con altra sentenza (28 febbraio 2011, n. 1271), dopo aver richiamato quanto affermato dal CGARS, ha ampliato, in maniera innovativa, la sfera del risarcimento, prevedendo la condanna per una sorta di «danno da burocrazia», inteso quale danno biologico causato da un ritardo procedimentale, con un *onus probandi* però particolarmente rigoroso gravante in capo al danneggiato. La decisione rappresenta una evoluzione rispetto ad un precedente dello stesso Consiglio (Sez. V, n. 3397/2010), secondo cui il semplice ritardo nell'autorizzazione di un'attività privata, cagionato dalla condotta amministrativa, consente un'azione risarcitoria normalmente limitata ai soli danni patrimoniali e «non costituisce un fatto idoneo in quanto tale a far presumere la sussistenza di danni non patrimoniali qualificati sotto il profilo delle ripercussioni gravi sulla sfera personale ed assistenziale».

In effetti, però, la sentenza 1271 sembra completare il ragionamento, perché si occupa precipuamente dell'*onus probandi* a carico del danneggiato, particolarmente rigoroso, non potendosi invocare – si legge in motivazione – il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; né può darsi ingresso alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., e neppure può essere invocata una

consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato. Anche in questo caso il Consiglio di Stato non si è occupato del risarcimento del danno da mero ritardo a prescindere dalla spettanza del bene della vita finale, ma i commentatori hanno rilevato come il Consiglio di Stato, nel liquidare il danno biologico in relazione al tardivo provvedere dell'Amministrazione, abbia sottolineato che l'obbligo di osservare il termine di conclusione del procedimento sia stato elevato – ex art. 29, comma 2 bis della legge n. 241/90 – nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.. La qual cosa sembra confermare la centralità che ha assunto nel nostro ordinamento l'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento entro il termine prefissato della legge. Ciò comporterebbe come logica conseguenza che il giudice amministrativo possa coerentemente arrivare a ritenere risarcibile anche il «danno biologico da mero ritardo», a prescindere dalla spettanza del bene della vita finale (1).

In senso contrario (a conferma che il tema non trova tutt'ora una soluzione condivisa) si è invece espressamente pronunciato il TAR Lombardia – Milano, Sez. I. n. 35 del 12 gennaio 2011.

Si legge nella motivazione che la risarcibilità di un eventuale danno da ritardo, in mancanza di espressa domanda, «resta estraneo al *thema decidendum*». Purtuttavia, prosegue la sentenza, rispetto alla configurabilità ipotetica di un ritardo colpevole è da escludersi in radice la configurabilità stessa della inosservanza dolosa o colposa di un termine ragionevole per la conclusione del procedimento. Due i principi affermati: a) il diritto al risarcimento del danno derivante dal ritardo con il quale l'Amministrazione abbia provveduto «spetta solo ove i soggetti interessati abbiano reagito all'inerzia impugnando il silenzio-rifiuto»; b) «ciò che si risarcisce non è una aspettativa all'*agere* legittimo dell'Amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui si ambiva al momento della proposizione dell'istanza».

La sentenza sembra quindi in linea con la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2005, che aveva disconosciuto l'ammissibilità dell'azione risarcitoria da mero ritardo nell'azione

amministrativa e che rimane tutt'ora l'arresto giurisprudenziale più autorevole dei Giudici di Palazzo Spada.

Va ricordato però che in quella decisione l'A.P. si preoccupò soprattutto di approfondire il tema della giurisdizione, all'epoca abbastanza controversa dopo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale. Sulla questione di merito l'A.P., dopo aver richiamato la regola della pregiudizialità, e, quindi, la definitività dei provvedimenti negativi adottati in ritardo dall'Amministrazione e la loro intangibilità per l'omessa proposizione di qualunque impugnativa, si era attestata su due postulati: il danno da mero ritardo è astrattamente ipotizzabile, ma, allo stato, non trova spazio nel nostro sistema di tutela perché non previsto dal legislatore; il ristoro per equivalente dell'attesa è ammissibile solo se collegato al conseguimento dell'utilità sostanziale richiesta alla P.A.: provvedimento vantaggioso. La stessa A.P. giungeva peraltro ad osservare: «Su di un piano di astratta logica, può ammettersi che, in un ordinamento preoccupato di conseguire un'azione amministrativa particolarmente sollecita, alla violazione dei termini di adempimento procedimentale possano riconnettersi conseguenze negative per l'amministrazione, anche di ordine patrimoniale» (2)

§ 2. L'evoluzione legislativa

Sta in fatto che, anche sulla spinta delle osservazioni dell'A.P., il legislatore si è adoperato per introdurre una specifica disciplina del danno da ritardo, cercando di recuperare la mancata attuazione della delega, contenuta nella legge n. 59 del 1997, secondo cui occorre prevedere forme di indennizzo a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento secondo il nuovo modello di azione amministrativa, introdotto dalla legge n. 241 del 1990.

