

REDAZIONALI

ART. 2 BIS L. 241/90: OBBLIGO DI PROVVEDERE DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE, SILENZIO E RISARCIMENTO DEL DANNO

dell' Avv. Antonio Cordasco

Art. 2 bis l. 241/90: Danno della pubblica amministrazione, prova dello stesso, risarcibilità.

The damage by the civil service, Giving evidence of it and Filing a claim for damages.

Sommario: 1. Art. 2 bis l. 241/90: Obbligo di provvedere. 2. Silenzio della pubblica amministrazione. 3. Risarcimento del danno.

1. Art. 2 bis l. 241/90: obbligo di provvedere.

Il rinovellato art. 2 bis l. 241/90 dispone: *"Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 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. Le controversie relative all'applicazione del presente art. sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni"*.

La prima impressione che si ha dalla lettura della precitata norma è che, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento (sia nel caso di ritardo, che nel caso del silenzio), sia dovuto un risarcimento del danno da parte della pubblica amministrazione.

"Il bene protetto dalla norma è volto al rispetto di tempi certi del provv.to al fine di salvaguardare la progettualità del privato e la determinazione dell'assetto di interessi dallo stesso preordinato in relazione ai tempi del procedimento" (cfr. Zerman).

L'Adunanza Plenaria n.7/2005 ha precisato, al riguardo, che il tempo ovvero la certezza dei tempi dell'azione dell'amministrazione possa essere *ex se* meritevole di tutela "[...] non essendo sufficiente relegare tale tutela

alla previsione e alla azionabilità di strumenti processuali di 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 ad un'istanza rivolta all'amministrazione".

Con la conseguenza che il tempo o, per meglio dire, il rispetto dei termini per la definizione del procedimento deve essere considerato per se stesso bene della vita, come tale meritevole di tutela da parte del nostro ordinamento.

Parte della dottrina ha ritenuto in proposito, sviluppando tale ragionamento (cfr. Caringella, *Manuale del Diritto Amministrativo*, 2008), che, nella vicenda di un privato che rivolge un'istanza alla Pubblica Amministrazione, si possono individuare due distinti beni della vita: *"Il primo è quello del rispetto dei tempi certi del procedimento, perché sotteso alla salvaguardia della progettualità del privato che si realizza in un determinato contesto temporale, il secondo al bene sostanziale richiesto (es. concessione edilizia, autorizzazione, ecc.). Ne consegue che, nell'ipotesi di scadenza del termine del procedimento, il privato, ove ne sia danneggiato, avrà diritto al risarcimento, indipendentemente dal contenuto del provvedimento."*

Si badi bene che questa ipotesi ricostruita non sposa la tesi della responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione (con tutte le conseguenze anche in ordine alla quantificazione del danno, alla prova dell'elemento soggettivo e all'allungamento dei termini prescrizione)" (cfr. Paola Maria Zerman - Avvocato dello Stato, Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della L. 241/90 introdotto dalla l. 69/2009).

La disciplina sulla conclusione del procedimento si applica a tutti i soggetti (pubblici e privati) che svolgono attività di tipo pubblico.

L'obbligo di provvedere nel termine è prescritto e, di conseguenza, grava sul responsabile del procedimento, il quale ai sensi dell'art. 6, lett. e) della l. n. 241/90, adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. Con la conseguenza che eventuali sanzioni di inosservanza del termine sono destinate a riflettersi anche sul soggetto gerarchicamente superiore, trattandosi di valutazione di responsabilità dirigenziale, (cfr. art. 2 co. 9 l. citata), che incombe sul dirigente alla stregua di quanto previsto in termini di responsabilità erariale (del dirigente stesso) nei confronti della pubblica amministrazione.

Laddove ricorrano, poi, gli estremi soggettivi della colpa o del dolo *secundum legem*, la violazione del termine obbliga l'autorità pubblica ed i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative al risarcimento del danno ingiusto cagionato (art. 2 bis l. 241/90).

D'altronde, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato già con la sentenza n. 15/2011 ha evidenziato come il dovere per la Pubblica Amministrazione di concludere entro un termine preciso un procedimento derivi da una norma.

Peraltro, tale principio deriva anche da norme sopranazionali. La Carta di Nizza, infatti, all'art. 41, stabilisce che ogni persona ha diritto a che le proprie questioni vengano trattate entro un termine ragionevole.

