



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**  
**Sede di Bari – Sezione Seconda**

N. **56/2005** Reg. Gen. Sent.

N. 972/02 Reg. Gen. Ric.

Nelle persone di

GIANCARLO GIAMBARTOLOMEI

PRESIDENTE

ANTONIO PASCA

COMPONENTE

FRANCESCO BELLOMO

COMPONENTE, **Rel.**

All'esito della pubblica udienza del 16 dicembre 2004

Ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

Sul ricorso n. 972/02 proposto da DE STEFANO Antonio e DE STEFANO Ennio, rappresentati e difesi dall' avv. prof. Aldo Loiodice e dall'avv. Michele Casalino

**CONTRO**

- il Comune di Troia, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Mescia

**PER L'ACCERTAMENTO**

- del diritto al risarcimento del danno ingiusto causato dal comportamento omissivo del Comune di Troia relativamente alla definitiva approvazione del progetto di lottizzazione presentato dai ricorrenti il 17 gennaio 1982

**PER LA CONDANNA**

del Comune di Troia al pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento

Visto il ricorso ed allegati

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Troia ed allegati

Visti i documenti prodotti

Visti tutti gli altri atti di causa

Viste le memorie delle parti

Relatore all'udienza di discussione il giudice Francesco Bellomo ed uditi altresì i difensori presenti

Ritenuto quanto segue

### **Fatto**

Con ricorso notificato il 17.06.02 al Comune di Troia in persona del Sindaco pro-tempore, depositato il 2.07.02, Antonio ed Ennio De Stefano domandavano l'accertamento del diritto al risarcimento del danno ingiusto causato dal ritardo nella approvazione del progetto di lottizzazione, nonché la condanna del Comune al pagamento delle relative somme.

A fondamento del ricorso premettevano:

- a) di essere proprietari di suoli ubicati in zona C (espansione dell'abitato) del P.r.g. del Comune di Troia, ricadenti in una fascia che in base al vigente Piano di zona per l'edilizia economica e popolare andava lottizzata ad iniziativa dei proprietari
- b) di aver presentato il 17 gennaio 1982, insieme a tutti i proprietari della fascia, un progetto di lottizzazione
- c) che detto progetto veniva adottato dal Comune di Troia con delibera consiliare n. 180 del 17 giugno 1982 ed approvato dalla Regione Puglia giusta delibera di Giunta n. 1930 del 28 febbraio 1983, rinviando al Comune perchè fosse deliberata la riadozione del piano previo adeguamento alle prescrizioni del S.U.R.
- d) che il Comune non procedeva a detta riadozione

- e) che con sentenza 24/94 il TAR di Bari, pur respingendo per ragioni di rito il ricorso proposto avverso il silenzio dell'Amministrazione, affermava incidentalmente "l'oggettivo inadempimento" del Comune
- f) che il Comune, con varie attività dilatorie, persisteva nell'inadempimento fino al 29 settembre 1997 (data di definitiva approvazione del progetto di lottizzazione, giusta delibera n. 64)
- g) che la convenzione di lottizzazione era stipulata solo il 26 gennaio 1999
- h) che il ritardo nella definizione del procedimento aveva causato ingenti danni patrimoniali.

In diritto deducevano la violazione dell'art. 2043 c.c. e la responsabilità da lesione di interesse legittimo, nella configurazione elaborata da Cass. S.U. 500/99.

Illustrati gli elementi costitutivi della pretesa, i ricorrenti concludevano per la condanna del Comune al pagamento di euro 1.919.498,15 oltre rivalutazione monetaria ed interessi, ovvero della diversa somma da quantificarsi attraverso consulenza tecnica.

Si costituiva in giudizio il Comune di Troia eccependo l'inammissibilità del ricorso, la prescrizione e in subordine l'infondatezza della pretesa al risarcimento del danno.

Con memoria depositata il 9.12.04 il Comune ribadiva la propria posizione. La causa passava in decisione alla pubblica udienza del 16 dicembre 2004 all'esito di ampia discussione orale.

### **Diritto**

**1.** Con il ricorso in epigrafe viene domandato il risarcimento del danno conseguente al ritardo tenuto dal Comune di Troia nella approvazione di un Piano di lottizzazione ad iniziativa privata, propagatosi sino alla stipula della relativa convenzione.

Resiste l'agredito Ente sollevando pregiudiziale eccezione di inammissibilità, sul rilievo che non sarebbe stata accertata l'illegittimità del

ritardo. La difesa comunale invoca al riguardo la nota teoria della pregiudizialità amministrativa.

2. Preliminare all'esame dell'eccezione è la qualificazione dell'azione proposta.

Dal tenore sostanziale del ricorso, peraltro coerente con la veste formale della domanda, risulta che i ricorrenti lamentano il ritardo frapposto dal Comune all'approvazione definitiva di un progetto di lottizzazione edilizia già positivamente valutato dalle Amministrazioni competenti (lo stesso Comune e la Regione). A tale ritardo, la cui illegittimità sarebbe stata certificata, sia pure incidentalmente, dalla sentenza 24/94 del TAR di Bari e comunque emergerebbe in modo macroscopico dall'analisi del procedimento sì da poter essere tranquillamente affermata in questa sede, i ricorrenti collegano la produzione di danni patrimoniali, in termini di perdita subita e di mancato guadagno.

