



N.875/2005

Reg. Dec.

N. 10988 Reg. Ric.

Anno 2003

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso in appello n. 10988 del 2003, proposto dalla società Antognolla, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe La Spina e Stefano Crisci, elettivamente domiciliata in Roma, presso lo studio del secondo, via Parigi 11

c o n t r o

il Comune di Perugia, in persona del Sindaco, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Cartasegna, presso lo stesso elettivamente domiciliato in Roma, via Maria Cristina 8 (studio avv. G.Gobbi)

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria 8 agosto 2003 n. 649

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Perugia;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 ottobre 2004 il Consigliere Filippo Patroni Griffi;

Udito l'Avv. La Spina e l'Avv. Cartasegna;

MA

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame si inserisce nella complessa vicenda contenziosa esistente tra il Comune di Perugia e la società Antognolla, relativa alla realizzazione di un complesso turistico ricettivo in un vasto territorio sito in agro del Comune di Perugia, in località denominata Antognolla, comprendente l'omonimo castello del XII secolo, diversi manufatti e terreni circostanti, per un'estensione complessiva di circa settecento ettari. Il contenzioso, già definito o in corso di definizione con altre sentenze, ha ad oggetto l'apposizione del vincolo paesaggistico sull'area, il diniego di rilascio di titoli edilizi e l'adozione di misure sanzionatorie, pretese risarcitorie avanzate a vario titolo.

Per quanto attiene alla controversia in esame, va detto che il Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria, con sentenza 8 agosto 2003 n. 649, ha respinto il ricorso proposto dalla società Antognolla volto a ottenere la condanna del Comune di Perugia al risarcimento del danno derivante dal ritardo con il quale sono state esaminate alcune istanze della ricorrente aventi ad oggetto il rilascio di titoli edilizi abilitativi.

La sentenza, dopo aver respinto l'eccezione di nullità dell'atto introduttivo per indeterminatezza della *causa petendi* (punto 5.1), non ha esaminato altra eccezione in rito (punto 5.2) e, disattendendo la richiesta di ammissione di consulenza tecnica d'ufficio, ha respinto nel merito il ricorso, delimitando preliminarmente la materia del contendere agli elementi di fatto in causa, esclusi quelli addotti con la memoria del 15 maggio 2003, ritenuti modificativi dell'originaria domanda.

Nel merito dell'impugnazione, il Tribunale amministrativo, nell'aderire espressamente all'orientamento giurisprudenziale che ascrive il cd. danno da ritardo alla fattispecie della responsabilità aquiliana e nel ritenere che il ritardo assuma giuridica rilevanza solo a seguito dell'esperimento dei rimedi volti a formalizzare l'inerzia dell'amministrazione, ha escluso che, nel caso in esame, ricorressero i presupposti della responsabilità : l'elemento oggettivo, a causa della non spettanza del bene della vita, cioè delle concessioni richieste; il nesso di causalità, da provare con riferimento a *specifici* ritardi imputabili all'amministrazione; l'elemento soggettivo, essendo il ritardo giustificabile in relazione all'abnorme numero di istanze, quantificate in sessantuno, presentate dalla ricorrente nell'arco temporale di circa un anno e mezzo.

Avverso la sentenza propone appello la società Antognolla.

A fondamento del gravame, essa deduce che, nella controversia in esame, il danno richiesto è quello subito in conseguenza del mero ritardo nel rilascio del titolo edilizio, indipendentemente dalla spettanza o meno dello stesso, e che tale responsabilità va ascritta, secondo un richiamato orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, alla responsabilità contrattuale cd. da contatto qualificato. Ne consegue che non rileva la spettanza o meno di quanto richiesto con l'istanza amministrativa e che incombe all'amministrazione fornire la prova di non aver potuto adempiere l'obbligazione ; o, quanto meno, che il giudice è tenuto a disporre i mezzi istruttori, peraltro richiesti dalla ricorrente in primo grado, volti ad accertare la verità dei fatti.