In verità, l'obbligo di provvedere deriva di regola da norma di legge o di regolamento, ma può anche derivare dai principi generali dell'ordinamento volti a regolare l'azione

amministrativa. Ne consegue che tale obbligo può derivare anche dal principio di imparzialità, ovvero trovare fondamento nel principio di buon andamento dell'azione amministrativa, o anche nel principio di legalità della stessa azione amministrativa. Di talché l'obbligo di provvedere in capo alla pubblica amministrazione sussiste in tutte quelle fattispecie particolari, nelle quali ragioni di giustizia ed equità impongano l'adozione di un provvedimento, cioè in tutte quelle ipotesi, in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere contenuto e ragioni delle determinazioni di quest'ultima (TAR, Puglia, Le, I, 12.5.2011, n. 830).

L'inadempimento dell'obbligo di provvedere viene regolato dal nostro ordinamento.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 328 c.p. La norma in questione, nei due commi di cui si compone (nella nuova versione), prevede infatti due figure delittuose.

Specificamente, il primo co. punisce l'ipotesi di reato del rifiuto di atti d'ufficio. Secondo parte della giurisprudenza in materia, la consumazione del reato non è individuabile nel rifiuto espresso in modo formale, cioè attraverso l'adozione di un provvedimento di diniego, bensì ed anche con la silente inerzia protratta senza giustificazione, cioè oltre i termini prescritti e sempre che discenda dal mancato compimento dell'atto entro un termine individuato dalla norma (cfr. Cass. pen., VI, 19.11.2003, n. 2510).

In carenza dei detti elementi, quindi, il rifiuto, anche se penalmente irrilevante, può comunque costituire un illecito civile o amministrativo (cfr. CdS, VI, 19.2.2003, n. 939).

Il secondo co. dell'art. 328 c.p. regolamenta, poi, l'omissione di atti di ufficio, che si può ritenere sussista, laddove ricorrano i presupposti della richiesta di adozione dell'atto dovuto, avanzata per iscritto da chi vi abbia interesse, ovvero la mancata risposta circa le ragioni del ritardo, decorso il termine dalla ricezione dell'istanza.

2. Silenzio della pubblica amministrazione.

Nella sua accezione originaria, il silenzio

della pubblica amministrazione era individuato nel silenzio rifiuto, in quanto, ai fini dell'eventuale impugnativa del silenzio stesso, esso era considerato quale diniego tacito.

A partire dagli anni Sessanta, laddove ne ricorressero i presupposti, il silenzio è stato considerato anche quale inadempimento dell'obbligo di provvedere, oltre che come tradizionale silenzio rifiuto.

L'azione avverso il silenzio inadempimento trovava, originariamente, presupposto normativo nell'art. 25 del Testo Unico degli Impiegati Civili dello Stato (d.P.R. n. 3 del 1957). A quella data, la procedura riteneva necessario notificare preventivamente una diffida all'amministrazione competente, prevedendo che, in caso di mancata adozione di provvedimento, si sarebbe adita l'Autorità Giudiziaria (CdS, Ad.Plen. n. 10 del 1978). Si riteneva, però, che tale procedimento fosse particolarmente laborioso per il diretto interessato e, quindi, si auspicava una riforma del silenzio che in primo luogo abolisse la diffida e assegnasse più poteri al giudice, in modo tale da consentirgli di accertare la fondatezza o meno dell'inadempimento.

Con l'entrata in vigore della l. n. 15/05, pertanto, ha preso corpo la riforma del silenzio inadempimento per come si era auspicato che avvenisse.

Si è, infatti, eliminata la preventiva diffida prevedendo la possibilità di ricorrere fintantoché duri l'inadempimento, consentendo al giudice di poter accertare la fondatezza dell'istanza.

Il rito del silenzio è oggi disciplinato dal codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. n.104/2010, secondo cui, una volta accertato da parte del giudice l'obbligo in capo alla pubblica amministrazione di provvedere, e cionondimeno stante la perdurante inerzia della pubblica amministrazione, il privato può utilizzare il rimedio dell'ottemperanza, nel quale è ricompresa anche l'eventuale nomina da parte dello stesso giudice di un commissario *ad acta*.