A parere della parte privata la fattispecie risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. risulterebbe integrata in tutti i suoi elementi. La condotta antiggiuridica andrebbe identificata nel comportamento omissivo tenuto dall'Amministrazione sull'istanza lottizzatoria, in violazione dell'obbligo di concludere il procedimento nei termini di legge. Il danno sarebbe costituito dalle conseguenze patrimoniali del ritardato sfruttamento commerciale delle aree di proprietà e sarebbe ingiusto perchè lesivo della aspettativa alla realizzazione dello *ius edificandi*, nascente dalla disciplina urbanistica vigente e dall'intervenuta approvazione, sia pure non definitiva, del piano di lottizzazione. Il rapporto di causalità sarebbe immanente, essendo il danno diretta conseguenza del ritardo nel rilascio del provvedimento favorevole. La colpa (se non il dolo) andrebbe ravvisata nell'ostinazione con cui il procedimento è stato protratto per circa 16 anni (1983 - 1999), nonostante i pareri legali acquisiti e tutte le risultanze istruttorie deponessero pacificamente per la sua positiva conclusione.

Alla luce di tali allegazioni in fatto e in diritto il Collegio ritiene non possano esservi dubbi in ordine alla qualificazione della domanda proposta con il ricorso: il danno si assume originato dal ritardo con cui l'atto ampliativo (la convenzione urbanistica ed, a monte, il piano di lottizzazione) viene ad esistenza e, dunque, *causa petendi* dell'obbligazione risarcitoria è la lesione dell'aspettativa edilizia provocata dall'inerzia dell'Amministrazione.

Situazione definita, in giurisprudenza e in dottrina, come "danno da ritardo".

3. Nell'esame dell'eccezione sollevata dalla difesa pubblica il Collegio ritiene che debbano affrontarsi i seguenti passaggi:

- prendere posizione sulla teoria della pregiudizialità
- verificarne l'applicabilità alla fattispecie del danno da ritardo
- accertarne, in caso affermativo, gli effetti nella fattispecie dedotta in giudizio.

4. La teoria della pregiudizialità trova compiuta elaborazione nella decisione 3338/02 della VI Sezione del Consiglio di Stato, i cui argomenti sono ripresi, ricevendone autorevole sigillo, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 4/03). Ad essa aderisce la quasi totalità della giurisprudenza amministrativa (in dissonanza si segnala, per l'ampia motivazione, TAR Marche n. 67/04).

Ciò che al Collegio preme sottolineare è come il *busillis* della questione sia rappresentato dalla qualificazione della posizione soggettiva che spetta a chi agisce per ottenere il risarcimento dei danni da atto (o attività) amministrativa illegittima.

Sul tema si contendono il campo una corrente sostanzialista (patrocinata dal Consiglio di Stato e dalla prevalente dottrina pubblicistica, blindata dal riferimento testuale all'art. 7, comma 3 L. TAR, norma di carattere processuale) volta a ravvisare il fondamento della domanda risarcitoria

nella lesione dell'interesse legittimo, ed una corrente formalista (risalente a S.U. 500/99 e proseguita, con circoscritti dissensi, dalla Corte di Cassazione e dalla dottrina civilistica, incentrata sulla norma di cui all'art. 2043 c.c.) che individua la *causa petendi* dell'azione nel diritto soggettivo al risarcimento del danno.

Vanno poi segnalati quegli orientamenti che, pur muovendosi nel solco della corrente sostanzialista, sulla base di un ripensamento della tradizionale dogmatica del rapporto tra cittadino ed amministrazione giungono a conclusioni non dissimili da quelle dell'opposta corrente.

Una tesi trasversale ravvisa posizioni di diritto soggettivo ogniqualvolta il privato sia titolare dinanzi all'Amministrazione di interessi legittimi oppositivi ovvero di interessi legittimi pretensivi ad un'attività vincolata.

Altra più recente dottrina scorge, a fianco (o in sostituzione) dell'interesse legittimo, una posizione di diritto soggettivo relativo, incardinata sulla pretesa al bene della vita nascente dall'apertura del procedimento amministrativo, la cui lesione dà luogo a responsabilità contrattuale (e, in talune ipotesi, precontrattuale).

Tali orientamenti, per vero già minoritari, hanno subito un drastico arresto ad opera della sentenza 204/04 della Corte Costituzionale, in cui il nocciolo della funzione pubblica (e della correlata giurisdizione) è stato integralmente restituito alla Amministrazione-autorità, implicitamente respingendo quelle teorie che vogliono impostare la relazione giuridica con il cittadino su basi prossime al diritto comune, salvo che una norma di legge (ad esempio l'art. 11 L. 241/90) non la spinga espressamente in quella direzione.