Il Comune di Perugia, nel costituirsi, ha riproposto le eccezioni in rito, che assume non esaminate dal primo giudice e, nel confermare il rifiuto del contraddittorio sugli elementi di fatto allegati successivamente all'originario ricorso, ha chiesto la reiezione dell'appello.

All'udienza del 28 ottobre 2004, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. La controversia in esame involge profili giuridici di rilevante portata che possono dar luogo, e in parte hanno dato luogo, a contrasti giurisprudenziali sia per quanto riguarda l'aspetto concernente la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sia per quanto attiene al merito della questione, con specifico riferimento all'individuazione delle modalità in ipotesi necessarie per la configurabilità di una responsabilità civile dell'amministrazione da ritardo nel provvedere nonché dei caratteri del danno risarcibile.

La Sezione ritiene pertanto opportuno rimettere la decisione dell'affare all'Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali di questo Consiglio di Stato, sotto entrambi i profili considerati.

La decisione delle questioni indicate, in linea di diritto, assume carattere logicamente prioritario rispetto all'accertamento in concreto degli elementi costitutivi della responsabilità civile; anzi, la soluzione della questione concernente i profili del merito della controversia, cioè dei termini e delle modalità dell'azione di danni per ritardo nell'emissione di provvedimento, una volta ritenuta la giurisdizione amministrativa, orienta e informa i criteri di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità, sia per quanto attiene ai profili sostanziali sia per quel che concerne gli

aspetti relativi alla prova nel processo (contenuto e ripartizione dell'onere della prova, ambito e autonomia dei poteri istruttori del giudice).

E' vero che parte appellata propone anche una questione preliminare concernente l'inammissibilità del ricorso introduttivo. Come già accennato, infatti, l'amministrazione resistente, in primo grado, ha eccepito la nullità dell'atto introduttivo del giudizio per mancata indicazione della *causa petendi* e ha, altresì, lamentato che i ritardi in ordine ai quali si chiede il risarcimento sono specificati in allegato non notificato. Il Tribunale amministrativo, nel considerare separatamente i due profili sollevati, ha esplicitamente disatteso il primo, mentre non si è pronunciato sul secondo, pur facendo intendere di intravedere elementi di fondatezza, perché ha respinto nel merito la domanda. L'appellante, che non ha gravato con appello incidentale il capo di sentenza concernente la reiezione dell'eccezione di nullità, ripropone in memoria la questione della mancata notificazione, con l'atto introduttivo, dell'allegato contenente l'elenco dei ritardi imputati all'amministrazione.

La Sezione ritiene che, una volta passata in giudicato la statuizione concernente la validità dell'atto introduttivo –esattamente affermata dal primo giudice-, possa essere superata anche la questione riproposta dall'appellato Comune in ordine alla mancata notificazione dell'allegato al ricorso introduttivo, essendo ben possibile che, una volta ritualmente proposta la domanda di danni, la parte possa specificare in corso di giudizio i fatti e le pretese che avanza, senza che ovviamente tale ulteriore allegazione assuma consistenza tale da tradursi in una vera e propria modificazione

della domanda originaria: il che, ad avviso della Sezione, non si verifica nel caso in esame.

D'altra parte, delle due l'una : o si ritiene che l'atto introduttivo sia talmente generico da non consentire alla controparte l'identificazione della domanda, e l'atto sarà nullo; ovvero, una volta ritenuto valido l'atto introduttivo, è possibile, specie in un'azione di danni, consentire la specificazione in corso di causa degli elementi di fatto e di diritto adottati da parte attrice senza modificare sostanzialmente la domanda.

Si tratta, quindi, in definitiva, di questione che richiederà una precisa delimitazione dell'ambito oggettivo del giudizio, la quale potrà essere effettuata solo una volta risolte le questioni sottoposte in linea di principio all'Adunanza plenaria e alla luce delle soluzioni che saranno individuate.

3. Il primo aspetto problematico che la controversia presenta attiene alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

3.1 La problematica del riparto di giurisdizione tra i due diversi Ordini deve muovere dalla riforma attuata dalla legge n. 205 del del 2000, come interpretata e corretta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

Non è pertinente, nella presente sede, una disamina di tutte le problematiche conseguenti alla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme di riparto contenute nella legge n. 205, dovendo l'attenzione del Collegio limitarsi agli aspetti incidenti sulla tematica del danno conseguente al ritardo nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, con specifico riferimento alla materia edilizia, cioè del cd. danno da ritardo, oggetto della presente controversia.

