

25 FEBBRAIO 2015

Brevissime riflessioni
sul danno da ritardo

(alla luce di Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468)

di Nicola Posteraro

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre



Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*

(alla luce di Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468)

di Nicola Posteraro

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Sommario: 1. Il fatto – 2. Il danno da ritardo: anguilla irrefrenabile. – 3. La rilevanza dell'elemento oggettivo. – 4. La rilevanza dell'elemento soggettivo.

1. Il fatto.

Con la decisione in esame, il Consiglio di Stato, riformando l'esito del giudizio di primo grado, si è pronunciato sul ricorso presentato da una società, la quale chiedeva il risarcimento dei danni patiti a causa *del ritardo* con cui le era stata riconosciuta la spettanza del bene della vita anelato.

La società ricorrente, con istanza datata 1 settembre 2005, aveva formulato richiesta di rilascio, ai sensi dell'art. 4 della Legge Regionale n. 64/1987, dell'autorizzazione regionale all'attivazione di un ambulatorio PET-TAC.

In data 12 settembre 2005, tale istanza era stata ricevuta dall'intimata AUSL, la quale, dopo aver effettuato i prescritti accertamenti istruttori, con deliberazione n. 31 del 26 gennaio 2006, aveva espresso parere favorevole in ordine all'accoglimento della domanda ed aveva trasmesso gli atti alla Regione Lazio, per il prosieguo di competenza; quest'ultima, tuttavia, con determinazione del 21 aprile 2006, confermata con successivo atto del 4 agosto 2006, aveva rigettato l'istanza perché in contrasto con gli indirizzi programmatici delineati dalla Giunta regionale in forza delle deliberazioni nn. 127 e 631 del 2005.

Il provvedimento di diniego regionale, così, era stato impugnato avanti al TAR per il Lazio, prima (il quale, con sentenza n. 14813 del 18 dicembre 2006, aveva respinto il ricorso) e al Consiglio di Stato, poi, il quale ultimo, con decisione n. 4031 del 16 luglio 2007, aveva accolto l'appello avverso detta sentenza; successivamente, non essendo stata data attuazione a tale ultima sentenza di secondo grado, la società, in data 16 novembre 2007, aveva proposto giudizio di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato; e, nelle more del suddetto giudizio, la resistente Regione, in data 22 novembre 2007, aveva rilasciato la richiesta autorizzazione.

Tenuto conto di tali circostanze, con ricorso proposto avanti al TAR per il Lazio, la società formulava, nei confronti della Regione Lazio e dell'Azienda USL, domanda di condanna al risarcimento di tutti i

* Nota sottoposta a referaggio.

danni sofferti, comunque connessi e derivanti a) dall'illegittimità dei provvedimenti annullati dal Consiglio di Stato con sentenza n. 403/2007, e/o b) dall'inerzia colpevole della pubblica amministrazione, causati in particolare: dai reiterati ed illegittimi dinieghi disposti con le determinazioni del Direttore del Dipartimento sociale di tutela della salute e del sistema sanitario regionale della Regione Lazio; dal ritardo nel provvedere al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività diagnostica TAC-PET.

Con sentenza n. 4473 del 2013, il TAR rilevava, in punto di fatto, che la legge regionale n. 64 del 1987 assegna, per la conclusione del procedimento autorizzatorio *de quo*, un termine di 180 giorni, il quale decorre dalla produzione della domanda (nella specie, avvenuta il 12 settembre 2005). E che, perciò, pur scadendo il termine per la definizione del procedimento alla data del 12 marzo 2006, la Regione, su parere favorevole della AUSL, aveva rilasciato il provvedimento autorizzatorio favorevole e legittimo solo in data 22 novembre 2007.

Alla luce di tali presupposti fattuali, il giudice territoriale riconosceva gli estremi di danno in conseguenza del tardivo rilascio, da parte della Regione Lazio, della richiesta autorizzazione per il periodo 13 marzo 2006 – 26 novembre 2007; ma non rilevava nessuna responsabilità per il ritardo da ascrivere alla AUSL, posto che questa, anzi, aveva prontamente rilasciato il parere di sua competenza.

In accoglimento della domanda risarcitoria, il TAR ordinava alla Regione Lazio di formulare alla società ricorrente una proposta di risarcitoria per equivalente, tenendo conto di quanto prospettato nella perizia tecnica depositata nell'interesse della società e dei criteri specificati in motivazione.