**5.** Tornando, dunque, alla *summa divisio* imposta dagli organi di vertice dei due plessi giurisdizionali il Collegio propende senza esitazioni per la tesi imperante nella giustizia amministrativa, con tutti i corollari che ne derivano.

A fondamento della tesi molteplici sono gli argomenti portati, dalla giurisprudenza come dalla dottrina, e pare inutile ripeterli. Tuttavia può mettersi in evidenza un punto critico della opposta versione, attinente proprio alla sua architrave logica: l'art. 2043 Codice Civile.

Cass. S.U. 500/99, postulando la natura primaria della norma (volta, cioè, non a sanzionare una condotta altrove vietata dall'ordinamento giuridico, ma a porre direttamente il comando la cui violazione espone a responsabilità), vi attribuisce l'attitudine a generare una posizione soggettiva autonoma, distinta cioè dalla posizione soggettiva che ne costituisce il fondamento. Per questa via:

- a) il diritto al risarcimento dei danni viene distaccato dal diritto i cui danni sono risarciti;
- b) l'interesse legittimo (ed il bene della vita alla cui tutela è preordinato) cade in un cono d'ombra e l'*affaire* riparatorio si concentra, almeno nel momento della qualificazione della domanda giurisdizionale, sul diritto soggettivo.

Tale costruzione è criticabile per almeno due aspetti:

- a) nella responsabilità da fatto illecito il (diritto al) risarcimento del danno coincide con il risarcimento del "diritto". Null'altro, in verità, può essere risarcito che ciò che abbia intaccato la sfera soggettiva del danneggiato. Ciò è confermato dall'analisi della genesi del rapporto giuridico di responsabilità, che rispecchia il consueto schema trilatero (fatto - norma - effetto), la cui struttura è ontologicamente indivisibile. Qui il "fatto" è, appunto, la (condotta di) lesione di una situazione giuridica soggettiva, cioè il fatto illecito. Fatto illecito che costituisce ex art. 1173 c.c. la fonte dell'obbligazione risarcitoria, cioè la sua *causa petendi*.
- b) Secondo la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione *causa petendi* dell'azione è il complesso dei fatti storici costitutivi del diritto. Nell'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c. deve trattarsi dell'atto o

del comportamento causativo del danno ingiusto. Nè vi è ragione per opinare diversamente allorquando autore dell'illecito sia la Pubblica Amministrazione. Ciò posto, risulta chiaro come la posizione soggettiva attiva di cui si domanda tutela sia quella aggredita dal fatto dannoso. Il risarcimento del danno ne rappresenta l'esito e, nel processo, costituisce il *petitum* e non già la *causa petendi*.

Se le cose stanno così a dominare la scena, quale *causa petendi*, è l'interesse legittimo, ingiustamente compromesso (compresso) dall'azione amministrativa illegittima. Illegittimità che si pone nel giudizio amministrativo come il filo per riannodare i vari pezzi della fattispecie risarcitoria: condotta antigiuridica, danno ingiusto, colpa.

6. A questo punto può comprendersi quale sia la funzione della pregiudizialità nell'illecito da attività amministrativa funzionale. Quivi la lesione non solo ha riguardato la situazione soggettiva costituita dalla sintesi di poteri e facoltà procedimentali (che è l'essenza dell'interesse legittimo), ma si è estesa fino a provocare conseguenze patrimoniali negative mediante la lesione dell'interesse originario (protetto dall'ordinamento) al bene della vita di cui il danneggiato era titolare. Stabilire se tale sacrificio (connaturato all'azione amministrativa, unilateralmente predisposta alla cura dell'interesse pubblico) sia "ingiusto" significa innanzitutto stabilire se esso sia illegittimo: il perseguimento dell'interesse pubblico giustifica sul piano giuridico il sacrificio della posizione del privato, il che non sarebbe concepibile in un rapporto paritario. Va da sé che in tale ottica la presenza di un'azione legittima consente di escludere l'illiceità dell'azione dannosa.

Poichè l'atto nasce con la presunzione di legittimità, l'accertamento della sua illegittimità non può che avvenire con l'azione demolitoria, essendo la disapplicazione strumento di tutela dei diritti soggettivi.



Tale necessità è plasticamente evocata dalla mappa dell'azione processuale: se *causa petendi* della domanda risarcitoria è la lesione dell'interesse legittimo, fatto costitutivo del diritto al risarcimento danni è sia l'interesse legittimo che la sua violazione, cioè l'atto in quanto illegittimo il quale, pertanto, deve essere preventivamente annullato.

7. Ciò posto occorre chiedersi se le delineate premesse teoriche siano applicabili all'ipotesi del danno da ritardo.

Il Collegio ritiene che la risposta a questa domanda esiga, in via assolutamente preliminare, lo scrutinio della fattispecie denominata con l'espressione danno da ritardo, prestando particolare attenzione, anche per ragioni di simmetria con la problematica generale appena trattata, al versante della posizione giuridica del privato.