Dopo il disegno di legge Nicolais, approvato dalla Camera dei Deputati, ma decaduto per fine legislatura e ripreso dal Governo della XVI legislatura nella sua formulazione originaria,

si è così pervenuti all'approvazione del testo dell'art. 2 bis della legge n. 241, introdotto con l'art. 69 della legge n. 69 del 2009 sullo sviluppo economico e la semplificazione.. L'art. 69 ha subito però notevoli modifiche nel corso dell'iter parlamentare, con una contrazione della norma da quattro commi ai due attuali. In particolare è stato espunto l'inciso «*indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto*», cioè proprio il significativo riferimento alla natura indipendente della pretesa risarcitoria rispetto al bene di vita sostanziale sotteso al provvedimento richiesto. E' stata altresì prevista, rispetto all'autonoma indennizzabilità della violazione dei termini procedurali, la prova del danno. Il disegno di legge Nicolais sanzionava l'inosservanza dei termini procedurali con pene pecunarie anche di carattere progressivo di cui era prevista la devoluzione al privato indipendentemente dalla dimostrazione di ogni danno.

Ed è per questo che, nonostante la novella legislativa che ha positivizzato il risarcimento del danno da ritardo (come auspicato dall'A.P.), alcuni commentatori e le prime pronunce giurisprudenziali hanno sostenuto che la norma, così come formulata, avrebbe una valenza meramente «ricognitoria» rispetto alle conclusioni della precedente giurisprudenza amministrativa, culminata nella citata decisione dell'A.P. n. 7/2005 (3). Successivamente, il codice del processo amministrativo - per quanto di sua competenza - ha recepito l'istituto nei suoi aspetti sostanziali, confermando la disciplina del primo comma dell'art. 2 bis, ma ha inciso sugli elementi procedurali per il concreto esercizio dell'azione risarcitoria, modificando, come si dirà in prosieguo, il regime dei termini.

§ 3. Una interpretazione ricostruttiva

La lettura riduttiva della normativa in vigore non può essere condivisa.

Una riforma legislativa per confermare quella che era ormai una pacifica acquisizione giurisprudenziale «consolidata da un decennio» appare contro ogni logica anche perché il

principio della non risarcibilità del danno da mero ritardo era fortemente ancorato proprio alla mancanza di una disposizione legislativa: «non è prevista allo stato attuale della legislazione un meccanismo riparatore dei danni causati dal ritardo procedimentale in sé e per sé considerato». Con la conseguenza che il danno da ritardo, in assenza di una disciplina positiva, non ha un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce, dato che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima (4).

Ditalchè è agevole convenire che «il riferimento alle modifiche subite dalla norma nell'iter parlamentare non va sopravvalutato» (5), nel mentre si impone un'accurata analisi esegetica della disposizione in un contesto logico e sistematico, che registra come conseguenza l'ampliamento delle garanzie per assicurare la certezza dei tempi di definizione dei rapporti tra cittadino e P.A., la celerità degli stessi e la rinnovata affermazione della imparzialità e del buon andamento nell'esercizio della funzione amministrativa.

A conferma di ciò, anche in chiave di interpretazione sistematica del dato normativo, è stato sottolineato che, con la novella in esame, il legislatore non solo ha inserito il 2 bis, ma ha riscritto l'art. 2 della legge 241/90, con termini più stringenti per la conclusione del procedimento. E' stato infatti fissato un termine generale di 30 giorni (in luogo di 90 giorni precedenti), e, nel caso di termini diversi previsti da regolamenti e dalle Amministrazioni, è stato stabilito che il termine non può eccedere i 90 giorni o 180 in casi particolari. Il legislatore ha quindi evidenziato l'essenzialità di un termine procedimentale, affermando il principio della certezza temporale, ma altresì ribadito la doverosità dell'osservanza di tale termine. Con disposizione innovativa, aderente al principio posto dall'art. 2, si è altresì sancito che «il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti», con gli ulteriori corollari che tale valutazione incide sulla corresponsione della retribuzione del risultato e che la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità

dirigenziale (6).