Avverso la sentenza del TAR proponeva appello la Regione Lazio deducendo: che il TAR, con sentenza n. 14813 del 18 dicembre 2006, aveva respinto il ricorso della società rivolto ad ottenere l'annullamento del diniego opposto dalla Regione in data 21 aprile 2006, in ordine al rilascio dell'autorizzazione sanitaria per l'installazione dell'apparecchiatura TAC – PEC.; che, in sede di appello, il Consiglio di Stato, pur riformando la sentenza del T.A.R., aveva comunque dichiarato l'inammissibilità della domanda risarcitoria; che nessun colpevole ritardo poteva essere ascritto all'Amministrazione, per il periodo indicato dal TAR, essendo stato il provvedimento di diniego annullato solo con la decisione del Consiglio di Stato, il 16 luglio 2007; che non sussisteva l'elemento soggettivo della colpa o del dolo dell'Amministrazione e che la società non aveva fornito prova del danno sofferto.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto, non rilevando la possibilità di accordare il risarcimento del danno da ritardo alla società istante: attraverso un'analisi di tale fattispecie in relazione ai suoi elementi oggettivi e soggettivi, infatti, il Collegio ha reputato che essi non sussistano. E che, perciò, non vi sia la possibilità di rilevare un atteggiamento lesivo assunto dalla p.a. precedente.

2. Sulla risarcibilità del danno da ritardo *mero*: qualche osservazione.

La decisione *de qua* riprende il controverso tema del cd. danno da ritardo¹.

L'art. 2-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. *c*), della l. n. 69/2009, prevede espressamente che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato dalla violazione dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Esso è stato parzialmente abrogato: l'art. 4, n. 14, dell'Allegato 4 al Codice, ne ha espressamente soppresso il comma 2, che attribuiva alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie per il risarcimento del danno cagionato dal ritardo nella conclusione del procedimento e sottoponeva il relativo diritto, in linea con il codice civile, alla prescrizione quinquennale.

Oggi, la devoluzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva delle “*controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo*” è stabilita dall'art. 133, comma 1, lett. *a*), n. 1), del Codice del processo amministrativo²; quanto al termine, l'art. 30, comma 4, dello stesso Codice del processo ha rimpiazzato quello di prescrizione quinquennale con un termine di decadenza che è dato dalla somma tra il *sub*-termine di un anno decorrente dall'inutile spirare del termine per provvedere e l'ulteriore *sub*-termine di 120 giorni, decorrente dalla scadenza del primo.

Non è stato invece abrogato, né espressamente né tacitamente, il comma 1 dell'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990, che qualifica come “*ingiusto*” il danno “*cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”.

Com'è noto, ci si chiede se, nei casi di non spettanza del bene della vita richiesto, il privato abbia comunque diritto a ricevere un ristoro per il danno patito a causa del ritardo serbato dalla p.a. adita (cd. danno da ritardo *mero*), oppure no (e sia quindi risarcibile il solo danno da ritardo qualificato). Secondo un primo indirizzo, la responsabilità della p.a. va riconosciuta anche in questa ipotesi, in quanto non

¹ “*A più di dieci anni di distanza dalla legge delega n. 59/1997 (art. 17, lett. f)), rimasta inattuata, in cui si prevedeva il pagamento di un indennizzo in caso di mancato rispetto del termine di procedimento da parte della p.a. (art. 17 comma 1 lett. f)), riemerge lo spinoso problema del danno da ritardo, questa volta risolto normativamente con la configurazione di un illecito aquiliano. La previsione del danno ingiusto causato dall'inosservanza del termine, unitamente all'elemento soggettivo (dolo o colpa) alla base di tale inosservanza e alla previsione di una prescrizione quinquennale per la richiesta del risarcimento del danno, riconducono la fattispecie all'illecito di cui all'art. 2043 c.c.*”. Così, ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.

² Sul danno da ritardo, tra gli altri, si veda, MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in federalismi.it, 2009; RACCA, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in GAROFOLI, RACCA, DE PALMA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, pp. 24 e ss.; GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pp. 263 e ss.

sarebbe “ontologicamente corretto limitare le lesioni dell’interesse legittimo al solo provvedimento (allorché esso sia non sono illegittimo, ma anche sfavorevole”³. Altro filone, invece, ha sottolineato la non risarcibilità del danno derivante dalla lesione *de qua*: esso rileva che quello che il privato vanta è solo un interesse legittimo di tipo pretensivo all’ottenimento del bene della vita nei termini, non anche un semplice interesse alla conclusione del procedimento nei termini⁴.

