

flitto sul riparto di competenza tra le due Autorità indipendenti facendo applicazione del criterio c.d. del contratto elaborato dalla Corte di Giustizia.

Secondo il giudice amministrativo il criterio di incompatibilità è “aderente” al significato letterale degli articoli 19 c. 3 del d.lvo n. 205/2006 ed è “coerente” con la disciplina dell’art. 27 c. 1 bis dello stesso testo legislativo. Inoltre, comporta l’abbandono dei criteri (di specialità; di consunzione o assorbimento) di matrice penalistica, elaborati dalla precedente giurisprudenza nazionale, “poco compatibili con la natura di regole di condotta contemplate nei due settori”.

Il criterio va applicato mediante il confronto tra fattispecie normative astratte. In tal senso, infatti, va intesa l’espressione “aspetti specifici delle pratiche

commerciali scorrette” contenuta nell’art. 19, comma 3, del d.lvo n. 205/2006. Si impone quindi un confronto tra “singole norme generali e di settore, con applicazione di queste ultime soltanto qualora esse contengano profili di disciplina incompatibili con quelle generali di disciplina delle pratiche commerciali scorrette”.

In conclusione, alla luce dell’orientamento della Giustizia di giustizia, “la regola generale è che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. La competenza delle altre Autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili”.

3.

DANNO DA RITARDO E SPETTANZA DEL BENE DELLA VITA

Cons. St., 15 gennaio 2019, n. 358

di Roberto Garofoli con la collaborazione di Gabriella Nastri

SOMMARIO: 1. Il danno da ritardo mero. – 2. Il dibattito. – 3. La posizione di Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358: ristorabilità del danno da ritardo mero solo in caso di interessi a carattere imprenditoriale. – 4. Il danno da ritardo nei procedimenti d’ufficio.

1. IL DANNO DA RITARDO MERO.

La decisione assume un’importanza significativa perché, inserendosi nel dibattito relativo agli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità dell’Amministrazione per danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2 bis, l. n. 241 del 1990), pare assumere una posizione intermedia tra le due contrapposte emerse nella giurisprudenza amministrativa.

Come è noto, tale fattispecie trova puntuale disciplina nell’art. 2 bis, della legge n. 241/1990.

L’art. 2 bis, l. n. 241 del 1990, dispone al comma 1 che: “le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento” (c.d. danno da ritardo). Al comma 1-bis, prevede, che

“fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l’obbligo di pronunziarsi, l’istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento” (c.d. indennizzo automatico).

La disposizione prevede, quindi, da un lato, una fattispecie di responsabilità dell’Amministrazione per il danno ingiusto cagionato con il ritardo (dell’art. 2 bis, l. n. 241 del 1990, co. 1): fattispecie di cui l’attore deve provare -come chiarisce Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358- tutti gli elementi costitutivi, di carattere oggettivo (prova del danno e

del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale) e *soggettivo* (dolo o colpa del danneggiante); dall'altro, un meccanismo *indennitario*, automatico e forfettario, poggiante su solo fatto del ritardo (dell'art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, co. 1 *bis*).

E' da tempo al centro di un importante confronto anche giurisprudenziale la questione della ravvisabilità e ristorabilità come danno *ingiusto*, oggi ai sensi dell'art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, co. 1, del c.d. *danno da ritardo mero*, ossia indipendente dalla spettanza del provvedimento di cui l'Amministrazione omette o ritarda l'adozione.

Sono i casi nei quali, per esempio, il privato non ricorre avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione agendo direttamente per il risarcimento chiedendo il ristoro del danno derivante dall'incertezza nella quale l'Amministrazione lo ha posto non osservando la tempistica procedimentale alla cui osservanza è ottenuta; ovvero quelli in cui non contesti il *tardivo* diniego, reputato legittimo, ma si dolga dei danni in specie economici subiti per effetto della dilatazione temporale che ha connotato la definizione procedimentale.

Il *danno* non è, quindi, connesso al tardivo conseguimento del bene della vita di cui sia riconosciuta la spettanza ma al ritardo in sé, per i pregiudizi ingiusti che ha determinato; la *posizione soggettiva lesa* non è l'interesse legittimo pretensivo al bene della vita oggetto dell'istanza tardivamente definita, ma l'interesse alla correttezza procedimentale dell'Amministrazione, tenuta a rispettare i termini di definizione procedimentale. E' il tempo il bene della vita protetto (risarcibile a prescindere dall'accertamento della spettanza del provvedimento favorevole) nella prospettiva seguita da chi ammette la ristorabilità del danno da ritardo mero.

Il dibattito evoca, peraltro, quello relativo alla *natura giuridica della responsabilità dell'Amministrazione*: non vi è dubbio, infatti, che l'adesione alla tesi che ammette la risarcibilità del danno da ritardo mero presuppone il ripudio della tesi (inaugurata da *Cass., Sez. un., n. 500 del 1999*) della natura *aquiliana* della responsabilità dell'Amministrazione e la condivisione, invece, di quella che prospetta una responsabilità *contrattuale da contatto amministrativo qualificato*, a presidio degli interessi alla correttezza procedimentale dell'amministrazione, derivante, quindi, dalla sola scorrettezza (nel caso di specie connessa all'inosservanza dei termini del procedimento), sempre che la stessa abbia

cagionato un effettivo danno di cui il ricorrente fornisca in giudizio la prova.

2. IL DIBATTITO.

Entrambe le posizioni sono emerse nella giurisprudenza amministrativa.

La tesi che riconosce la risarcibilità del solo danno da ritardo nel conseguimento del bene della vita *spettante* è stata seguita prima e dopo che nel 2009 fosse introdotto il citato art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990.