3.2 E' noto che la legge n. 205 attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione su ogni aspetto (provvedimenti, atti e comportamenti) concernente la materia dell'edilizia e dell'urbanistica. La sentenza n. 204 dichiara l'illegittimità costituzionale della devoluzione della giurisdizione in materia di comportamenti.

La sentenza della Corte denota, anche nella stringatezza del linguaggio e nella perentorietà di alcune affermazioni, un approccio al problema del riparto di giurisdizione che, al di là di un apparente ritorno a concezioni risalenti in dottrina e giurisprudenza, si risolvono, in realtà, in una significativa e sostanziale rivisitazione, non solo del criterio di riparto posto dalla legge n. 205, ma anche del modello di riparto seguito negli orientamenti tradizionali della dottrina e della giurisprudenza.

I principi enucleabili dall'*iter* argomentativo adottato dalla Corte, cui l'interprete è tenuto a uniformarsi, ad avviso della Sezione, anche al di là dello stretto *dictum* racchiuso nel dispositivo, per la valenza di sistema da riconoscere alle sentenze della Corte costituzionale - e delle altre Corti che svolgano ruoli di «lettura» del sistema e di orientamento delle attività di interpretazione e di applicazione del diritto (Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo)- sembrano essere i seguenti:

a) il riparto di giurisdizione non può fondarsi sul criterio della materia, o meglio dei «blocchi di materia», in quanto il criterio imposto dalla Costituzione è quello della distinzione tra posizioni soggettive, salvi i casi «eccezionali» di giurisdizione esclusiva, in cui peraltro è proprio l'intreccio delle posizioni soggettive e determinare la devoluzione della «materia» al giudice amministrativo ;

b) il risarcimento del danno non costituisce una materia, bensì uno *strumento di tutela ulteriore*, attribuito al giudice amministrativo per rendere piena ed effettiva la tutela dell'interesse legittimo, cui l'articolo 24 riconosce dignità pari al diritto soggettivo ;

c) il superamento della regola del cd. doppio giudizio -che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (superamento, peraltro, introdotto prima della legge n. 205 nel settore degli appalti, di diretta derivazione comunitaria) costituisce, nel pensiero della Corte, «null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.»;

d) la giurisdizione del giudice amministrativo, e quindi quella *annessa* per il risarcimento del danno, sussiste solo nelle fattispecie in cui la pubblica amministrazione agisca quale autorità, nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino dinanzi al giudice amministrativo; in altri termini, vi è giurisdizione amministrativa solo se l'amministrazione, ancorché con forme e strumenti del diritto privato, eserciti un potere amministrativo.

La sentenza della Corte, dunque, come è stato rimarcato in dottrina, individua nel giudice amministrativo il giudice del potere pubblico, sicché è l'inerenza dell'attività contestata all'esercizio di un potere pubblico a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Peraltro, una volta che si radichi la giurisdizione, discende, come univoco corollario, nel pensiero della Corte, che al giudice amministrativo sia devoluto lo strumento ulteriore del risarcimento del danno subito dalla posizione sostanziale -interesse legittimo o,

nelle « particolari » ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche il diritto soggettivo- strumento riguardato in un'ottica tipicamente « rimediale » e « processuale » ,che comporta una significativa rivisitazione del modello risarcitorio condiviso da una parte della dottrina civilistica e dalla prevalente giurisprudenza.

Tale devoluzione realizza quella concentrazione di tutela che, nell'ottica della Corte, costituisce attuazione dell'articolo 24 della Costituzione e che, come sottolineato in dottrina, si arricchisce della logica sottesa al nuovo testo dell'articolo 111 della Costituzione che, nell'assumere a valore costituzionale il principio della ragionevole durata del processo, impone di ricercare soluzioni ordinamentali che semplifichino le forme di tutela, rendendo certa e chiara l'individuazione del giudice e tendenzialmente unitaria la tutela giurisdizionale afferente a una medesima vicenda sostanziale.