Si è altresì evidenziato che l'affermata autonomia dell'azione di risarcimento del danno da ritardo rispetto alle tradizionali forme di tutela esperibili contro il silenzio della p.a. costituisce senza dubbio un elemento di novità suscettibile di estendere la tutela risarcitoria anche alla lesione di interessi diversi rispetto a quello del provvedimento.

Anche di recente è stato osservato che la questione della spettanza del bene della vita ai fini del risarcimento del danno da mero ritardo è del tutto estranea alla finalità ed alla ragion d'essere dell'istituto (7). È indiscutibile infatti che il nuovo modello di azione amministrativa, introdotto dalla legge n. 241 del 1990, abbia attribuito rilevanza autonoma, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita, a posizioni soggettive di natura strumentale, che mirano a disciplinare il procedimento amministrativo secondo criteri di correttezza, idonei ad ingenerare, con l'affidamento del privato, «un'aspettativa qualificata» al rispetto di queste regole.

In tale prospettiva è enucleabile dal novero degli interessi pretensivi, e piuttosto accanto a essi, un ambito di interessi procedimentali, così come definiti da M.S. Giannini, la cui violazione integra un titolo di responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita.

A tale categoria di interessi procedimentali è ascrivibile il danno da ritardo, sicchè il privato ha titolo ad agire per il risarcimento del danno subito in conseguenza della mancata emanazione del provvedimento richiesto nei termini previsti e indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto di tale provvedimento (8).

È difficile infatti negare – ha osservato autorevole dottrina – che la stessa disciplina del termine sia «volta a fornire una certezza temporale al richiedente in ordine ad ogni aspetto sulla sua partecipazione: l'impegno di risorse, la rinuncia ad altre opportunità, l'esigenza di avvalersi di circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita» (9).

Nella disciplina complessiva delle regole sul procedimento amministrativo occorre, quindi, evitare la confusione tra la natura della regola violata e gli interessi che quella regola è diretta a tutelare.

Il rispetto del termine che la legge assegna alla P.A. per la definizione di un procedimento o che la stessa Amministrazione si è assegnato è una delle manifestazioni di quella «buona amministrazione» che costituisce un vero e proprio diritto del cittadino sancito dall'art. 41 della Carta di Nizza, ed ancora prima dall'art. 97 della Costituzione, che afferma i principi di imparzialità e di buon andamento.

Ora, indipendentemente da qualsivoglia disquisizione sulla differenza o non perfetta identità tra «buona amministrazione» e «buon andamento» dell'amministrazione, si tratta comunque di un valore giuridico, che si traduce nell'efficienza e nell'efficacia dell'azione. Sicchè è agevole concludere che, se per buon andamento si intende l'efficienza dell'azione amministrativa, una delle manifestazioni di siffatta efficienza è l'essenzialità ed il rispetto del termine del procedimento amministrativo. L'amministrazione efficiente è l'amministrazione capace di rispettare i tempi del suo agire, che è il primo risultato utile in termini di produttività e di economicità.

Dalle considerazioni sin qui svolte deriva che la cd. pregiudiziale amministrativa sia questione del tutto estranea alla fattispecie del danno da mero ritardo. Ciò perché l'unico interesse che viene in considerazione è quello procedimentale, relativo al rispetto del termine di conclusione del provvedimento, e, conseguenzialmente, il ristoro del pregiudizio derivante dal ritardo con cui l'Amministrazione ha provveduto. E' evidente quindi che – contrariamente a quanto affermato dal TAR Lombardia – l'azione di risarcimento da mero ritardo sia del tutto sganciato da qualsivoglia formale declaratoria di illegittimità del silenzio ed in tal senso risulta normata nel nuovo codice del processo. L'azione quindi è esperibile autonomamente «senza che ciò possa essere valutato in termini di concorso di colpa ai sensi

dell'art. 30, comma 3, c.p.a.» (10)

La sopravvenuta disciplina codicistica - come detto - non ha peraltro inciso sull'assetto dell'istituto così come delineato nella novella della legge n. 69/2009, fatta salva la questione della prescrizione quinquennale dell'azione, originariamente prevista dal 2° comma dell'art. 2 bis.

Sotto il profilo sostanziale nel c.p.a. risulta infatti confermata e tutt'ora operante la disciplina del primo comma dell'art. 2 bis, con l'espressa previsione nel quarto comma dell'art. 30 di una autonoma azione di risarcimento danni che il ricorrente comproui di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Sicchè la definizione, come fattispecie autonoma, del risarcimento del danno ingiustamente cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento conferma il riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno da ritardo anche in assenza dell'accertamento della spettanza del cd. bene della vita. Con l'ulteriore conseguenza che essendo stata prevista l'azione risarcitoria per l'inosservanza del termine, come ipotesi di giurisdizione esclusiva (art. 133), si potrebbe pervenire a qualificare in termini di diritto soggettivo il diritto scaturente dalla lesione del «bene giuridico-tempo», conformemente alla previsione normativa. (11).