La giurisprudenza più recente, talvolta, ha condiviso il primo degli orientamenti suddetti⁵; pare tuttavia prevalere la tesi che avalla l’ipotesi di risarcibilità della lesione solo nel caso di accertata spettanza le bene della vita anelato⁶.

Non è questa la sede per approfondire le questioni relative a tale ambito applicativo.

Ad ogni modo, a parere di chi scrive, vi sono alcuni motivi che parrebbero deporre a favore della configurazione della situazione giuridico-soggettiva vantata dal privato (l’interesse alla conclusione del procedimento amministrativo nei termini) come di *diritto soggettivo* alla conclusione del procedimento amministrativo avviato. E che, quindi, inducono consequenzialmente a credere che il giudice debba risarcire il danno a prescindere dalla spettanza del bene della vita anelato dall’istante, posto che l’intento del legislatore è quello di tutelare (anche) il mero interesse (diritto) alla conclusione del procedimento nei termini⁷.

³ Cfr. F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 35 e ss.; VACCA, *Ontologia della situazione giuridica soggettiva sottesa all’azione di risarcimento del danno conseguente all’inadempimento da parte della pubblica amministrazione dell’obbligo di esercitare il potere amministrativo alla luce della legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.lexitalia.it. In giurisprudenza, di recente, si veda Cons. St., sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468, secondo il quale l’art. 2 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la Pubblica amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa, ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento. Cfr., sulla stessa scia, Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4452 e Cons. St., sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405. TAR Puglia, Lecce, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 112 ha affermato che la certezza ed il rispetto dei tempi dell’azione amministrativa costituiscono un autonomo bene della vita sul quale il privato, specie se operatore economico, deve poter fare ragionevole affidamento al fine di autodeterminarsi ed orientare la propria libertà economica; e, ciò indipendentemente dall’acquisizione del bene della vita reclamato.

⁴ Cfr. RENNA, *Art. 2 bis*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI, (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010; SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della p.a. per danno da ritardo?*, in *giustamm.it*. In giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 28 maggio 2013, n. 2899; Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406; TAR Marche, Ancona, sez. I, 10 dicembre 2013, n. 895; TAR Campania, Salerno, sez. II, 18 novembre 2013, n. 2277; TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 luglio 2013, n. 7386.

⁵ Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406; CGA, 24 ottobre 2011, n. 684; Cons. St., sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639. Da ultimo, cfr. TAR Veneto, sez. II, 26 gennaio 2015, n. 51.

⁶ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 35, in linea con Cons. St., ad. Pl., 15 settembre 2005, n. 7; TAR Umbria, 9 marzo 2012, n. 80; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450; TAR Lazio, Roma, sez. II quater, 23 marzo 2013, n. 2978.

⁷ Danno che l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 15 settembre 2005, n. 7 aveva considerato non risarcibile. Depongono a favore della risarcibilità tenuto conto delle modifiche normative, L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 887-894; R. FUSCO, *Brevi note sul risarcimento del ‘danno da ritardo’ alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

Ad esempio, rileva il fatto che il legislatore abbia devoluto tale azione di condanna al risarcimento *de quo* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: se si accetta l'idea del risarcimento come sistema posto dall'ordinamento a completamento della tutela apprestata nei confronti della situazione giuridico soggettiva vantata dal privato, allora è chiaro che la richiesta di risarcimento non può che essere correlata ad un diritto soggettivo. Se fosse stata correlata ad un interesse legittimo, infatti, la giurisdizione sarebbe stata quella generale di legittimità del giudice amministrativo (e il legislatore non avrebbe avuto bisogno di riconoscerne una esclusiva).

Invero, tale devoluzione si potrebbe giustificare anche prescindendo dalla configurazione di siffatto interesse come un vero e proprio diritto soggettivo: si può affermare, infatti, che il legislatore abbia voluto configurare quella risarcitoria come materia a sé stante riconducendola al novero dei diritti soggettivi di credito che sorgono in capo al soggetto quando viene lesa la situazione giuridico soggettiva di cui esso è titolare (diritto o interesse, è indifferente). Ma, in tale prospettiva, vi sarebbe un problema di coordinamento tra tale danno da ritardo e il generale danno derivante dalla lesione di interessi legittimi: così ragionando, entrambi dovrebbero considerarsi diritti soggettivi di credito. Allora, perché il legislatore devolve il primo alla g.e. del g.a. e lascia il secondo nella sua generale giurisdizione di legittimità?