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 purchè 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 sè. A conferma di ciò si consideri l'art. 17, comma 1 lett. f) L. 59/97, che tra i criteri direttivi della delega fissa la "previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti

richiedenti il provvedimento; contestuale individuazione delle modalità di pagamento e degli uffici che assolvono all'obbligo di corrispondere l'indennizzo, assicurando la massima pubblicità e conoscenza da parte del pubblico delle misure adottate e la massima celerità nella corresponsione dell'indennizzo stesso".

Con tale disposizione il legislatore non ha derogato ai principi in materia di risarcimento del danno ma, piuttosto, ha introdotto un istituto particolare, che intende sanzionare l'oggettivo inadempimento dell'obbligo di provvedere.

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.

In tale prospettiva deve respingersi l'idea che con tale figura si tuteli una posizione di diritto soggettivo.

**8.** In dottrina non è tuttavia mancato chi ha voluto identificare un diritto perfetto a fronte del dovere dell'amministrazione di conclusione del procedimento.

Due sono i filoni argomentativi in merito.

Secondo una recente tesi la fonte del diritto sarebbe da rinvenirsi nell'art. 111 della Costituzione, che a sua volta esprimerebbe un valore riconducibile all'art. 2 della Carta. Si tratterebbe, dunque, di un diritto assoluto di rango fondamentale.

Il Collegio ritiene tale punto di vista, presente solo in qualche marginale trattazione, palesemente insostenibile nella sua idea di ripercorrere il modello di tutela pensato per il diritto alla ragionevole durata del processo. Al riguardo risulta lampante che l'equiparazione tra procedimento e processo non trova nel testo della invocata disposizione costituzionale alcun aggancio. Nè il collegamento potrebbe essere ravvisato in una certa

comunanza di disciplina (il principio del contraddittorio, l'obbligo di motivazione, etc.) posto che, altrimenti, invece di ricostruire gli effetti di una fattispecie sulla base della sua sussunzione nella norma si opererebbe la sussunzione in virtù di una (parziale) identità di effetti *aliunde* comminati, con evidente inversione logica. D'altronde non è superfluo osservare che l'art. 111 Cost. è collocato in apertura della Sezione dedicata alle "norme sulla giurisdizione", sicchè un'estensione interpretativa delle garanzie ivi contenute alla amministrazione sarebbe del tutto arbitraria. Inoltre, la natura della posizione che vanta il cittadino dinanzi ai tempi del processo è sigillata in più fattispecie legali tipiche, di diritto nazionale ed internazionale, che valgono a conferirle consistenza di diritto soggettivo, autonomamente risarcibile, in ragione degli interessi primari collegati all'esercizio della funzione giurisdizionale ed alle conseguenze esistenziali ontologicamente collegate alla durata del processo, quale oggi non possono certo riscontrarsi nella durata del procedimento ove slegata dall'interesse al bene della vita inciso.

Altra più seguita tesi inquadra la pretesa alla conclusione del procedimento amministrativo nell'area dei diritti relativi, facendo leva sulla prescrizione di cui all'art. 2 L. 241/90.

Il Collegio rileva che, se così fosse, il danno da ritardo darebbe luogo ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale. Il che, come detto, 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.

Con la decisione n. 1/02 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha fissato il seguente principio: "Il giudizio disciplinato dall'art. 2 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205, è diretto ad accertare se il silenzio serbato da una pubblica amministrazione sull'istanza del privato violi l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa; pertanto, il giudice, pur se il provvedimento de quo abbia natura vincolata, non può sostituirsi all'amministrazione in alcuna fase del giudizio, ma può (e deve) accertare esclusivamente se il silenzio sia illegittimo o no, imponendo all'amministrazione, nel caso di accoglimento del ricorso, di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato".

Il baricentro dell'accertamento giurisdizionale è l'obbligo di provvedere in senso pubblicistico (rinveniente dall'essere il potere amministrativo potestà, cioè potere per la cura di interessi altrui e, dunque, potere-dovere o, se si preferisce, potere funzionalizzato). Ad esso si contrappone l'interesse legittimo, la cui tutela passa per la declaratoria di illegittimità dell'inerzia tenuta dall'amministrazione.

In breve il danno da ritardo protegge un cumulo omogeneo di posizioni: l'interesse (sostanziale) al rilascio del provvedimento favorevole e l'interesse (formale) al rispetto dei tempi del procedimento. Vuoi per l'intreccio di tali posizioni, vuoi per l'ontologica natura di entrambe, il danno da ritardo è danno da lesione di interessi legittimi.

9. Nella figura in oggetto, dunque, l'azione dannosa si compendia in un *nihil* (o se si preferisce, *aliud*) *facere*. Nell'inerzia, insomma. Si è perciò sostenuto che, mancando un atto da annullare, la pregiudiziale amministrativa non troverebbe spazio.

La tesi è ripresa proprio dalla decisione n. 3338/02 della VI Sezione del Consiglio di Stato.