Inoltre, l'art. 20 della l. n. 241 del 1990 dispone che, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio serbato dall'amministrazione sulla relativa istanza equivale a provvedimen-

to di accoglimento della domanda, se l'Amministrazione stessa, nei termini previsti, non comunica all'interessato il provvedimento adottato.

D'altra parte, lo stesso art. 20 della l. n. 241 del 1990 stabilisce che non si applica il silenzio assenso quando il silenzio è qualificato dalla l. come silenzio diniego, ovvero oggetto dell'istanza.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del silenzio conseguente all'istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria. L'art. 36 co. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001 dispone, infatti, che, sulla richiesta di permesso in sanatoria, il Dirigente si pronunci entro 60 giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata.

Allo stesso modo, nel caso di silenzio conseguente all'istanza di accesso ai documenti, l'art. 25 co. 4 della l. n. 241 del 1990 stabilisce che, decorsi 30 giorni dall'istanza, questa si intenda respinta.

Solo per precisione, si ricorda che, laddove si formi il silenzio diniego, l'azione per la declaratoria di annullamento è da esperirsi entro 60 giorni, mentre, nel caso di provvedimento tacito, non vi sono i margini per esperire l'azione *ex art. 21 bis* della l. 1034/1971 avverso il silenzio inerzia dell'amministrazione (TAR Sardegna II n. 408 del 2009).

3. Risarcimento del danno.

Come rilevato, l'art. 2 *bis* della l.n. 241 del 1990 dispone che le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati abilitati allo svolgimento di attività amministrative sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza dell'inosservanza degli stessi, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento.

Le controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La norma citata prevede, inoltre, che il diritto al risarcimento si prescriva in cinque anni, con ciò consentendo di esperire in via autonoma l'azione di risarcimento del danno. In diverso avviso, infatti, l'azione di risarcimento non potrebbe essere esperita se non nel termine indicato dalla norma per censurare l'illegittimità del silenzio inadempimento.

D'altronde, la cognizione del giudice am-

ministrativo in materia di risarcimento del danno è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla C. cost. con la sentenza n. 204 del 2004, secondo cui:

"Va premesso che la dichiarazione di in-costituzionalità non investe in alcun modo - nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure - l'art. 7 della l. n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 della Costituzione, il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della l. 19.2.1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria) costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 della Costituzione".

Il riconoscimento dell'autonomia all'azione risarcitoria inibisce all'amministrazione la possibilità che la stessa possa adottare un provvedimento sopravvenuto in corso di causa.

Tale provvedimento, infatti, comporta generalmente l'improcedibilità del ricorso sul silenzio inadempimento, ma non l'improcedibilità dell'azione risarcitoria (CdS, VI n. 3592 del 2008).

Con l'azione risarcitoria può, inoltre, esse-

re chiesta la reintegrazione in forma specifica nell'ipotesi di interessi di tipo oppositivo.

Ed infatti, nel caso di interessi pretensivi, non è invece ipotizzabile una reintegrazione in forma specifica, perché il silenzio, il ritardo o l'illegittimo diniego incidono sempre su una situazione che era e rimane insoddisfatta, per cui non vi è nulla che possa essere reintegrato.

Inoltre, l'elemento soggettivo della colpa ricorre nell'ipotesi di omissione di atti, o anche nell'ipotesi di violazione da parte della pubblica amministrazione del dovere e possibilità del loro compimento.

Ai fini del giudizio di colpa, l'art. 23 della l. n. 69 del 2009 e s.m.i. prevede che la pubblica amministrazione determini e pubblici, annualmente, nel proprio sito o con forme comunque idonee, i tempi e i modi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi, con riferimento all'esercizio finanziario precedente.

Nel caso di danni conseguenti al silenzio della pubblica amministrazione, si applica il principio di cui all'art. 1227 del c. c., il quale prevede che il risarcimento non sia dovuto per i danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

In proposito, il TAR Puglia Bari, con la sentenza n. 592 del 21.3.2012, ha precisato quanto segue. *"Come noto, a seguito dell'entrata in vigore (16.9.2010) del Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104, risulta tendenzialmente consacrata la regola della reciproca autonomia processuale tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria (artt. 30 coo. 1 e 3, e 34 commi 2 e 3), abbandonando la regola della c.d. pregiudizialità dell'azione demolitoria (CdS, Ad. Plen., 23.3.2011, n. 3). Nel nuovo quadro processuale, l'omessa impugnazione del provvedimento, invero, è atto quanto mai rilevante sul versante sostanziale ex art. 1227 c.c., quanto al profilo eziologico, come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva impugnazione del provvedimento potenzialmente dannoso. Tale disciplina, secondo tesi tuttavia non pacifica, è peraltro ricognitiva di principi rica-*

vabili anche dal quadro normativo vigente prima dell'entrata in vigore del Codice, e pertanto "da ritenersi applicabile anche per azioni risarcitorie promosse prima" (ancora CdS, Ad. Plen. n. 3 cit.).