Si potrebbe sposare la dottrina che ha voluto riconoscere, anche nel caso di lesione degli interessi legittimi, una giurisdizione esclusiva (implicita) del g.a. (a fronte della presenza del termine “esclusivamente”, nell'articolo 30, comma 6, del c.p.a.); ma, allora, la specificazione *de qua* andrebbe considerata come una mera ripetizione, una inutile precisazione ulteriore⁸. Inoltre, resterebbe comunque da capire perché mai il legislatore abbia successivamente devoluto alla stessa giurisdizione esclusiva del g.a. la generale materia del silenzio inadempimento, ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 3), c.p.a. (a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lett. ll), n. 1, del d.lgs. n. 15 novembre 2011, n. 195 -c.d. ‘primo correttivo’-): data la non esperibilità del giudizio *de quo* laddove la pretesa sostanziale vantata del ricorrente inerisca a diritti soggettivi, quali altri diritti soggettivi coinvolti nella risoluzione di tale questione potrebbero altrimenti giustificare una tale devoluzione della materia al catalogo di cui all'art. 133 cp.a., se si esclude che ad essere

⁸ Cfr. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in VILLATA-SASSANI (a cura di), *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 925, sottolinea che l'avverbio “esclusivamente” vale ad escludere una concorrente giurisdizione ordinaria (altrimenti destinata senz'altro a radicarsi, attesa la consistenza di diritto soggettivo della pretesa risarcitoria) e, quindi, a fondare un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, integrando una di quelle “ulteriori previsioni di legge” fatte salve dall'art. 133 c.p.a. “Vincere l'ipocrisia del carattere ‘rimediale’ del risarcimento e chiamare le cose (pretese risarcitorie) con il loro esatto nome (diritti soggettivi), specifica, l'a., non esporrebbe l'assetto normativo in questione a plausibili dubbi di costituzionalità: una delle principali chiavi di volta di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva (artt. 24 e 113 Cost.; art. 1 del Codice) è “la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi” (art. 7, comma 7, del Codice), ivi compresa quella risarcitoria, come peraltro la Corte costituzionale ha già avuto modo di riconoscere nelle sue note sent. n. 204/2004 e n. 191/2006”.

coinvolto sia proprio un diritto soggettivo alla conclusione del procedimento amministrativo?⁹ Tale previsione, in quest'ottica, non avrebbe alcun senso¹⁰.

Dopotutto, potrebbe deporre a favore della configurazione dell'interesse *de quo* come di diritto soggettivo anche la specificazione di cui all'art. 31, comma 1, c.p.a., il quale parla espressamente di obbligo della p.a. di provvedere e non di semplice, generico dovere¹¹: il fatto che si delinei una situazione correlata ad una speculare situazione giuridico-soggettiva definita, quale quella del diritto di credito, induce a ritenere che il legislatore, preso atto della inopportuna definizione dell'obbligo *de quo* come di un semplice dovere ex art. 2 della l. n. 241/1990, abbia voluto rimarcare la vera natura¹².

Anche il legislatore del 2013¹³, introducendo la figura del mero indennizzo, accordato al privato sempre e comunque nei casi di ritardo, a prescindere dalla spettanza del bene della vita, sembra confermare che la situazione giuridico-soggettiva *de qua* sia un diritto soggettivo e che, dunque, il danno da ritardo mero sia risarcibile: da un lato, perché la norma evidenzia la volontà di far acquistare al tempo dei connotati di

⁹ Sul rito del silenzio, da ultimo, RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, pp. 709 e ss.

¹⁰ In verità, si potrebbe dire che essa ha lo scopo di ricondurre nella giurisdizione del g.a. la eventuale azione di condanna richiesta dall'amministrato a tutela del suo diritto soggettivo di credito, derivante dalla lesione dell'interesse legittimo alla conclusione nei termini, sostanziata dalla p.a. ritardataria. Tuttavia, tornerebbe a sostanziarsi, se così fosse, il problema di cui s'è detto *supra*.

¹¹ Secondo la recente giurisprudenza amministrativa, l'inerzia, l'omissione in sé, può considerarsi colposa, poiché il ritardo non rispetta il principio del buon andamento della p.a. È applicabile, quindi, in tale prospettiva, la presunzione di colpa ex art. 2727 c.c. Sul tema del tempo alla luce delle recenti modifiche a proposito dell'obbligo di provvedere, cfr., se si vuole, POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del "nuovo" articolo 2 della legge 7 agosto, 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, pp. 1338 e ss.