3.3 Nel delineato contesto di principio, sembra alla Sezione che la controversia in esame rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Il danno lamentato dall'appellante deriva, in tesi, dal mancato esercizio di un potere autoritativo nei tempi prefigurati da norme di legge (nella specie, articolo 4 della legge n. 493 del 1993, disposizione assurta a principio della materia nel t.u. n. 380 del 2001). Non rileva -se non, caso mai, sul piano del merito della pretesa- la circostanza che, oltre il detto termine, sia intervenuto un provvedimento espresso (di accoglimento dell'istanza o di diniego) ovvero che l'amministrazione continui a serbare un comportamento inerte (mero ritardo): ai fini della giurisdizione rileva piuttosto l'inerenza a un potere di natura autoritativo della mancata emanazione del provvedimento nei tempi prefissati, cioè un ritardo

che assume giuridica rilevanza perché derivante dal mancato tempestivo esercizio del predetto potere.

Non sembra revocabile in dubbio che il rilascio di una concessione edilizia o di un provvedimento di condono o sanatoria costituisca esercizio di un potere autoritativo, non importa in che misura vincolato o discrezionale.

Nessuno dubiterebbe della sussistenza della giurisdizione amministrativa in caso di provvedimento di diniego; né ritiene la Sezione- della conseguente giurisdizione del giudice amministrativo per i danni derivanti dall'illegittimo diniego.

Non sembra allora coerente con il disposto della legge n. 205, come interpretato e corretto dalla sentenza n. 204, ritenere che l'omesso esercizio del potere, e il danno che in tesi ne deriva, debba seguire sorte diversa in punto di giurisdizione.

Il potere delineato dalla norma ha natura autoritativa e l'omesso esercizio del potere -sia che venga sindacato al fine di ottenere il provvedimento sia che se ne lamenti l'illegittimità a fini risarcitorii- costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio (che a sua volta può dar luogo a un provvedimento positivo o negativo), la quale non sembra poter essere trattata alla stregua di un *mero comportamento*, cioè, nell'ottica della Corte, di un *provvedimento svincolato dall'esercizio di un potere autoritativo* (sia in concreto sia in astratto), cui consegue la devoluzione della controversia al giudice ordinario.

In altri termini, non sembra esatto né ragionevole devolvere a giudici diversi controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento espresso, positivo o negativo, e la contestazione dell'omissione o del ritardo nel provvedere. Più in particolare, non

sembra corretto né ragionevole devolvere a giudici diversi il giudizio sul danno conseguente all'illegittimità del provvedimento negativo -del che non sembra possibile dubitare- e il giudizio sul danno da omesso o ritardato provvedimento.

Invero, nella seconda ipotesi, l'interesse legittimo pretensivo attiene alla medesima posizione sostanziale lesa dal provvedimento negativo, riguardata in un diverso momento dell'esercizio del potere ; sicché l'azione per il risarcimento del danno subito non può che essere portata dinanzi al medesimo giudice della situazione sostanziale lesa, per la cui riparazione il rimedio risarcitorio ha carattere strumentale.

D'altra parte, non può escludersi che la parte agisca sia per il rilascio del titolo che per il risarcimento del danno, e, anche in tal caso, appare irragionevolmente violare il principio di concentrazione della tutela ipotizzare che il cittadino debba chiedere il rilascio del titolo al giudice amministrativo e il risarcimento del danno al giudice ordinario : in realtà, si è in presenza di un concorso di azioni attinenti alla medesima posizione sostanziale, che inerisce a un potere amministrativo di natura autoritativa ; potrà discutersi su presupposti di esperibilità delle azioni (in termini di pregiudizialità, di alternatività o di cumulabilità), ma dinanzi allo stesso giudice competente a sindacare quel potere autoritativo.