§ 4. La giurisdizione esclusiva

L'affermazione di una giurisdizione esclusiva in materia di risarcimento danni da ritardo nell'esercizio del potere amministrativo - ad avviso di alcuni commentatori - non avrebbe infatti ragione di essere ove non fosse presente un intreccio di situazioni soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

All'interesse legittimo legato al conseguimento di un «bene della vita» sarebbe connesso un vero e proprio diritto soggettivo all'adempimento dell'obbligazione della P.A.: titolare di un

potere da esercitare nei termini prescritti.

D'altro canto nel dibattito che ha preceduto la riforma legislativa, da più parti era stato posto l'accento che la progressiva trasformazione della funzione amministrativa da potere a servizio induce a concepire l'obbligo della P.A. in termini di vera e propria "prestazione" ai sensi dell'art. 1174 c.c., e, quindi, ad applicare i principi generali sulle obbligazioni.

In questa logica è stato sostenuto che poiché nell'azione risarcitoria per danno da ritardo non sarebbero in gioco soli interessi legittimi, bensì un vero e proprio «diritto di credito» vi sarebbe stata la necessità di una norma speciale sulla giurisdizione. (12). Per concludere che «la sottolineatura dell'esclusività della giurisdizione, operata dal codice a conferma della scelta di cui all'art. 2 bis, fa propendere per la qualificazione in termini di diritto soggettivo della pretesa giuridica al rispetto della tempistica procedimentale» (13).

Non va sottaciuto però che rispetto a siffatta costruzione, la Cassazione, con la recente decisione delle S.U. (25 marzo 2010 n. 7160), ha affermato che, in caso di ritardo, il comportamento amministrativo si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere, con conseguente lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo e non diritto soggettivo.

Dalla complessa problematica sulla questione di giurisdizione, si finisce con il ricavare una ulteriore conferma che la portata effettiva dell'art. 2 bis contenga quella carica innovativa non espressa, e riguardante la individuazione di un autonomo titolo di responsabilità della P.A. per inadempimento dell'obbligo di provvedere nel termine legale.

Corollario di siffatta ricostruzione è che il «danno ingiusto» che dà luogo al risarcimento è quello correlato all'interesse protetto dal sistema normativo, che, nella nuova configurazione del procedimento amministrativo, ispirato a criteri di economicità, efficienza, produttività ed, ora, anche di imparzialità, privilegia la certezza del termine per la emanazione di un qualsivoglia provvedimento, ed altresì la celerità della definizione del procedimento.

Danno ingiusto è quindi l'ingiustificata situazione di precarietà ed incertezza in cui viene a trovarsi il cittadino, che non riceve risposta nei termini di legge alle proprie istanze, ed, in definitiva, un comportamento omissivo della P.A., che viola una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere.

§ 5. I termini per l'azione risarcitoria nel c.p.a.

Più complessa è la questione del termine per proporre la domanda di risarcimento, dopo l'abrogazione del secondo comma dell'art. 2 bis per effetto dell'art. 4, n. 14, dell'all. 4 del codice e della specifica disciplina introdotta nel 4° comma dell'art. 30. Il testo definitivo della norma è il risultato di modificazioni rispetto alla formulazione originaria, ed appare «confuso e contraddittorio», anche con riferimento alla stessa relazione governativa. La regola risultante da queste interpolazioni è che il termine per proporre l'azione risarcitoria è di un anno e 120 giorni, decorrenti dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento.

E' stato però esattamente rilevato che «i due periodi del comma 4 appaiono porsi in contraddizione: affermare che il termine per proporre l'azione risarcitoria non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e aggiungere subito dopo che lo stesso termine inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere significa negare la prima proposizione e stabilire una regola diversa» (14)

Non è mancata peraltro una tesi più radicale, (D. Comporti) e cioè che dal punto di vista sistematico si potrebbe sostenere tutt'ora vigente la prescrizione quinquennale, già prevista dal comma 2 dell'art. 2 bis, abrogato dal c.p.a.. La fonte normativa risiederebbe nell'art. 2947 C.C., nel mentre la previsione dell'art. 30, comma 4, c.p.a. potrebbe essere limitata all'ipotesi dell'azione di danni collegata all'impugnazione del silenzio. Con ciò sarebbe fatta salva la qualificazione dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento come un illecito di carattere permanente. In senso contrario v'è però la puntuale modificazione introdotta nel testo finale dell'art. 30 del c.p.a., rispetto alla prima bozza dell'articolato, ma

rispetto altresì alla stessa relazione governativa, per effetto dell'accoglimento di una osservazione della Commissione Giustizia del Senato.