¹² In verità, si potrebbe distinguere tra dovere di provvedere e obbligo di rispondere in modo espresso (e, quindi, entrambe le espressioni sarebbero giustificate). ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir.*, Agg., II, Varese, 1998, disarticola l'unitario rapporto tra privato e Amministrazione distinguendo due ramificazioni: da un lato, il diritto soggettivo dell'istante ad un provvedimento tempestivo (qualunque sia il suo contenuto); dall'altro, l'interesse legittimo suscettibile di appagamento solo con l'emanazione di un provvedimento favorevole.

¹³ L'art. 28, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 -cd. decreto del fare convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98-, aggiungendo alla legge 241/1990 cit. il comma 1 bis all'art. 2-bis, ha previsto (per ora in via del tutto sperimentale e con riferimento alle sole imprese) che, su richiesta dell'interessato, l'amministrazione silente possa essere condannata, a titolo di indennizzo per il mero ritardo -e con decorrenza dalla data di scadenza del termine in cui avrebbe dovuto chiudere il procedimento- a corrispondere all'istante una somma (complessivamente non superiore ai 2000 euro) pari a trenta euro per ogni giorno di ritardo. Per un primo commento, cfr. M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014; VOLPE, *Silenzio inadempimento e tutela indennitaria*, in *lexitalia.it*, 2013. Con la firma del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale (la 59 dello scorso 12 marzo) la Direttiva 9 gennaio 2014 contenente le "Linee Guida" per l'applicazione di tale strumento, come previsto dall'articolo 28 del "Decreto del fare" (Dl. 69/2013), atte a fungere da ulteriore deterrente contro la cronica lentezza dell'Amministrazione. La disposizione, valida per ora 18 mesi e confermabile a seguito di monitoraggio sulla effettiva applicazione, si applica ai procedimenti avviati a istanza di parte per i quali sussiste un obbligo della P.a. di pronunziarsi, con esclusione delle ipotesi dei concorsi e di quelle di silenzio assenso e silenzio rigetto; la Direttiva precisa anche espressamente che essa non è applicabile nelle ipotesi di denuncia di inizio di attività e di segnalazione certificata di inizio di attività.

imprescindibilità e rilevanza in termini di bene della vita autonomo¹⁴. Dall'altro, perché espressamente precisa che “*nel giudizio di cui all'articolo 117 del codice di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e successive modificazioni, può proporsi, congiuntamente al ricorso avverso il silenzio, domanda per ottenere l'indennizzo*” (comma 4) e che “*(...) le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento*”(comma 9).

A parere di chi scrive, tali norme, quando parlano di *risarcimento*, si riferiscono a quello accordato nel caso di *danno da ritardo mero*, dando per scontato, quindi, che la domanda per il suo ristoro sia ammissibile: infatti, è possibile detrarre da una somma corrisposta a titolo di risarcimento una somma da corrispondere a titolo di indennizzo evidentemente solo nel caso in cui *le somme siano dovute per la lesione di un medesimo interesse vantato dalla parte lesa*.

Quindi, se è vero che è possibile ammettere una “commistione” tra indennizzo e risarcimento del danno mero, perché *scaturiscono entrambi dal mero trascorrere del tempo (recte, dalla lesione del medesimo interesse - alla conclusione del procedimento nei termini-)*¹⁵, non sarebbe invece possibile ammettere una “commistione” tra indennizzo e risarcimento del danno qualificato, posto che essi vengono riconosciuti per motivi differenti (*recte, per lesioni di interessi differenti*): mentre il primo si correla al *mero trascorrere del tempo* (e, come visto, si sostanzia a fronte della lesione dell'interesse alla conclusione del procedimento nei termini), il secondo spetta -laddove si sia sostanziato un danno conseguenza- per la lesione dell'*interesse a ottenere, nei tempi giusti, il bene della vita legittimamente anelato*.

3.La rilevanza dell'elemento oggettivo

Anzitutto, il Consiglio di Stato sottolinea opportunamente che “*il primo giudice ha ricondotto la fattispecie risarcitoria nel danno da ritardo a provvedere, che trova specifica disciplina nell'art. 2 bis della legge n. 241 del 1990 a mente del quale le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1 ter (della legge medesima), sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”. Si tratta di disposizione che, esso specifica, tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche

¹⁴ Il fattore tempo è neutrale rispetto alla validità dei provvedimenti amministrativi, ma non rispetto alla responsabilità cui si espone l'amministrazione per inosservanza, dolosa o colposa, del termine per provvedere: a tanto induce un'interpretazione dell'art. 2-bis condotta alla luce dell'art. 28 Cost., posto che l'interesse ad una risposta espressa e tempestiva da parte della p.a. è giuridicamente rilevante e, come tale, beneficia della tutela risarcitoria. Così, BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 986.