Come è noto, l'Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n. 7, rilevato che l'ordinamento può apprestare vari strumenti per garantire il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa, ha escluso che tra di essi possa trovare posto la tutela risarcitoria in sede giudiziale, in tal modo disattendendo l'ordinanza di remissione che aveva mostrato sul punto significative aperture. Ad avviso dell'Adunanza plenaria, infatti, la tutela degli interessi pretesivi, nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione, consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo in congiunzione con un interesse pubblico, incapace di trovare realizzazione con l'atto, si propone la tutela di interessi sostanziali attraverso la realizzazione del "bene della vita", la cui realizzazione viene meno per la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato.

Anche la giurisprudenza successiva alla entrata in vigore dell'art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, ha seguito l'indirizzo indicato sostenendo che la novella avrebbe solo tipizzato la controversa figura del danno da ritardo, senza tuttavia riconoscere la risarcibilità del danno da ritardo mero. Si è sostenuto che, anche dopo la novella legislativa di cui alla l. 19 giugno 2009 n. 69, non può prescindere dalla spettanza del bene vita per poter riconoscere una tutela risarcitoria al danno da ritardo dell'azione amministrativa (Cons., St., sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1913; Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, secondo cui "il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, implica una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, quindi, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse e, di conseguenza, non è di per sé risarcibile il danno da mero ritardo").

Su altro fronte, altra rilevante parte della

giurisprudenza amministrativa.

In particolare, l'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018 n. 5, ha sostenuto che, con l'art. 2 bis cit. "il legislatore – superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento). Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione. Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali. Non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere..... ..l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 . . . sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la

consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo".

3. LA POSIZIONE DI CONS. ST., SEZ. IV, 15 GENNAIO 2019, N. 358: RISTORABILITÀ DEL DANNO DA RITARDO MERO SOLO IN CASO DI INTERESSI A CARATTERE IMPRENDITORIALE.

Del contratto tiene conto Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358, assumendo una posizione intermedia.

Ad avviso della quarta Sezione -che così aderisce alla tesi della normale non ristorabilità del danno da ritardo mero- "il riconoscimento del danno da ritardo - relativo ad un interesse legittimo pretensivo - non è avulso da una valutazione di merito della spettanza del bene sostanziale della vita e, dunque, dalla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento fosse probabilmente destinata ad un esito favorevole, posto che l'ingiustizia e la sussistenza del danno non possono presumersi iuris tantum in relazione al mero fatto temporale del ritardo o del silenzio nell'adozione del provvedimento".

Sostengono i giudici della quarta Sezione che tale configurazione del danno da ritardo non muta alla luce della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018 n. 5, secondo la quale, con l'art. 2-bis cit. "il legislatore – superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento). Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione".

Ad avviso della quarta Sezione, infatti, l'Adunanza plenaria riconosce il danno da ritardo a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il

provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento, ricollegandolo alla *lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale* e subordinandolo, comunque, a rigorosi oneri di allegazione e prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità. Tale ricostruzione presuppone di regola, come è evidente, la *natura imprenditoriale del soggetto* che assume essere stato lesa dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), *dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo* (Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2018 n. 6266; Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, 23 giugno 2017, n. 3068, 2 novembre 2016, n. 4580, 6 aprile 2016, n. 1371).

Perché, dunque, possa parlarsi di una condotta della Pubblica Amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una *fondata* posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato.

4. IL DIBATTITO.

La quarta Sezione ha affrontato ulteriori profili di cui è utile dare conto.

Si è soliti distinguere l'ipotesi in cui il danno deriva dai procedimenti iniziati su istanza di parte e da quella in cui il danno deriva dai procedimenti iniziati d'ufficio.

Secondo un orientamento, «l'art. 2-bis, co. 1, contempla la possibilità di risarcimento del danno da

ritardo/inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo, solo ove la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno prodotto nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ebbe a dare avvio al procedimento amministrativo»¹. Il risarcimento viene così ricondotto all'esclusivo caso dei procedimenti avviati su istanza di parte.

Di recente, è emerso un diverso orientamento.

Con la sentenza *15 gennaio 2019, n. 358*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il danno da ritardo si configura anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato e concluso d'ufficio. Tale assunto viene fondato, da un lato, su «ragionevoli argomentazioni di ordine generale» e, dall'altro lato, sull'evidente differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2-bis, dove solo il secondo di essi (co. 1-bis), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte».

Nei procedimenti d'ufficio, affinché possa esserci spazio per il risarcimento del danno occorre comunque «sia la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 241/1990), sia l'esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimentale dell'atto medesimo».

Ne consegue che, anche per i procedimenti avviati d'ufficio, se l'amministrazione viene meno all'obbligo di concludere il procedimento, facendo così sorgere dei pregiudizi per il privato, questi può ugualmente esperire l'azione di risarcimento per danno da ritardo.

¹ Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2016, n. 4028.

4.

LEGITTIMAZIONE ALL'OPPOSIZIONE AVVERSO LA DETERMINAZIONE DI CONCLUSIONE DELLA CONFERENZA DI SERVIZI DA PARTE DELLE AMMINISTRAZIONI PREPOSTE ALLA TUTELA DEGLI INTERESSI C.D. SENSIBILI

Cons. St., Sez. I consultiva, 30 settembre 2019, parere n. 2534).

di Luca Iera

SOMMARIO: 1. Il parere del Consiglio di Stato, I Sezione, 30 settembre 2019, n. 2534. – 2. Le coordinate ermeneutiche per la