§ 6. La responsabilità della P.A. ed il requisito della colpa

Rimane da affrontare il requisito della colpa atteso che la nuova norma, esclusa ormai una forma di indennizzo in automatico, riconosce il diritto al risarcimento come conseguenza della inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

La disposizione sembrerebbe quindi ricalcare la tradizionale configurazione della responsabilità della P.A. in termini di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 in tutti i suoi elementi caratteristici ed in particolare per l'onere della prova a carico della parte.

Anche sotto questo profilo si può notare una apparente contraddittorietà della previsione normativa. Se infatti la novità della legge consiste nella violazione del dovere procedimentale di provvedere, indipendentemente dalla fondatezza della pretesa, dovrebbe scaturire – per quanto sin qui detto – una responsabilità più propriamente di tipo contrattuale della P.A.. Ciò sulla base di quelle costruzioni dottrinarie e giurisprudenziali che hanno teorizzato la natura negoziale del contatto amministrativo tra P.A. e privato. Tesi avvalorata proprio dalla considerazione che non viene in discussione la potestà provvedimentale costitutiva del titolare della funzione, bensì solo la violazione dei doveri di correttezza della P.A. nei confronti del cittadino.

Non va peraltro dimenticato che in linea generale la stessa Corte di Cassazione con la sentenza 157/2003, ha affiancato al modello di responsabilità extracontrattuale delineata nella sentenza 500 quello della responsabilità contrattuale per la tutela risarcitoria degli interessi procedurali ex legge 241/90, in virtù della quale la pretesa alla regolarità dell'azione amministrativa va valutata secondo i canoni contrattuali di correttezza e buona fede.

In questo caso però più che una scelta di campo del legislatore rispetto alle tradizionali categorie civilistiche della responsabilità è sembrato prevalere quella medesima preoccupazione che ha comportato la mancata attuazione della delega del 1997, pur nella ravvisata esigenza di tutelare in modo soddisfacente la pretesa ad una azione tempestiva dell'Amministrazione, in coerenza con quanto previsto dall'art. 2 della legge 241/90: evitare

cioè l'automatismo delle conseguenze risarcitorie di una responsabilità da ritardo ed introdurre un "correttivo" attraverso l'esclusione di una responsabilità di tipo oggettivo, anche in relazione al quantum del risarcimento.

In buona sostanza, la violazione dell'obbligo di provvedere da parte della P.A. assume un diverso spessore se all'inadempimento procedimentale si accompagna la titolarità di un interesse sostanziale del richiedente.

L'opzione, quindi, per una responsabilità diversa da quella tipicamente contrattuale consentirebbe, anche attraverso la valutazione dell'ingiustizia del danno, una ponderazione degli interessi meritevoli di tutela impedendo tentativi meramente speculativi, pretese abnormi e «abusi da ritardo».

Una siffatta ricostruzione acquista una sua dignità giuridica se si conviene che non sempre il riferimento alle tradizionali categorie civilistiche consente di cogliere appieno i presupposti che consentono la risarcibilità del danno arrecato agli "interessi legittimi" e la determinazione «di ragionevoli criteri per valutare la sussistenza di elementi costitutivi degli illeciti «amministrativi» (15).

Nella medesima logica interpretativa va conseguentemente inquadrato il problema del riparto dell'onere probatorio, posto dall'esplicito richiamo dell'art. 2 bis alla «inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

Non è logicamente ipotizzabile che si possa porre a carico del soggetto che subisce il ritardo la prova della responsabilità dell'Amministrazione.

Se la riforma legislativa ha un senso – come innanzi si è cercato di dimostrare – per danno da ritardo deve intendersi ogni danno ingiusto derivante da un comportamento illecito dell'Amministrazione per superamento del tempo previsto per l'adozione del provvedimento.

In questa prospettiva l'illiceità dovrebbe discendere per previsione legale dalla violazione di una norma che impone un dovere all'Amministrazione. Non spetta a colui che subisce il ritardo dell'Amministrazione dimostrare che il comportamento omissivo è addebitabile a dolo o colpa. Ciò che rileva è la violazione di un precetto che assegna un termine da rispettare. Termine che le regole del procedimento consentono alla stessa Amministrazione di fissare.

