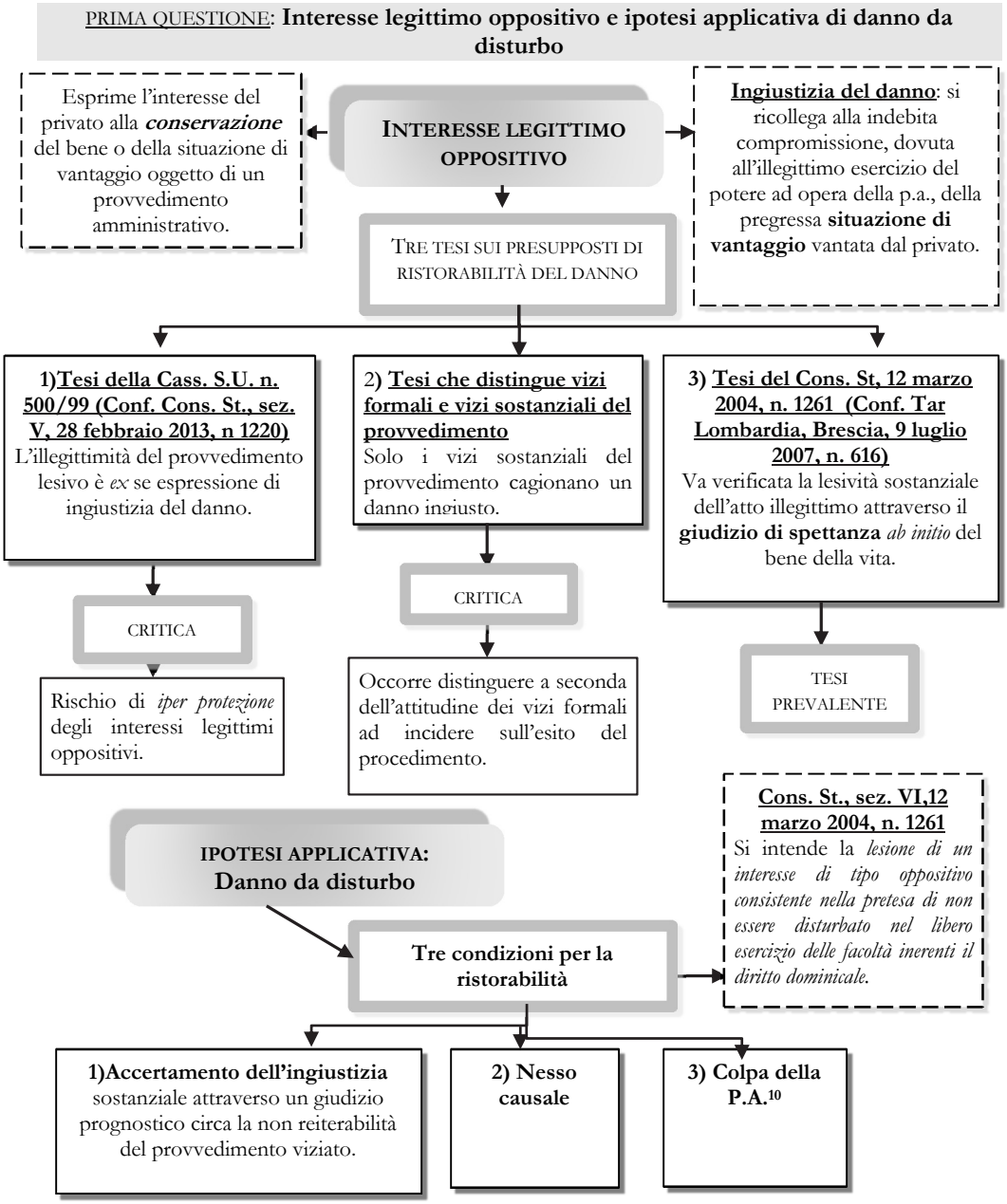
3. Elemento oggettivo.