A non diverse conclusioni sembra doversi pervenire anche qualora il danno sia configurato -nella prospettiva azionata dall'appellante- come mero danno da ritardo, correlato a quella specie di interessi aventi natura strumentale o meglio procedimentale. Anche in tale prospettiva, infatti, sembra sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo sia che si valorizzi la natura della posizione giuridica

fatta valere, per l'appunto l'interesse legittimo al corretto svolgimento e al rispetto dei tempi del procedimento, sia che si rimarchi l'inerenza della condotta di cui si assume l'illiceità – violazione dei termini del procedimento e, più in generale, del dovere di correttezza- all'esercizio di un potere di tipo autoritativo da parte dell'amministrazione. Soprattutto, ancora una volta, la logica della concentrazione della tutela innanzi al medesimo giudice –che costituisce attuazione del disposto costituzionale di cui agli articoli 24 e 111- non consente di ritagliare, nell'ambito della medesima vicenda sostanziale, spicchi di tutela in relazione ad azioni proponibili dinanzi a giudici diversi, costringendo il cittadino non solo a promuovere distinti giudizi ma a frazionare le proprie istanze di tutela, che possono presentare margini di alternatività, dinanzi a diversi giudici. Con la conseguenza che lo stesso concetto di consequenzialità –come rilevato in dottrina- deve essere riguardato non tanto in relazione alla pronuncia giurisdizionale di annullamento, ma piuttosto come concetto interno alla giurisdizione, nel senso che la lesione di cui si chiede il ristoro può essere conseguenza, oltre che di un provvedimento, di una condotta strettamente inerente all'esercizio di un potere di natura autoritativa.

In definitiva, il limite alla giurisdizione del giudice amministrativo – enucleato dalla giurisprudenza in tema di giudizio sul silenzio (IV, 21 agosto 2003 n. 4685 17 giugno 2003 n. 3408)- è costituito dall'estraneità della pretesa rimasta priva di risposta al rapporto su cui il giudice amministrativo è fornito di giurisdizione, cioè dalla sua estraneità all'ambito di esplicazione di potestà pubblicistiche.

Ritiene, in conclusione, la Sezione che la presente controversia rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo.

4. Più complessa la questione attinente ai presupposti, sostanziali e processuali, dell'azione risarcitoria *de qua agitur*.

Rimane fuori dalla tematica in esame la fattispecie del danno conseguente a illegittimo diniego di concessione edilizia: in tale fattispecie il provvedimento esiste e il risarcimento per equivalente gioca come tutela complementare che si accompagna alla tutela *stricto sensu* in forma specifica conseguente all'annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego ovvero, se ne ricorrano i presupposti, alla reintegrazione in forma specifica, qualora il grado di vincolatezza inerente all'esercizio del potere consenta e consigli al privato il ricorso a tale forma di azione risarcitoria, che in qualche modo anticipa alla fase della cognizione i contenuti della riedizione del potere amministrativo.

4.1 La fattispecie qui considerata è quella in cui sia fatta valere la mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti dall'ordinamento, indipendentemente dal suo contenuto. E ciò che occorre stabilire è se e in che limiti, oltre che a quali condizioni, l'interesse procedimentale al rispetto dei tempi del procedimento possa ricevere, oltre che una tutela sul piano dei rimedi strettamente processuali (per esempio, in sede cautelare e di azione avverso il silenzio) una tutela risarcitoria per equivalente.

Possono distinguersi tre ipotesi, incentrate, le prime due, sul provvedimento tardivo rispetto ai tempi procedurali, la terza sul rifiuto di provvedere:

- a) : il pregiudizio lamentato consiste nel ritardo con cui la stessa amministrazione ha emanato il provvedimento

richiesto: in tale ipotesi, il danno risarcito è quello subito per aver avuto in ritardo il bene della vita cui si aveva titolo;

b) il pregiudizio lamentato consiste nel danno prodottosi *medio tempore* tra l'annullamento del diniego di provvedimento per motivi formali e la riedizione del potere amministrativo conseguente all'annullamento, che conduca al rilascio del provvedimento richiesto: la situazione è analoga alla precedente, in quanto comunque il danno risarcito è quello derivante dal ritardo con il quale è stato conseguito il bene della vita cui si aveva titolo ;

c) il pregiudizio lamentato consiste nel fatto che l'amministrazione: c1) non emani alcun provvedimento, ovvero c2) emani un provvedimento negativo, ma in ritardo; anche in quest'ultimo caso, peraltro, il danno lamentato non consiste nell'illegittimo diniego del bene della vita (che andrebbe impugnato), bensì nell'aver provveduto in ritardo, con ciò solo causando un danno al privato.