Ai sensi dell'art. 1 della legge 241 l'attività dell'Amministrazione è retta dal principio di legalità e una delle manifestazioni della legalità dell'agire amministrativo è appunto l'osservanza della norma (art. 2) che impone il rispetto del termine previsto dalla legge o dai regolamenti per la conclusione del procedimento: con la conseguenza che l'illegittimità del comportamento è già espressione di una violazione del principio di legalità.

Non c'è altro che il privato debba dimostrare ai fini della prova di una condotta *contra ius*.

Il danneggiato non deve quindi provare la sussistenza della colpa dell'Amministrazione, perché essa è direttamente rapportata alla violazione del parametro di legalità del suo agire, corrispondente al dovere giuridico di buona amministrazione.

La prova che il danneggiato deve fornire, ancorché in uno schema astratto di responsabilità aquiliana applicata all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, non riguarda l'elemento soggettivo, ma riguarda la produzione del danno.

Questo è l'onere della prova che grava sulla parte privata.

Anche in questo caso il riferimento normativo all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento serve ad attenuare in qualche modo l'automatismo del risarcimento, offrendo all'Amministrazione la possibilità di opporre una qualche prova che escluda l'illiceità della violazione del termine.

E' quindi condivisibile l'affermazione di chi (16) ritiene che, in definitiva, la mancata emanazione del provvedimento nel termine che la stessa Amministrazione si è dato, determina una presunzione di colpa della P.A. «ma non una presunzione assoluta» bensì solo relativa, vincibile con la prova contraria.

§ 7. La prova del danno risarcibile

Ricadrà invece sul richiedente il risarcimento da ritardo la dimostrazione del quantum del danno sulla base dei principi generali che presiedono l'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi, come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa richiamata all'inizio del mio intervento.

L'intendimento del legislatore in proposito è stato fin troppo chiaro avendo espunto dal testo originario del disegno di legge la previsione di un indennizzo automatico - di natura

sanzionatoria - parametrato alla durata ed alla modalità del ritardo.

E tuttavia, il problema della quantificazione e della dimostrazione del danno da ritardo, una volta superato il criterio indennizzatorio di tipo sanzionatorio, rimane la grande incognita della pratica e concreta attuazione dell'istituto.

A prescindere dalla considerazione, sottolineata in un recente studio, che il ritardo dell'azione amministrativa può coinvolgere interessi pubblici il cui pregiudizio «pone conseguenze irreparabili per la collettività, non riconducibili con il risarcimento di un solo soggetto» (17), sono obiettivamente diversificate e difficilmente comparabili le situazioni dannose che possono scaturire dalla violazione del dovere di concludere un procedimento nel termine prefissato. Non solo evidentemente con riferimento ad un giudizio prognostico sulla fondatezza dell'istanza, bensì alla natura dell'interesse pretensivo e/o oppositivo sottostante l'interesse procedimentale, la cui violazione viene fatta valere.

Sicchè ben diversi sono i casi in cui la inosservanza del termine assume il carattere di una lesività c.d. "formale", da quelli nei quali i danni al patrimonio del richiedente assumono uno spessore coincidente con il bene della vita.

In tutti i casi la violazione della certezza del termine di conclusione del procedimento amministrativo determina una situazione dannosa valutabile in termini economici, ma il ristoro economico – risarcimento potrà avere notevoli differenze rispetto alla fattispecie procedimentali e alla qualità degli interessi coinvolti e compromessi.

§ 8. Conclusione

Questo ad oggi lo stato ...dell'arte su un tema la cui soluzione si trascina dal 1997. Non v'è dubbio che la difficoltà di pervenire ad una soluzione chiara e coerente, a fronte di un obbligo legislativamente stabilito che impegna la p.a. ad adottare i provvedimenti richiesti nel termine che la medesima amministrazione si è data, deriva dalla scarsa fiducia che lo stesso legislatore dimostra di avere nella efficienza dell'apparato amministrativo; e, conseguenzialmente, del rischio di una sovraesposizione per i conseguenti oneri risarcitori. E, tuttavia, non è possibile, da un lato, esaltare e valorizzare gli elementi innovativi, in termini di diritto positivo, della disciplina del procedimento amministrativo, richiamando una