[10] In ordine alle problematiche connesse all'elemento soggettivo e all'*onus probandi*, si rinvia al par. 5 di questo Capitolo.

SECONDA QUESTIONE: Interesse legittimo pretensivo e l'ipotesi problematica del danno da ritardo

INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO

Esprime l'interesse del privato ad ***ottenere*** il bene della vita che è oggetto del provvedimento amministrativo.

PRESUPPOSTI PER LA RISTORABILITÀ

1) Accertamento della illegittimità del provvedimento.

PROBLEMATICHE DEL GIUDIZIO PROGNOSTICO

RISCHIO DI INGERENZA AD OPERA DEL GIUDICE NELLA SFERA RISERVATA ALLA P.A.

2) Giudizio prognostico di spettanza del bene in capo all'istante.
Fondatezza dell'istanza e *titolarità* – in capo all'istante – non di una mera aspettativa ma *di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva (Cass. Civ. ord. n. 651/2018)*

a) Attività vincolata della P.A.

Escluso il rischio di ingerenza del GA nelle valutazioni di merito della PA.
Il giudizio si fonda sul **mero riscontro della sussistenza dei presupposti** cui la legge subordina il rilascio di un certo bene.

b) Attività tecnico – discrezionale della P.A. [11]

INDIRIZZO CONSOLIDATO
Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.
Ammessa per il G.A. la sindacabilità *ab intrinseco* dell'esercizio dell'attività tecnico/ discrezionale.

I TESI: il G.A. **si sostituisce** all'amministrazione mediante una nuova valutazione sulla spettanza del bene.

II TESI: il G.A. valuta la domanda risarcitoria solo dopo il **riesercizio positivo del potere** della PA.

III TESI: il G.A. opta per la *tecnica della chance,* scontando il *quantum* in relazione alla possibilità percentualista di successo.

Conf. **Cons. St., A.P., 3 dicembre 2008. n. 13**[12]

c) Attività discrezionale della P.A.

Tesi che individua nel giudizio risarcitorio la sede in cui la P.A. può esplicitare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Tesi della *chance*
Il risarcimento viene riconosciuto allorché si dimostri di aver avuto *chance serieuses* di conseguire il bene sperato (CARANTA).

Tesi che ammette la domanda risarcitoria solo dopo che la P.A. ha riesercitato il potere risolvendo **positivamente** il giudizio di spettanza.

[11] Prodromica è la *quaestio* relativa alla sindacabilità giurisdizionale della discrezionalità tecnico – amministrativa. Per la trattazione, si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *op. cit.*, ed. 2018-2019, Parte II, Cap. V ,par. 6.
[12] Si rinvia a BONCOMPAGNI, in *La Rivista Neldiritto*, n. 2/2009, 262 e ss.

UN'IPOTESI PROBLEMATICA: IL DANNO DA RITARDO[13]

Costituisce un'ipotesi peculiare di danno da ritardo la fattispecie espressamente prevista dall'art. 26, comma 3, d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*).

TRE CATEGORIE ELABORATE DALLA GIURISPRUDENZA
(Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n.875)

1) Tardiva adozione di un provvedimento legittimo ma sfavorevole al destinatario **(cd danno da mero ritardo)**

DUE TESI

Tesi che valorizza la natura contrattuale della responsabilità. **Cons. St., sez. IV, 875/05**, ha ritenuto che "*l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa è interesse meritevole di tutela in sé considerato*".

Tesi prevalente che valorizza la natura extracontrattuale della responsabilità. **Cons. St., sez. V, 6389/02**, ha ritenuto che: "*nessun risarcimento può essere riconosciuto se il cittadino non aveva titolo a quel provvedimento del cui ritardo nell'emanazione si duole*".

Ad. Plenaria n. 7 del 2005:
Il ritardo da parte della P.A. nella definizione delle istanze del privato non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità per danni. Deve ritenersi che non sia possibile accordare risarcimento del danno nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato l'istanza.