¹⁵ Sebbene, evidentemente, nel caso del danno da ritardo mero non basta la mera lesione dell'interesse alla conclusione dei termini (cd. danno evento), ma occorre che si sostanzi anche un cd. danno conseguenza.

condizionate alla valutazione positiva della pubblica amministrazione, ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento¹⁶.

Sul piano oggettivo, i giudici precisano, l'illecito *de quo* riceve qualificazione dall'inosservanza del termine ordinamentale per la conclusione del procedimento; sul piano soggettivo, invece, il ritardo deve essere ascrivibile ad un'inosservanza dolosa o colposa dei termini di legge o di regolamento stabiliti per l'adozione dell'atto terminale.

La ricostruzione cronologica degli eventi mostra, secondo il Consiglio di Stato, che, nel caso di specie, non vi è stata violazione del termine a provvedere per il rilascio del titolo autorizzatorio (il quale ultimo, ai sensi della L.R. n. 64 del 2007, è stato individuato, dal primo giudice, in 180 giorni): a fronte della domanda di autorizzazione ricevuta dall' AUSL competente il 12 settembre 2005, la Regione si è pronunciata in senso negativo con determinazione del 21 aprile 2006, confermata a seguito di riesame con successivo atto del 4 agosto 2006. E la violazione del termine suddetto, poiché minima, viene giudicata dal Collegio irrilevante ai fini della configurazione della responsabilità della p.a. per danno da ritardo: *“la prima determinazione impeditiva dell'installazione del macchinario tac/per, esso scrive, è stata adottata solo con un minimo scostamento dalla consumazione del termine di 180 giorni per provvedere dalla data di ricezione della domanda; e, dunque, non ha indotto un vulnus alla certezza del rapporto ed all'iniziativa economica della società interessata”*.

Né rileva tale *vulnus* nelle fasi successive, posto che, dopo la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato di riforma della decisione del TAR che aveva riconosciuto l'esistenza delle condizioni ostative all'installazione dei macchinari tac/pec, “il provvedimento autorizzatorio è intervenuto entro il termine per la conclusione del procedimento decorrente dalla pubblicazione della sentenza n. 4031 del 2007 che ha definito il giudizio di appello”.

Per cui, secondo il Consiglio di Stato, il carattere oggettivo dell'illecito cui il danno ingiusto subito potrebbe essere ricondotto sembrerebbe non sussistere.

Le precisazioni del collegio e l'iter logico da esso seguito al fine di accertare la presenza dell'elemento oggettivo inducono ad operare qualche riflessione.

Con il ragionamento suddetto e le espressioni riportate in sentenza, il Consiglio di Stato restringe l'ambito di applicazione della responsabilità del danno da ritardo, poiché lo fa combaciare con la sola mera inadempienza comportamentale della p.a., rinvenibile nei casi di violazione del termine per provvedere.

In altre parole, esso reputa rinvenibile tale elemento costitutivo solo a fronte d'una violazione dell'obbligo di *clare loqui* nei termini di legge: qualora la p.a. abbia rispettato il “tempo del dire”, invece, seppure agendo

¹⁶ Cfr. Cons. St., Sez. V., 21 giugno 2013, n. 3405; ID., Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271.

illegittimamente, nella prospettiva del Collegio viene a mancare la possibilità di rinvenire l'elemento oggettivo dell'illecito *de quo*.

In realtà, secondo una classificazione operata da dottrina e giurisprudenza sul punto¹⁷, il danno da ritardo non viene a configurarsi solo come danno susseguente all'eventuale adozione di un provvedimento fuori dai termini che la legge prescrive come atti a legittimare (*rectius*, regolare¹⁸) l'azione della p.a: non è solo il mero rispetto dei tempi procedurali a rilevare ai fini di una qualificazione della responsabilità ex art. 2-*bis* della l. 241/1990; ciò che rileva, infatti, è lo stesso ottenimento in ritardo del bene della vita anelato cui l'interesse legittimo sotteso all'istanza inerisce.

È possibile che la p.a. adempia il suo obbligo di *clare loqui* rispettando i termini, sì; ma è pure possibile lo faccia, com'è successo in questo caso, emanando un provvedimento (successivamente valutato dal giudice come) illegittimo. È per questo che il ritardo nella conclusione del procedimento deve intendersi (anche) come ritardo nella emanazione di legittimo provvedimento favorevole.