concezione aziendalistica della pubblica amministrazione, criteri di produttività ed efficienza cui deve ispirarsi l'agire amministrativo, il rafforzato riferimento al principio di imparzialità e di buon andamento della funzione amministrativa, il canone di ragionevolezza, e non trarre le dovute conseguenze. Si badi bene, non è solo un fatto valutabile in termini economici ma altresì di civiltà giuridica. In una società semplice era pur possibile sostenere che il "bene della vita" per il cittadino che si relaziona con la funzione pubblica corrisponde all'utilità materiale coincidente con il soddisfacimento della sua pretesa. La nozione di beni economici e della loro organizzazione, secondo i canoni tradizionali dell'economia politica, era radicata nella materialità dei beni. Nell'attualità della società complessa, caratterizzata, tra l'altro, soprattutto dalla creatività dell'economia finanziaria e dall'immaterialità dei beni economici, è indiscutibile il valore essenziale del "tempo", come bene della vita, autonomo, se non principale. Il danno conseguente la violazione del bene tempo, si risolve in un danno da "incertezza", cioè l'esatto contrario della certezza, cui aspira l'*homo economicus*, ma soprattutto il cittadino comune, il più debole, per il quale il ritardo nella risposta alla sua istanza, indipendentemente dall'esito, è di per sé causativo del danno.

Per risolvere dunque il dibattuto tema ed affrontare realisticamente la tutela del cittadino a fronte della inadempienza procedimentale della p.a. da più parti si è invocato un ulteriore passaggio legislativo.

Molteplici, come evidenziato, i profili ancora in discussione, che riguardano la tipizzazione del danno da mero ritardo, la definizione del titolo di responsabilità e gli aspetti probatori. Una soluzione realistica del tema - si è sostenuto - potrebbe essere un ritorno ... all'antico: un sistema di indennizzo automatico, a contenuto sanzionatorio, da liquidare all'interessato al procedimento in caso di superamento del termine legale per l'adozione del provvedimento finale. (18)

In questa direzione, cioè nel senso di un indennizzo automatico e forfetario si è mossa la legislazione regionale, come nel caso della l.r. Toscana 23 luglio 2009 n. 40, avente ad oggetto - non a caso - la semplificazione ed il riordino normativo. L'art. 16 stabilisce l'obbligo per la Regione e gli altri enti ed organismi (anche di diritto privato) dipendenti dalla Regione, le aziende sanitarie e gli enti del servizio sanitario regionale di corrispondere agli

interessati che ne facciano richiesta «in caso di inosservanza dei termini per la conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza .. una somma di denaro a titolo di indennizzo per il mero ritardo, stabilito in misura pari a 100,00 euro per ogni dieci giorni di ritardo, fino ad un massimo di 10.000,00 euro. Resta impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

A sommo avviso di chi scrive, e considerando la particolare contingenza economica e politica, che preclude iniziative legislative con nuovi oneri finanziari, dovrà essere la giurisprudenza amministrativa, con la sua tradizione pretoria e «con la sua storica funzione di cogliere l'emersione di nuovi interessi adeguando conseguentemente gli strumenti di tutela» (19), a sciogliere i nodi interpretativi di una normativa perplessa e pasticciata, affermando innanzitutto un principio di coerenza istituzionale: la funzione pubblica e coloro che la interpretano non possono pretendere il rispetto delle regole e dei doveri da parte dei cittadini se per primi essi non adempiono ai loro doveri e non garantiscono il rispetto del principio di legalità. Si tratta di quel generale dovere di correttezza procedimentale, posto a carico dell'amministrazione nell'esercizio di pubbliche potestà, per un'azione amministrativa che sia al contempo funzionale agli interessi del cittadino ed espressione di efficienza e trasparenza della funzione pubblica.

V'è infine un dovere di coerenza con la disciplina ultranazionale atteso che anche la Corte Europea si fa giudice della *bonne gouvernance* dell'amministrazione in termini di ragionevole durata del procedimento e della celerità ed efficacia dell'azione amministrativa.

E' stato rilevato che la giurisprudenza della Corte EDU applica l'art. 6 della Convenzione non solo ai procedimenti giurisdizionali, ma altresì ai procedimenti amministrativi, tutelando il «termine ragionevole» di definizione del procedimento, innanzitutto ed indipendentemente dalla fondatezza della pretesa sottostante, come garanzia procedimentale (20).

Se, quindi, si arricchisce il contenuto convenzionale dell'art. 6 CEDU, si estende la garanzia ai procedimenti amministrativi, si applica il principio del «termine ragionevole», come riscontro di un diritto del cittadino, appare davvero anacronistico disconoscere o limitare nell'ordinamento interno, che per il principio di sussidiarietà ha positivizzato il termine (ragionevole) di conclusione del procedimento amministrativo (anche come autonoma scelta dell'amministrazione), una efficace azione risarcitoria come diretta conseguenza del mero

ritardo procedimentale e, quindi, come lesione di un interesse meritevole di tutela per la sua valenza contenutistica di natura sostanziale.