"... la previa o contestuale proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo non costituisce presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria nel caso in cui l'atto sia già stato caducato all'esito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o sia stato rimosso in via amministrativa prima della scadenza del termine di decadenza previsto per l'impugnazione (a seguito dell'esercizio dei poteri di autotutela o dei poteri di annullamento di organo sovraordinato) o nella diversa ipotesi in cui il danno da risarcire derivi da una illegittimità non già di un atto, ma dell'attività della P.a. (ad esempio, il danno da ritardo). In tutte queste 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. 80/98 e completata con la Legge n. 205/2000, sia quella di concentrare davanti ad un unico giudice, quello amministrativo, ogni forma di tutela nei confronti della Pubblica amministrazione quando viene in gioco la lesione di interessi legittimi".

Più sfumata appare la decisione n. 5995/04, pure della VI Sezione del Consiglio di Stato, di cui giova riportare taluni brani.

" 2.5. L'obbligo di provvedere è stato riconosciuto dal Tar, con decorrenza dalla data di formazione del silenzio – rifiuto, trenta giorni dopo la notifica della diffida in data 8 aprile 1986, e dunque con decorrenza dalla data 8 maggio 1986 ...

2.6. Per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno derivante dalla condotta omissiva dell'amministrazione, durata dalla data di insorgenza dell'obbligo di provvedere (maggio 1986) fino alla data di adempimento (luglio 1994), occorrono, in fatto, le seguenti considerazioni.

2.7. In tema di risarcimento degli interessi legittimi, il termine di prescrizione inizia a decorrere dal giudicato di annullamento del provvedimento lesivo, solo quando sia necessario il previo annullamento.

Se, invece, non occorre il previo annullamento di alcun atto, come nei casi di danno da ritardo, la prescrizione della pretesa risarcitoria del danno arrecato a interessi legittimi inizia a decorrere da quando si verifica l'evento produttivo di danno.

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, e dunque, nella specie, dall'8 maggio 1986, allo scadere del termine di trenta giorni assegnato con l'atto di diffida notificato in data 8 aprile 1986.

Neppure la domanda giudiziale volta ad acclarare la illegittimità del silenzio – rifiuto, può valere come atto interruttivo della prescrizione della pretesa risarcitoria, perché non contiene alcuna domanda di risarcimento del danno.

La prescrizione della domanda di risarcimento è iniziata, nella specie, a decorrere dall'8 maggio 1986, data di formazione del silenzio – inadempimento; tuttavia, la condotta di inadempimento causativa di danno si è protratta fino al 26 luglio 1994".

Nel ragionamento di Palazzo Spada si colgono i postumi della tesi negatrice della pregiudizialità nel danno da ritardo: se *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento è lo scadere del termine per provvedere (momento in cui si forma il silenzio-inadempimento) allora il diritto esiste prima ed indipendentemente dalla pronuncia del giudice amministrativo sul ritardo.

Tuttavia si noterà come nel caso in esame l'illegittimità del ritardo comunque era stata accertata dal TAR ed il momento di nascita del diritto

risulta individuato nel perfezionamento della fattispecie del silenzio-inadempimento, dunque in un *quid pluris* rispetto alla mera inerzia.

Senonchè appare contraddittorio ricondurre la genesi della responsabilità da ritardo alla formazione del silenzio-rifiuto (e non, dunque, al mero comportamento omissivo) prescindendo dall'accertamento giurisdizionale su di esso: se il fondamento della risarcibilità del ritardo è nel perfezionarsi della fattispecie del silenzio-rifiuto (storicamente concepita in funzione della instaurazione del giudizio impugnatorio) non si capisce come l'amministrazione possa essere condannata al risarcimento del danno in assenza del preventivo accertamento sulla (il)legittimità del medesimo ed, ancor prima, sulla esistenza dei presupposti formali e sostanziali perchè la fattispecie venga a giuridica esistenza.

**10.** Anche al di là di tale notazione il Collegio non ritiene condivisibile il principio affermato (ma non giustificato) dalle menzionate decisioni.

Prima di passare in rassegna i vari argomenti che inducono a diversa soluzione è opportuno sgombrare il campo dall'equivoco che la terminologia adoperata di "attività" o "comportamento" (in contrapposizione al "provvedimento") della Pubblica amministrazione può generare. Nella fattispecie del danno da ritardo non si controverte di un nudo comportamento materiale (chè, altrimenti, sarebbe da escludersi la giurisdizione ex art. 34 Dlgs. 80/98), bensì di un comportamento amministrativo, forma dell'azione pubblica e di esercizio del potere (qui urbanistico) equipollente a quella per atti e, come questa, avvinto dal principio di legalità.

La circostanza, poi, che il contegno abbia natura omissiva e non commissiva non sposta il problema in sè, focalizzato sulla legittimità della condotta, sibbene soltanto i suoi parametri di riferimento che quivi sono volti ad accertare la violazione (non di una norma sostanziale ma) di una

norma procedimentale, quella che stabilisce l'obbligo di provvedere (entro un dato termine) della Amministrazione.

Tale accertamento avviene per il tramite della formazione del silenzio-rifiuto, *fictio* provvedimentale su cui innestare l'impugnazione il cui *proprium*, anche nella moderna versione che abilita il giudice a condannare l'Amministrazione ad un *facere*, si radica nella cognizione sulla (il)legittimità dell'azione amministrativa, *id est* sulla esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere. Dinanzi al quale, come detto, non può che esistere una posizione attiva di interesse legittimo. Più precisamente di interesse pretensivo.