Peraltro, secondo la Plenaria, l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, "quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (c.d. invito all'autotutela)." Così opinando, anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (V, 29.11.2011, n. 6296), seppur in relazione a controversie non relative all'affidamento di contratti pubblici, ai fini del giudizio di diligenza *ex latere creditoris* di cui art. 1227 c.c., ritiene sufficiente la comunicazione, entro il termine di decadenza, di apposito "avviso di danno" consistente nel formale invito all'autotutela, consentendo all'amministrazione di assolvere all'"onere" di auto-annullamento del provvedimento illegittimo, allo scopo di evitare la responsabilità risarcitoria.

Ne consegue che in ipotesi di inammissibilità od improcedibilità dell'azione di annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, il giudice amministrativo, coerentemente con l'emancipazione della tutela risarcitoria dalla regola della pregiudizialità, deve procedere all'accertamento incidentale della relativa illegittimità, in quanto strumentale al conseguimento della tutela risarcitoria per equivalente chiesta dalla parte, in base all'art. 30 co. 3 c.p.a.. Sul punto, sia l'art. 30 co. 3, sia l'art. 124 co. 2 c.p.a., nel rito appalti, a proposito della tutela risarcitoria, convergono nel richiamo all'art. 1227 c.c. al fine di considerare l'esperienza dell'azione costitutiva di annullamento come criterio, pur se non esclusivo, di norma idoneo a misurare il grado di diligenza del creditore nell'evitare il danno. Infatti, l'art. 124 co. 2 c.p.a. richiama a tal fine la mancata domanda di conseguimento dell'aggiudicazione, la quale è comunque subordinata alla tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione stessa (art. 121), confermando così la regola generale di cui all'art.

30. Conferma, infine, che l'istanza di annullamento in autotutela costituisca comportamento valutabile ai fini del giudizio di diligenza ex art. 1227 c.c. del soggetto danneggiato, è data dall'espresso richiamo contenuto nell'art. 243 *bis* Codice contratti (c.d. preavviso di ricorso), pur non applicabile nella fattispecie *ratione temporis*.

Si può ritenere, quindi, non sussista la responsabilità dell'amministrazione nel caso in cui l'avente diritto al risarcimento avrebbe potuto evitare il danno utilizzando una diligente cura anche nell'ambito del giudizio se e laddove già instaurato (CdS, V 18.4.2012 n. 2252; CdS, IV, 26.3.2012 n. 1750).

Il danno, comunque, non consegue in automatico e quale effetto immediato della scadenza del termine assegnato per la conclusione del procedimento. Infatti, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2043 c.c., lo stesso deve essere provato e comunque limitato solo ai casi di interesse negativo.

In tal senso, il Consiglio di Stato con ordinanza n. 875/2005, ha avuto modo di precisare che il danno risarcibile: "non potrà ...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 altri termini ciò che si definisce l'interesse negativo".

Purtuttavia, al riguardo è bene precisare che al privato non è richiesto uno sforzo probatorio eccessivo e particolare. Secondo il Consiglio di Stato (sentenza n. 1732/2009), "[...] pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile,

ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata".

In relazione ai termini per proporre la domanda di risarcimento, si evidenzia che per l'ipotesi di danno da ritardo, il danno da ritardo non è altro che un'ipotesi di danno da provvedimento illegittimo. Si rientra quindi nella disciplina del co. 3 dell'art. 30 c.p.a..

La domanda va quindi proposta nel termine di 120 giorni dalla conoscenza del provvedimento di diniego o, in caso di impugnazione di tale provvedimento, nel corso del giudizio di annullamento o entro 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza, con cui viene annullato l'atto fonte del danno.

Nel caso, invece, di risarcimento del danno derivante da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, la Commissione per la redazione dell'attuale codice amministrativo sedente presso il Consiglio di Stato ha disposto che, fino a che duri l'inadempimento, non possa decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, perché l'inosservanza del termine costituisce un illecito permanente.