2) Tardiva adozione del provvedimento favorevole richiesto dall'istante

Indirizzo

Aderisce all'assunto dell'Ad. Plenaria n. 7 del 2005, per cui "*il danno da ritardo non ha una autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce*". Il tempo non è bene della vita suscettibile di tutela risarcitoria che va accordata soltanto all'interesse pretensivo correlato al conseguimento di un'utilità finale (CdS n.12/2018).

Da ultimo (e prima della l. 69/09) conf. Tar Lazio - Roma, sez. II *bis*, 16 marzo 2009, n. 2964: "*non è risarcibile il danno da ritardo "puro" quando è disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere*"

3) Mancata adozione del provvedimento a causa dell'inerzia della P.A. **(cd danno da silenzio)**

Risarcibile il colpevole ritardo della P.A. a condizione che – attivato lo specifico rimedio di cui al 117 c.p.ail privato abbia ottenuto il provvedimento favorevole richiesto. è necessario l'accertamento dell'imputabilità dell'inosservanza del termine (cfr. Tar Napoli n. 770/17)

***Contra* Cons. St ,sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65**
La rilevanza procedimentale *specifica ed oggettiva del ritardo* rileva anche nei casi di mancato esercizio del potere.
L'omesso esercizio del potere, anche riferito al superamento del termine finale per provvedere, costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio, configurando, nelle sue conseguenze dannose, la lesione dello stesso interesse legittimo che il soggetto coinvolto vanta rispetto all'emanazione di un provvedimento favorevole.

***Contra* Cons. St. sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65**
(intervenuta prima della l. 69/09).
È ravvisabile in capo all'istante uno specifico interesse al rispetto delle regole procedimentali che includono anche la tempestività del procedimento. Sicché ben può ravvisarsi un'illegittimità dell'*azione amministrativa pubblicistica, pacificamente riscontrata, indipendentemente dai contenuti del provvedimento tardivo.*

[13] Per gli aspetti processuali relativi al danno da ritardo, si rinvia al Capitolo successivo del manuale.
[14] Si rinvia a DI CIOMMO, in *La Rivista Neldiritto*, n. 4/2009, 580 e ss.

L'art 7, comma 1 lettera c) L. 18.06.2009, n. 69, ha introdotto nell'alveo della **L. 241/90 l'art 2 *bis*** prevedendo l'obbligo delle *pubbliche amministrazioni di risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento,* nonché la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle relative controversie.
Con l'avvento del Codice del processo amministrativo detta ultima previsione è confluita nell'art 133 co.1, lett. a), n.1 c.p.a. (che, *in parte qua,* ha abrogato la previsione di cui all'art. 2 *bis*, l. 241/90).
Su altro fronte, lo stesso Codice, all'art 30 comma 4 ha previsto che *per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3* (*id est* 120 giorni) *non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.*

IMPATTO DELLA NOVELLA, DI CUI ALLA L. 69/09, SULLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA MERO RITARDO:

1) Tesi favorevole alla risarcibilità.

La novella ha inteso "aprire" alla risarcibilità del danno da mero ritardo, a prescindere dalla spettanza del bene della vita, riconoscendo che anche il **tempo è un bene della vita** autonomo per il cittadino (VACCA)

RAGIONI A SOSTEGNO

- Portata ampia della norma;
- valorizzazione della giurisdizione esclusiva;
- necessità di salvaguardare la portata innovativa della disposizione;
- natura contrattuale della responsabilità della P.A.;
- riconoscimento in capo al privato di un vero e proprio diritto soggettivo alla tempestiva conclusione del procedimento.

Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406 : *l'art. 2 bis, comma 1, l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 69 del 2009 presuppone che anche* ***il tempo è un bene della vita per il cittadino****; in base a tale disposizione, si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre* ***un costo****, dal momento che il fattore tempo costituisce un'essenziale* ***variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari*** *relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa* ***convenienza economica****.*
(**Conf.:** C.g.a., 24 ottobre 2011, n. 684; Cons. St.,sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639; Id., sez. V, 28 febbraio 2011, n.1271)

PREVALENTE

2) Tesi ancora ostile alla risarcibilità

Anche a seguito della novella legislativa, il fattore "tempo" costituisce solo la causa di ulteriori e differenti danni rispetto al bene della vita oggetto di accertamento da parte della P.A.

RAGIONI A SOSTEGNO

- Carattere anodino della norma;
- mancata riproduzione dell'inciso *"indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto"* contenuto, invece, nell'originario disegno di legge Nicolais;
- esplicita previsione della giurisdizione esclusiva del GA al solo fine di evitare dubbi sulla giurisdizione in seguito alle precisazioni della Corte Cost., sent. 204/04;
- natura extracontrattuale della responsabilità della P.A.

Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2018, n.6859 ha ritenuto che *la sussistenza del danno da ritardo non può presumersi iuris tantum, in relazione al mero superamento del termine fissato per l'adozione del provvedimento amministrativo favorevole*, ma il **danneggiato deve provare i presupposti di cui all'art. 2043** c.c. (Conf: Cons. St., sez. V, 14 giugno 2017, n. 2910; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2016, n.1584; Cons. St., Sez. IV, 28 maggio 2013, n. 2899; Tar Lazio, Roma, sez. II *quarter*, 23 marzo 2013, n. 2978).

NOVITÀ INTRODOTTE DALL'ART. 28, D. LGS. 21 GIUGNO 2013, N. 69 (c.d. Decreto del fare) convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98:

Introduzione del comma 1 *bis* - che si aggiunge all'art. 2 *bis* l. n. 241/90 – il quale prevede che il soggetto che abbia inutilmente presentato una istanza all'amministrazione, in relazione alla quale sussiste l'obbligo di pronunciare (con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici), può chiedere, a titolo di indennizzo per il "*mero*" ritardo una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo (per un totale comunque non superiore a 2.000 euro) con decorrenza dalla data di scadenza del termine per chiudere il procedimento. Per ottenere l'indennizzo l'istante deve azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 2, comma 9 *bis*, l. n. 241/90 nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Le somme corrisposte a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento.

LA NORMA NON È DI IMMEDIATA APPLICAZIONE

a) ai sensi dell'art. 28, comma 10, l. 241/90 la norma *de qua* si applica in via sperimentale ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività d'impresa iniziati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione;
b) dal tenore del comma 3, dell'art. 28, sembra evincersi che il giudice amministrativo può essere adito solo se il titolare del potere sostitutivo non liquida l'indennizzo.

DISTINZIONE TRA DIRITTO ALL'INDENNIZZO E DIRITTO AL RISARCIMENTO

• Il diritto all'indennizzo è legato al "mero" ritardo, e dunque alla sola inutile scadenza del termine per chiudere il procedimento e prescinde dalla sussistenza di un pregiudizio. Si tratta di un istituto diretto a compensare un comportamento omissivo ma non illecito (art. 2 *bis*, co 1 *bis*, l. 241/90);
• il diritto al risarcimento per danno da ritardo, invece, è legato alla spettanza del provvedimento favorevole, non essendo considerato il tempo esso stesso bene della vita (art. 2 *bis*, comma 1 l. n. 241/90).

Ad Plen n. 5/2018
Ha sostenuto la risarcibilità del danno da ritardo mero, nonostante la novella del 2013: il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, atteso che il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una situazione di incertezza in capo al privato.
CONTRA giurisprudenza successiva che ha ribadito IRRISARCIBILITA' DEL RITARDO MERO.
In tal senso, CdS n. 359/2019 che limita la ricostruzione compiuta dall'Adunanza Plenaria alla natura imprenditoriale del soggetto leso dal ritardo della P.A.

[15] Per un commento si rinvia a M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in GAROFOLI – TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2014.