Dunque, 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 l'onere 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.

A diversa conclusione non potrebbe portare la formulazione letterale dell'art. 7, comma 3 L. Tar, che attribuisce alla giurisdizione amministrativa la cognizione sul diritto al risarcimento dei danni e sugli altri diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento dell'atto amministrativo.

In primo luogo in sede di giurisdizione esclusiva il potere cognitorio del giudice amministrativo in materia di risarcimento danni (art. 35 Dlgs. 80/98) non ha un vincolo esplicito con la pronuncia di annullamento (potendosi in tale sede configurarsi situazioni, come quella in oggetto, in cui il danno derivi da comportamenti e non da provvedimenti).

In secondo luogo la formula dell'art. 7, comma 3 L. Tar appare pensata per i giudizi di tipo impugnatorio puro, dove è possibile cumulare domanda di annullamento e di risarcimento danni, possibilità esclusa di fronte



all'inerzia dell'Amministrazione. Nel giudizio sul silenzio, infatti, l'accertamento di illegittimità è propedeutico non già all'annullamento di un atto ma alla declaratoria di un obbligo.

La circostanza che il privato sia privo, in ipotesi di danno da ritardo, della facoltà di cumulare la domanda di invalidità e quella di risarcimento danni non può certo condurre ad affermare che tale ultima domanda possa essere proposta autonomamente in un giudizio di mero accertamento e condanna.

A parte che, appunto, si tratta di una facoltà (ben potendo l'azione risarcitoria essere esperita successivamente ed in separata sede rispetto all'azione di annullamento), ciò che appare determinante è che al giudice amministrativo è inibito di conoscere *incidenter tantum* della illegittimità dell'azione amministrativa e ciò indipendentemente dallo strumento con cui dovrebbe procedere a tale accertamento. Infatti, il divieto al G.A. di disapplicazione dell'atto amministrativo non normativo lesivo di interessi legittimi (che qui non potrebbe utilmente richiamarsi in assenza di un atto da disapplicare) null'altro esprime che la preclusione a sindacare la funzione amministrativa sotto il profilo della violazione di legge o dell'eccesso di potere in via meramente incidentale, senza cioè efficacia di giudicato.

Preclusione che, pur non rispondendo a principi trascendenti ed immutabili della logica ma, piuttosto, ad esigenze di certezza del diritto (particolarmente pressanti in materie sottoposte all'interesse generale), nondimeno emerge limpidamente dal sistema di giustizia amministrativa.

**11.** Ad onta delle ragioni che militano in favore della estensibilità della pregiudiziale amministrativa all'ipotesi di danno da ritardo il Collegio non ignora che autorevole dottrina opina diversamente.

E' giunto, allora, il momento di chiedersi se più radicali argomenti siano spendibili per escludere (anche) nei casi di lesione da inerzia che il giudice amministrativo sia ammesso ad offrire tutela all'interesse legittimo per il

tramite del giudizio di accertamento e condanna, in assenza di un preventivo scrutinio, nella sede che gli è propria, in ordine all'invalidità della condotta tenuta dall'Autorità.

Così è.

È stato acutamente osservato come l'illegittimità dell'atto amministrativo rivesta, nell'ambito della fattispecie risarcitoria, il ruolo di pregiudiziale in senso logico (elemento costitutivo interno al rapporto giuridico di cui si chiede tutela), atteso che il danno al cittadino è direttamente causato dall'atto illegittimo.

La stessa Corte di Cassazione in un fondamentale precedente (Sezione II, sentenza n. 4538/03) ebbe a statuire che la questione relativa all'illegittimità dell'atto, non costituendo pregiudiziale in senso tecnico, andasse accertata con efficacia di giudicato al fine di qualificare come antigiuridica la condotta dannosa.

Gli artt. 34 e 295 C.p.c., nel prevedere che la questione pregiudiziale debba essere decisa con efficacia di giudicato solo nell'ipotesi in cui ciò sia stabilito dalla legge o vi sia un'esplicita domanda in tal senso di una parte e che solo in detta ipotesi (in cui la questione diviene causa) il giudizio sulla pregiudiziale determini la sospensione del processo principale, affermano il principio che la pregiudiziale in senso tecnico è normalmente oggetto di accertamento *incidenter tantum*.

Viceversa, ogni questione avente natura di pregiudiziale logica, costituendo un passaggio necessario della controversia, entra far parte dell'oggetto del giudicato. Nè è immaginabile che su di essa si formi un accertamento incidentale.

Ne consegue che:

- a) la questione di illegittimità dell'atto amministrativo lesivo di interessi legittimi non può mai essere definita incidentalmente dal G.O. (come

invece sostiene Cass. S.U. 500/99), sicchè è del tutto estraneo alla medesima l'istituto della disapplicazione di cui all'art. 5 L.A.C. all. E

- b) tale accertamento rientra, per la sua natura principale, nell'alveo dell'art. 4 L.A.C.
- c) l'art. 4 L.A.C. è norma dettata per disciplinare i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

Pertanto, posto che anche l'accertamento del G.A. in sede risarcitoria non può che operare *principaliter*, lo stesso non può avvenire nè ai sensi dell'art. 5 L.A.C. (che regola la cognizione incidentale) nè ai sensi dell'art. 4 L.A.C. (che regola la cognizione del G.O.).