Il termine di decadenza iniziava così a decorrere solo dal momento in cui tale situazione di inadempimento veniva meno. Fino a quando permaneva l'inadempimento, si era quindi stabilito di non assoggettare l'azione neanche al termine di prescrizione, la cui decorrenza era invece in precedenza prevista, anche in situazioni di persistenza dell'inerzia. Nel testo finale è stato ribadito che, fintanto che perduri l'inadempimento, non può decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Tuttavia, in accoglimento di un'osservazione formulata dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, si è precisato che il termine di decadenza iniziava a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, in esito al quale si sarebbe dovuto provvedere.

La regola è, quindi, che il termine per proporre l'azione di risarcimento del danno deri-

vante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, è di un anno e 120 giorni che decorrono dalla scadenza del termine per provvedere.

Inoltre, stante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, l'abrogazione del termine di prescrizione, di cui al co. 2 dell'art. 2 *bis* della l. n. 241/90, non è comprensibile tenuto conto del termine minimo e più ristretto assegnato per esperire l'azione risarcitoria.

In sede civile vale, poi, la distinzione tra atto illecito istantaneo e atto illecito permanente, che porta alle seguenti conseguenze: nell'illecito istantaneo, il comportamento si esaurisce con il verificarsi del danno, anche quando l'esistenza di questo si protrae successivamente in modo autonomo; nell'illecito permanente, la condotta, oltre a produrre l'evento dannoso, lo alimenta continuativamente per tutto il tempo in cui questo perdura, avendosi così coesistenza dell'uno e dell'altro (Cass. civ., III, 13.3.2007, n. 5831). Il danno per la non conclusione del procedimento non deriva, quindi, da un fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti, rientrando piuttosto nell'ipotesi di illecito permanente, che cioè non cessa con la scadenza dell'anno dal termine per provvedere.

Il limite inserito nel testo attualmente vigente farebbe ritenere che, dopo un anno, se non attivata l'azione di risarcimento nei 120 giorni successivi allo spirare dell'anno stesso, la riproponibilità dell'istanza comporti che ogni eventuale danno possa essere riferibile solo al periodo successivo a quello di scadenza del termine per provvedere sulla riformulata istanza.

Inoltre, nel caso di proposizione di azione di annullamento, il co. 5 dell'art. 30 prevede che la domanda risarcitoria possa essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. Il privato potrà, così, scegliere la strategia ed attendere l'esito del giudizio di annullamento, per poi proporre la domanda di risarcimento.

Se inserito un tale termine per il risarcimento del danno da ritardo, la procedura di cui al co. 5 si sarebbe dovuta estendere anche al caso di ricorso avverso il silenzio.

In realtà, però, il privato che presenta il ricorso avverso il silenzio deve proporre la domanda di risarcimento entro un anno e 120 giorni dalla scadenza del termine per provvedere, anche nel caso in cui il ricorso avverso il silenzio non sia stato deciso e, di conseguenza, senza avere cognizione dei presupposti su cui fondare la domanda di risarcimento.

Problema ancora irrisolto è se il privato possa esperire nei confronti della pubblica amministrazione l'azione di adempimento, nel caso in cui questa non provveda pur avendone l'obbligo.

Parte della dottrina ed una certa giurisprudenza hanno ritenuto possibile tale evenienza, ma solo nei casi di attività vincolata, distinguendo, così, l'azione di esatto adempimento da quella di reintegrazione in forma specifica, di cui all'art. 2058 c.c. cui fa riferimento il c.p.a..

L'istituto in esame si colloca, quindi, nell'ambito dell'annullamento dell'atto amministrativo e nel conseguente obbligo conformativo che grava sulla pubblica amministrazione. Al riguardo, si ritiene che l'annullamento dell'atto ed il conseguente rinnovo sia di per sé un risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento, in quanto, insieme a quello per equivalente, costituisce una delle forme alternative di ristoro.

Un'ulteriore interpretazione ritiene che, in tal modo, si sia introdotta un'azione c.d. di adempimento del tutto analoga a quella prevista nell'ordinamento processuale amministrativo tedesco.