Non vi sono dubbi, quindi, che, in questo caso, un ritardo v'è stato, pur se questo non sia rinvenibile nella violazione dei termini per provvedere (e non derivi, quindi, da un comportamento, bensì da un illegittimo provvedimento). Ed è sicuramente riconoscibile la presenza di un elemento oggettivo dell'illecito *de quo*, posto che l'istante ha potuto usufruire del bene della vita anelato solo in tempi successivi rispetto a quelli in cui, se la p.a. avesse agito legittimamente *fin dall'inizio*, avrebbe potuto godere: il richiedente, infatti, non ha potuto beneficiare dell'utilità connessa al bene della vita ambito nel tempo intercorrente tra il momento in cui il provvedimento favorevole doveva essere rilasciato e quello in cui esso, invece, è stato effettivamente (dal giudice) accordato¹⁹.

¹⁷ Sul punto, cfr. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, cit.

¹⁸ Non è corretto dire "legittimare" in quanto la scadenza dei termini non preclude alla p.a. la possibilità di provvedere in ritardo: per tali motivi, l'eventuale provvedimento da essa emanato successivamente allo scadere dei termini di legge è comunque legittimo. Laddove non viga l'esplicita previsione della natura perentoria del termine di conclusione del procedimento, l'inutile decorso di questo non consuma il potere dell'autorità di pronunciarsi tardivamente (cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 179; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 giugno 2010, n. 1746; TAR Veneto, Sez. I, 5 agosto 2005, n. 3124).

¹⁹ Cfr. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, cit., p. 267. Il risarcimento del danno da ritardo così inteso può essere sicuramente interpretato come strumento atto ad operare un riequilibrio per equivalente rispetto al concreto conseguimento del bene della vita avvenuto in maniera differita per il fatto altrui (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 13 febbraio 2008, n. 239). Il risarcimento del danno si associa, infatti, alla riparazione in forma specifica dell'effettivo rilascio tardivo del provvedimento favorevole, in quanto non è configurabile come forma di riparazione equivalente dell'utilità finale ambita (Cons. St., sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162); Cfr. CLARICH-FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, pp. 62 e ss.; FIGORILLI-FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, pp. 916 e ss.

4. La rilevanza dell'elemento soggettivo

Quanto all'elemento soggettivo, il Consiglio di Stato sottolinea, giustamente, che il solo dato oggettivo della violazione di una norma di azione non integra, in conseguenza, gli estremi di una condotta cui possa collegarsi l'obbligo risarcitorio in assenza dell'elemento soggettivo della colpa.

I giudici sottolineano che, affinché si riconosca la risarcibilità, è necessario sussista in capo alla p.a. chiamata in giudizio l'elemento soggettivo della colpa. Ed in questo caso non lo rilevano, sottolineando che, a fronte del carattere esecutivo della sentenza del TAR n. 14813 del 2006, il comportamento dell'amministrazione che ha mantenuto ferma, fino all'esito del giudizio di appello, la pronuncia negativa del 21 aprile 2006 - non essendo intervenuta misura cautelare in sede di appello - non può qualificarsi colposo: esso, anzi, trova giustificazione nell'obbligo di prestare ossequio al *dictum* del primo giudice.

E questo perché, essi specificano, solo con la pronuncia di riforma del Consiglio di Stato si è determinata la *riemersione* dell'interesse pretensivo della società al rilascio dell'autorizzazione e del connesso obbligo della Regione di provvedere in conformità al *decisum* del giudice di appello che, in attenuazione del principio *tempus regit actum*, aveva sancito l'inapplicabilità alla domanda della ricorrente delle sopravvenute delibere di nn. 127 e 631 del 2005, di pianificazione e programmazione in ambito regionale dell'installazione di macchinari tac/pec.

Tuttavia, il Collegio dice bene quando parla di riemersione, posto che la semplice emersione dell'interesse pretensivo in sé considerato, invero, si era già venuta a concretizzare nel momento in cui il privato aveva presentato l'istanza alla p.a.: è da quell'esatto momento che il soggetto ricorrente anelava ad ottenere il bene della vita in contestazione!

In realtà, se è vero che il Consiglio di Stato riforma la sentenza di rigetto emessa dal TAR in primo grado, così andando a riconoscere la illegittimità del provvedimento iniziale, evidentemente lo fa perché riconosce la spettanza del bene della vita al privato. Il quale avrebbe avuto diritto ad ottenerlo fin dall'inizio, quindi, e invece si trova a poterne usufruire solo a seguito di statuizione di secondo grado (con tutto ciò che ne consegue in termini di tempo e denaro "persi").