Nessuna delle disposizioni cui tradizionalmente si riferisce il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo è dunque applicabile al G.A. in sede risarcitoria.

Il che impone di ritenere come, qualora egli voglia pronunciarsi sul risarcimento del danno da attività illegittima della P.A., non possa prescindere dal previo accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo nel contesto dell'unico strumento di cui disponga: la cognizione diretta prevista dal processo di annullamento.

*Mutatis mutandis* nel caso in cui sia il comportamento (omissivo) a causare il danno, posto che l'accertamento della sua illegittimità svolge ai fini della tutela risarcitoria identico ruolo di pregiudiziale in senso logico, il su indicato itinerario ermeneutico deve integralmente replicarsi, con la peculiarità che lo strumento attribuito dalla legge al G.A. per conoscere in via diretta dell'azione amministrativa è (non già il processo di annullamento ma) il giudizio sul silenzio-rifiuto.

Conclusivamente appare dimostrato che giammai la domanda risarcitoria, discenda da atti o da comportamenti amministrativi, può essere promossa con azione di mero accertamento (e condanna), non essendo in tale ambito

possibile il sindacato diretto dell'azione amministrativa autoritativa. Salvo che, naturalmente, tale sindacato non sia già avvenuto.

**12.** Ma il Collegio, non pago di siffatto approdo in un campo assai delicato oltre che nuovo della giustizia amministrativa, intende spingersi oltre.

Ad esaminare attentamente la natura del danno da ritardo si coglie che, in fondo, è tutta (e sola) una questione di tempi. Affermare che il ritardo nell'emanazione di un atto sia risarcibile comporta conoscere il momento in cui l'atto doveva essere emanato.

A tale evidenza si collegano una serie di spunti.

La circostanza che il provvedimento ampliativo sia stato infine rilasciato dall'amministrazione fa presumere che il suo mancato rilascio sarebbe stato illegittimo, ma nulla dice in ordine al se il ritardo con cui è stato emanato sia illegittimo.

Le cose stanno diversamente allorquando, essendo stato negato il sospirato provvedimento, l'atto che lo nega (o lo rilascia ad altri) viene annullato su ricorso dell'interessato.

Si pensi alla classica ipotesi del ritardo nell'aggiudicazione di un appalto, affidato all'interessato solo in seguito all'annullamento della precedente aggiudicazione in favore del terzo. In tale situazione il risarcimento del danno da ritardo è ben configurabile, poichè il giudice dell'annullamento valuta l'illegittimità dell'azione amministrativa ponendosi idealmente nel momento in cui l'atto è stato negato.

In situazioni dove manchi un atto negativo, dal cui annullamento (e sempre che non sia dubbia la spettanza del provvedimento favorevole) possa ricavarsi il *dies a quo* del ritardo ingiustificato, al privato tocca esperire la procedura del silenzio-rifiuto. Ciò è tanto più vero ove si abbia mente al consolidato orientamento che postula indefettibile, perchè si costituisca l'obbligo di provvedere, l'atto di significazione e diffida con assegnazione del termine di 30 giorni. Solo alla scadenza di detto termine

L'Amministrazione è in mora nell'esercizio del potere imposto dalla legge. Schematizzando, 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 (anche, se del caso, a fini penali: art. 328 Cp)
- 2) su un piano processuale per l'accertamento, riservato al giudice amministrativo, dell'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e della sua violazione.

Appare evidente come eventuali lacune al riguardo non siano recuperabili in sede di giudizio puramente risarcitorio, dove la fattispecie di responsabilità civile dell'amministrazione deve giungere perfezionata in tutti i suoi aspetti, sì da raccordarsi con la natura dichiarativa della sentenza sul fatto illecito, cui segue la condanna al risarcimento dei danni.

**13.** Per concludere l'analisi della fattispecie del danno da ritardo non resta che considerare quell'orientamento dottrinale che, rielaborando la tradizionale e superata tesi dualistica, sostiene l'autonomia logico giuridica della categoria del comportamento da quella dell'atto. Il fondamento di detta opinione risiede nell'idea che all'interno del rapporto autoritativo esista un duplice ordine di relazioni tra amministrazione e cittadino: la prima, incentrata sulla (il)legittimità dell'atto amministrativo, vede il privato quale titolare di veri e propri interessi legittimi e portatore di una pretesa di annullamento dell'atto che li lede; la seconda, incentrata sull'inadempimento di obblighi di correttezza gravanti sull'amministrazione, vuole il cittadino titolare di veri e propri diritti soggettivi, e portatore di una pretesa risarcitoria nei confronti della amministrazione. Conseguenza di tale impostazione è la configurabilità di situazioni di illiceità (della condotta) senza illegittimità (dell'atto amministrativo). A titolo di esempio si fa proprio il caso del "danno da

ritardo”, dove il risarcimento del danno sarebbe correlato all'inosservanza di doveri di correttezza gravanti sull'amministrazione, e tale violazione appare del tutto ininfluyente sulla legittimità del provvedimento.