L'indirizzo civilistico presenta, poi, alcune diverse ipotesi interpretative. Secondo la prima, la reintegrazione in forma specifica sarebbe un istituto speciale del diritto processuale amministrativo che si richiama all'art. 2058 c.c. ma, con gli specifici presupposti, limiti e poteri conferiti al giudice amministrativo.

Secondo un'altra interpretazione, invece, si tratterebbe del medesimo istituto civilistico.

Possiamo al riguardo concordare nel ritenere inaccettabile la tesi che assegna alla reintegrazione lo stesso ruolo dell'annullamento giurisdizionale. Non può, infatti, confondersi l'illegittimità con l'illiceità e l'effetto ripristi-

natorio con la reintegrazione, stante la diversità di presupposti e limiti che ne caratterizzano i relativi istituti.

Non può, inoltre, confondersi neppure la reintegrazione con l'ottemperanza, perché ottemperanza e reintegrazione hanno funzioni diverse. Del resto, l'autonomia tra ottemperanza e reintegrazione si ricava anche dal dato normativo offerto dall'art. 35 co. 2 d.lgs. del 1998, che attribuisce al giudice amministrativo anche i poteri di giudice dell'ottemperanza, al fine di quantificare i danni da risarcire. Norma che, per la sua stessa formulazione, non permette una lettura difforme rispetto all'interpretazione qui formulata.

La reintegrazione e l'azione di adempimento sono, invero, azioni con presupposti e finalità diverse. La tutela risarcitoria ha, quale presupposto, il danno che può essere riequilibrato solo dall'amministrazione, quando il dovere sia rimasto inadempito e ad esso sia subentrato un obbligo, mentre l'azione di adempimento prescinde da tale presupposto, essendo quest'ultimo volto ad attuare l'obbligazione originaria.

In realtà, a ben guardare, il legislatore, con l'art. 7 l. 205/00, non ha inteso recepire la normativa civilistica in tema di risarcimento del danno, autorizzando un adattamento dell'istituto alle caratteristiche proprie del processo amministrativo.

Si pensi, ad esempio, alla domanda rivolta in tal senso dal danneggiato, unitamente all'impugnazione dell'atto lesivo. D'altronde, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato non consente al giudice di disporre la reintegrazione in forma specifica, se la domanda proposta abbia per oggetto il risarcimento del danno per equivalente, ovvero, più genericamente, il risarcimento del danno. E' ammissibile, invece, il contrario, essendo il risarcimento per equivalente un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica.

Peraltro, la reintegrazione è possibile qualora il giudice valuti la prestazione non eccessivamente onerosa per il debitore. Il giudice amministrativo ha preso coscienza, infatti, della diversa funzione dell'istituto nel processo amministrativo, la quale rende necessaria la trasformazione dei caratteri dello stesso. Di conseguenza, l'eccessiva onerosità considera-

ta dall'art. 2058 c.c. muta veste e deve valutarsi alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività.

Infine, merita attenzione anche la questione del contenuto e dell'estensione dei poteri attribuiti al giudice amministrativo, oltre a quella dell'ammissibilità dell'istituto rispetto alle posizioni giuridiche soggettive, individuate e ritenute suscettibili e meritevoli di tutela dal nostro ordinamento.

Si pensi all'invocabilità del predetto istituto rispetto agli interessi legittimi c.d. preten-sivi. Alcuni ritengono in proposito che la domanda di reintegrazione in forma specifica attribuisca al giudice amministrativo poteri, che gli consentono di sostituire la propria valutazione di merito a quella dell'Amministrazione, anche nel caso in cui, eliminato il vizio da parte del giudice stesso, residuerebbero,

poi, poteri discrezionali in capo alla pubblica amministrazione.

Altri ritengono, invece, che, alla prova della sussistenza del danno da risarcire, possa giungere direttamente il giudice nell'ipotesi in cui l'azione risarcitoria fondi su un vizio di natura sostanziale.

Un'ulteriore tesi delimita, poi, l'area di applicazione dell'istituto ai soli casi in cui si verta in tema di attività vincolata, cioè quando il comportamento della pubblica amministrazione sia già predeterminato nei presupposti e nelle relative modalità. Ciò, anche se la giurisprudenza sembrerebbe orientarsi verso una lettura che ritenga ammissibili le domande che richiedono di ordinare all'Amministrazione l'adozione di provvedimenti a contenuto determinato, anche se in presenza di attività vincolata.

«.....GA.....»