4.2 Si pone ora il primo problema, comune alle tre ipotesi, delle modalità per far valere il diritto al risarcimento del danno; per la terza ipotesi, che ricorre nella controversia in esame, si pone peraltro, a monte, il problema del danno risarcibile in relazione alla natura dell'interesse legittimo fatto valere.

Con riguardo alle prime due ipotesi, la Sezione ritiene che non si pongano speciali problemi; in particolare non si pone un problema di pregiudizialità tra giudizio di impugnazione e giudizio risarcitorio e nemmeno la necessità della previa diffida.

La diffida serve a qualificare un'inerzia cui l'ordinamento non riconnetta un particolare significato. Orbene, nel caso di tempi

procedimentali fissati normativamente (per legge o in sede di regolamenti adottati ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 o in altra fonte normativa idonea), l'inerzia protratta oltre il termine è già qualificata, sicché non si giustifica, ad avviso della Sezione, la necessità di una diffida, con lo scopo, peraltro già conseguito dall'ordinamento, di qualificare come illegittima l'inerzia. A maggior ragione non si pone, nelle indicate ipotesi, l'esigenza di ricorrere al giudizio volto a far dichiarare l'illegittimità del silenzio al fine di ottenere il risarcimento del danno da ritardo nel provvedere : le due azioni (per l'illegittimità del silenzio e per il risarcimento) si pongono su distinti piani di tutela, essendo la prima diretta a ottenere la pronuncia dell'amministrazione e la seconda il ristoro del danno subito per il ritardo con cui quella pronuncia, a contenuto positivo, è stata emessa. Si potrà forse, sul piano della quantificazione del danno, considerare il comportamento del privato che non si è avvalso degli strumenti acceleratori a sua disposizione nella fase in cui l'amministrazione è rimasta inerte, ma sembra davvero eccessivo far discendere l'*an* del risarcimento dal previo esperimento della procedura del silenzio, configurando una sorta di pregiudizialità dell'annullamento del silenzio rispetto al risarcimento del danno da ritardo che appare alla Sezione inutilmente aggravare la posizione soggettiva del privato in fattispecie che non è riconducibile a quelle cui si riferisce la tematica della pregiudizialità dell'annullamento.

4.3 La terza ipotesi, che riguarda la controversia in esame, concerne il caso in cui l'amministrazione non provveda o provveda (in senso negativo) in ritardo.

Il problema da risolvere, in questa fattispecie, è se sia risarcibile il mero danno da ritardo; cioè, se sia risarcibile oggettivamente il danno subito dal privato in conseguenza dell'inerzia protratta dall'amministrazione oltre un certo termine, normativamente prefissato.

Esulano dalla tematica in esame quella concernente il danno da «disturbo» nell'esercizio di facoltà dominicali (VI, dec. n. 1261 del 2004) e, pur presentando innegabili punti di contatto (v., per esempio, V, 8 luglio 2002 n. 3796 e, soprattutto, VI, n. 1945 del 2003), quella concernente la cd. perdita di *chance* nelle procedure a evidenza pubblica, con particolare riferimento alla individuazione del danno risarcibile per equivalente (che la giurisprudenza tende a posporre all'esito del rinnovo del procedimento annullato: VI, 18 dicembre 2001 n. 6281 e 14 gennaio 2002 n. 157; IV, 10 agosto 2004 n. 5500), in quanto, nel primo caso, il danno è pur sempre correlato a condotte o provvedimenti formali e quindi inerisce a un interesse oppositivo (dec. n. 1261 del 2004, cit.), nel secondo caso il problema va valutato nella diversa ottica del rapporto tra tutela per equivalente e reintegrazione in forma specifica.