Il fatto che il Collegio abbia riconosciuto una illegittimità del provvedimento rivela una colpa della p.a. nella valutazione degli elementi istruttori atti a supportare la scelta finale. Ed il fatto che il TAR abbia anch'esso depresso a favore di tale erroneità non può valere a giustificare la scorrettezza della pubblica amministrazione, il cui operato, dunque, risulta possedere in sé, senza dubbio, i presupposti che la legge, in tema di elementi oggettivi e soggettivi, richiede ai fini della configurazione della fattispecie di responsabilità in commento.

Quindi, è vero che la p.a. ha tenuto in debita considerazione la decisione del giudice di primo grado quando, a seguito del rigetto del TAR, non ha provveduto a modificare la sua decisione; ma è pur vero

che, se avesse agito in modo corretto, avrebbe *ab origine* riconosciuto positivamente all'istanza del privato; e la società non avrebbe avuto necessità di adire il giudice amministrativo.

In altre parole, la sua colpa non è valutabile tenuto conto del momento successivo al rigetto del ricorso avanzato; bensì, è semmai riconducibile al momento iniziale della sua attività, posto che la p.a. avrebbe dovuto decidere in un modo legittimo fin dall'inizio e non l'ha fatto.

La circostanza che il giudice di primo grado abbia "errato" anch'esso nel rigettare il ricorso e nel ritenere l'atto legittimo, non giustifica l'iniziale atteggiamento colposo della p.a.

Anzi, il fatto che ci sia stata una ulteriore successiva conferma da parte della p.a., in data 4 agosto 2006, dovrebbe deporre, ancora di più, a favore della configurabilità di tale responsabilità come colposa, posto che, avendo essa avuto la possibilità di tornare sui propri passi, ha comunque pensato di poter lasciare indeterminata la statuizione *de qua*, ritenendo legittimo il proprio operato.

Dopotutto, accertata l'illegittimità della determinazione iniziale, tenuto conto dei principi generali confermati dalla giurisprudenza, come su rilevato, si può affermare che la responsabilità della p.a. per colpa, a fronte d'una illegittimità della suo operato, dovrebbe ritenersi essere presunta: spetta poi alla amministrazione stessa, infatti, tenuto conto di tali principi, provare che, al contrario, tale colpa in capo ad essa non sussiste perché, in quel momento iniziale, non avrebbe potuto adempiere il suo dovere di *clare loqui* in modo diverso (*rectius*, corretto), a causa di problemi specifici atti a scriminarla.

Diverso sarebbe stato se, nella pronuncia, il giudice avesse in qualche modo rilevato una scusabilità della p.a. colpevole, tenuto conto di alcune difficoltà ad essa non imputabili in tema di interpretazione di norme utili al fine dell'emanazione del provvedimento finale.

Invero, i giudici sembrerebbero riferirsi a qualcosa del genere quando specificano che: "[...]non emergono gli estremi di una condotta colpevole dell'Amministrazione, secondo in noti parametri della correttezza, imparzialità, buon andamento cui deve conformarsi l'agire egli organi pubblici [...] anche a fronte di un quadro regolamentare composito - caratterizzato dal succedersi nel tempo di diverse normative generali sul piano programmatico e pianificatorio in ordine al rilascio dell'autorizzazione de qua".

Ma nulla di più precisano, così non considerando tale aspetto come atto a giustificare l'atteggiamento colposo della p.a.; e ciò, forse proprio in quanto quest'ultimo risulta escluso, anzi, nella loro prospettiva, per quegli altri diversi motivi; non si comprende perché, allora, abbiano voluto riferirsi a tale "quadro regolamentare composito", se atteggiamenti scorretti da giustificare, in tale visione delle cose, non ve ne erano.

Ad ogni modo, se anche tale causa di giustificazione fosse stata plausibile, sarebbe stato compito della p.a. rilevarla nel corso del processo amministrativo: spetta ad essa provare in giudizio, tenuto conto della presunzione semplice di colpevolezza, ai sensi dell'art. 2727 c.c., di non aver potuto agire diversamente



da come ha agito, rappresentando le circostanze che, non imputabili, hanno condizionato la illegittima scelta sostanziata nella emanazione del provvedimento annullato²⁰.

Al contrario, l'ente, nel giudizio *de quo*, ha fatto valere la propria correttezza procedimentale rilevando semplicemente il fatto che la società, ricorrendo, non si era preoccupata di provare gli estremi dell'illecito, posto che non aveva sottolineato nulla rispetto all'elemento soggettivo della colpa da rinvenire in capo all'amministrazione resistente.

²⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 2751 del 2008.