Così costruita la tesi appare, però, inidonea a sorreggere le pretese al risarcimento del danno da responsabilità civile. Infatti, se l'illiceità della condotta si incentra sulla violazione dei doveri di correttezza (art. 1175 c.c.) e non sulla lesione di un bene della vita protetto da un interesse pretensivo (la cui tutela non potrebbe che passare per l'accertamento dell'illegittimità della condotta), un interesse sostanziale del privato sarà ipotizzabile solo in presenza di una relazione giuridica preesistente.

Ma, come spiegato al paragrafo 8, nell'ipotesi di danno da ritardo non è ravvisabile un'obbligazione in senso tecnico.

Potrebbe al più discutersi se un'obbligazione nasca per effetto della sentenza che, accertata l'illegittimità dell'inerzia, ordina all'amministrazione di provvedere sull'istanza dell'interessato.

Ma è dubbio che si tratti di debito in senso civilistico, posto che, a tacer d'altro, non sarebbe agevole rintracciare i caratteri previsti dagli artt. 1173 e 1174 in un'obbligazione nascente da sentenza del G.A. avente ad oggetto il mero rilascio di un provvedimento amministrativo, indipendentemente dal suo contenuto.

Comunque, rileva il Collegio, i ricorrenti hanno esperito un'azione extracontrattuale per lesione dell'aspettativa edilizia sicché una diversa qualificazione della pretesa risarcitoria è impedita a priori dal principio della domanda e dal divieto per il giudice di pronunciarsi *ultra petita*.

**14.** E' ora possibile risolvere l'eccezione.

Sulla base della stessa esposizione dei fatti contenuta in ricorso risulta che è mancato l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia ed, ancor prima, l'attivazione nelle forme di legge della procedura del silenzio-inadempimento.

Non che gli odierni attori non vi abbiano tentato.

Dalla documentazione prodotta emerge che un giudizio fu *illo tempore* promosso dinanzi al TAR di Bari, ma ebbe a concludersi con una declaratoria di inammissibilità per difetto di formazione del silenzio-rifiuto. Obiettano i ricorrenti che quel giudizio, purtuttavia, non fu invano esperito posto che il TAR con la sentenza di rito trovò comunque modo di pronunciarsi sul punto, affermando che "ove l'amministrazione comunale di Troia non abbia provveduto nelle more del giudizio a concludere il procedimento di lottizzazione in questione, sussiste l'oggettivo inadempimento in merito all'istanza a suo tempo presentata dai ricorrenti".

E' però agevole replicare che siffatto *obiter dictum* è, al fine cui lo menzionano i ricorrenti, *tamquam non esset*, non solo per l'ovvia ragione che ha valore meramente incidentale ma per l'ancor più penetrante motivo che si colloca nel solco di una motivazione tutta imperniata sulla pregiudiziale di rito, senza ingresso alcuno nel merito.

Ciò posto, le ulteriori deduzioni svolte dalla difesa attrice per sanare l'assenza di un preventivo accertamento sulla legittimità della condotta amministrativa (*id est* sull'esistenza e sulla violazione dell'obbligo di provvedere) affondano inesorabilmente nel quadro teorico in precedenza composto.

La circostanza che i pareri legali dessero il "via libera" alla definitiva approvazione del piano di lottizzazione è irrilevante: la consulenza legale che segnala all'amministrazione la legittimità di una certa condotta non vale a costituire in capo all'Ente l'obbligo di tenerla e, tantomeno, l'obbligo di tenerla in un determinato arco di tempo. Tale obbligo può nascere solo dalla norma giuridica e deve essere reso coercibile ed accertato dal privato nelle forme sopra indicate.

L'avvenuto rilascio del provvedimento è indice (neppure assoluto, potendo, in linea teorica, essere illegittimo lo stesso provvedimento *in bonis*) della

spettanza del bene della vita al privato, ma nulla di più. Non, segnatamente, dell'obbligo per l'Ente di somministrarlo in data anteriore.

**15.** In conclusione, la domanda di risarcimento del danno avanzata dai ricorrenti viola il principio della pregiudizialità e tanto comporta il difetto di una condizione dell'azione o, comunque, la carenza *ab origine* di un elemento della fattispecie costitutiva azionata.

Il ricorso è inammissibile.

La natura delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto come in epigrafe lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 16 dicembre 2004, con l'intervento dei magistrati: Giancarlo Giambartolomei (pres.) - Antonio Pasca - Francesco Bellomo (est.)

IL PRESIDENTE  
F.to Giancarlo Giambartolomei

IL GIUDICE ESTENSORE  
f.to Francesco Bellomo

**Publicata mediante deposito  
in Segreteria il 13 gennaio 2005**

(Art. 55, Legge 27 aprile 1982 n.186)