(1) A. Averardi, commento sentenza Consiglio di Stato 28/2/2011, n. 1271, in *Giornale di diritto amministrativo* 7/2011.

(2) P. Quinto: «*Il risarcimento del danno da ritardo: un passo avanti ed un passo indietro*», in *Giust amm.* 16/2/2011; «*Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*» in *Giust. Amm.* 2009; «*Danno da ritardo: osservazioni ad Adunanza Plenaria n. 7/2005*», nella collana «*Il nuovo processo amministrativo*» Ed. Giuffrè pag. 227 e segg.

(3) TAR Sicilia, Sez. II, 20/1/2010 n. 582. La sentenza, dopo aver ricostruito l'evoluzione normativa dell'art. 2 bis con la eliminazione nel testo definitivo dell'art. 7, comma 1, lett. C) della legge n. 69 del 1969, del riferimento alla natura indipendente della pretesa risarcitoria rispetto al bene della vita, afferma che «*anche la nuova previsione normativa non abbia in effetti mutato l'orientamento giurisprudenziale pregresso, non potendosi anche oggi prescindere dalla spettanza del bene della vita per poter riconoscere una tutela risarcitoria al danno da ritardo dell'azione amministrativa*»; Cons. Stato, Sez. IV, 23 marzo 2010, riconoscere il danno ingiusto ed il conseguente obbligo risarcitorio per il ritardo nell'emanazione del provvedimento, «*ove tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario*».

(4) Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2009 n. 1162

(5) «*Il nuovo procedimento amministrativo*», a cura di F. Caringella e M. Protto. Ed. Dike. Nello stesso senso: R. Gismondo «*Il nuovo procedimento amministrativo*»

(6) L. Bertonazzi, *Diritto Processo Amministrativo* n. 3/2009

(7) F. Patroni Griffi «*Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*» in *Giust. Amm.*, 2011

(8) M. S. Giannini definì gli interessi procedurali come quelle posizioni soggettive che «*hanno ad oggetto situazioni e vicende del procedimento*» e che, perciò, «*non si riferiscono direttamente a beni della vita, ma a fatti procedurali che a loro volta investono beni della vita*» (M. S. Giannini,

Diritto amministrativo, II, Milano, 1193, 77)

(9) M. Clarich, G. Fonderico «*La risarcibilità del danno da mero ritardo*» in *Urbanistica e Appalti* 2006.

(10) G. Domenico Comporti «*La tutela risarcitoria “oltre” il Codice*» in *Federalismi.it*, n. 24/2009

(11) «*Il nuovo procedimento amministrativo*», a cura di F. Caringella, cit.

(12) F. Volpe «*Danni da ritardo, natura dell'azione risarcitoria*» in *Lex Italia* 2/9/2009.

(13) F. Caringella: *Manuale di diritto processuale amministrativo*. Per R. Greco (La riforma della legge 241/90) la scelta di una giurisdizione esclusiva è stata dettata dall'intento di superare una volta per tutte i conflitti di giurisdizione sui «comportamenti» della P.A..

(14) R. Chieppa «*Il Codice del processo amministrativo*» Ed. Giuffrè. La disciplina del termine con la sua contraddittorietà è stata approfondita anche da G. Domenico Comporti, cit.

(15) L. Maruotti «*La giustizia amministrativa ed il ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*», intervento nel convegno su «*La nuova giurisdizione del Giudice Amministrativo*» Lecce, 19 dicembre 2008.

(16) «*Il nuovo procedimento amministrativo*», cit.

(17) R. Tusco «*Brevi note sul risarcimento del danno da ritardo*», in *Giustamm* 4/10/2010.

(18) S. D'Ancona: «*Il termine di conclusione del procedimento amministrativo*» in *Giustamm* 14/9/2009;

(19) F. Patroni Griffi: cit. *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*, in *Giustizia Amministrativa* 25/1/2011;

(20) S. Mirate: *Relazione al Convegno di Palermo sul «fattore tempo nel procedimento e processo amministrativo»*: nella decisione 2009 Moskal c/ Polonia, la Corte EDU precisa che il rispetto del termine ragionevole è garanzia che va oltre la tutela dell'interesse sostanziale.

* Relazione al Convegno sul tema «Il fattore tempo nel processo amministrativo», svoltosi per iniziativa dell'Associazione Culturale Articolo 111 a Palermo il 21 e 22 ottobre 2011