5. La giurisprudenza in tema di danno da ritardo appare divisa su un punto centrale: se il danno sia risarcibile o meno indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, cioè indipendentemente dal fatto che il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento richiesto. Posta la questione da un'altra prospettiva: è sufficiente la mera violazione di obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento del procedimento –nella specie, il mancato rispetto dei tempi del procedimento- a fondare un titolo risarcitorio?

La questione compare in giurisprudenza riferita al controverso dibattito sulla natura extracontrattuale o contrattuale (da contatto) della responsabilità della pubblica amministrazione.

Non è utile, ai fini della presente decisione, porre la questione in siffatti termini astratti, anche per le incertezze che, in dottrina come in giurisprudenza, circondano la figura della responsabilità da contatto.

5.1 E' utile tuttavia ricordare che un cospicuo orientamento giurisprudenziale, nel delineare una responsabilità dell'amministrazione da contatto qualificato (Cass. 10 gennaio 2003 n. 157; Cons. Stato VI, 20 gennaio 2003 n. 204 e 15 aprile 2003 n. 1945), ha posto in rilievo come, nel nuovo modello di azione amministrativa introdotto dalla legge n. 241, possano assumere rilevanza autonoma, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita, posizioni soggettive di natura strumentale che mirano a disciplinare il *procedimento* amministrativo secondo criteri di correttezza, idonei a ingenerare, con l'affidamento del privato, «un'aspettativa qualificata» al rispetto di queste regole (che non sono riguardate -come vorrebbe una dottrina- alla stregua di «norme neutre», inidonee a radicare posizioni soggettive), con la conseguenza che «la selezione degli interessi giuridicamente rilevanti non può essere effettuata con riguardo al solo bene finale idealmente conseguibile» (Cass. n. 157 del 2003, citata); sicché il privato ha titolo a una risposta certa e tempestiva a prescindere dal contenuto della stessa.

In altri termini, in tale prospettiva, sarebbe enucleabile dal novero degli interessi pretensivi, e piuttosto *accanto* a essi, un ambito di interessi procedurali, la cui violazione integrerebbe un titolo di

responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita. A tale categoria di interessi procedimentali sarebbe ascrivibile il danno da ritardo, sicché il privato ha titolo ad agire per il risarcimento del danno subito in conseguenza della mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti; e indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto di tale provvedimento.

5.2 Secondo un altro orientamento - che è condiviso dal primo giudice e che è prevalente nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi- il danno da ritardo è risarcibile solo se il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento finale, se cioè gli spetti il « bene della vita ».

Tale indirizzo giurisprudenziale si divide sul successivo problema dell'accertamento di tale spettanza: secondo una tesi, il titolo andrebbe accertato azionando il procedimento del silenzio e sindacando il successivo diniego espresso; secondo un'altra tesi, il giudice, adito in sede risarcitoria, dovrebbe effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo, ai soli fini del risarcimento.

L'orientamento in parola si rinviene nella giurisprudenza sia di questo Consiglio di Stato sia della Corte di cassazione.

La nota sentenza a Sezioni unite n. 500 del 1999, muovendo dall'assunto per cui la lesione dell'interesse legittimo possa essere risarcita solo quando implichi anche una lesione del «bene della vita», pone, per quanto qui rileva, una netta distinzione tra interessi legittimi oppositivi e interessi legittimi pretensivi, affermando, in relazione ai secondi, che il risarcimento possa essere ammesso solo quando la pretesa del cittadino sia destinata « secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole ».

Una siffatta tesi -condivisa da questo Consiglio nella decisione V, 18 novembre 2002 n. 6389- ha il pregio di definire l'ambito degli interessi legittimi risarcibili, esaltando la valenza dell'utilità finale cui mira il privato, in quanto correlata al bene della vita: nessun risarcimento può essere riconosciuto se il cittadino non aveva titolo a quel provvedimento del cui ritardo nell'emanazione si duole.

Se però il danno risarcibile negli interessi pretensivi è il ritardo necessariamente riferito al conseguimento del bene della vita cui si aveva titolo, è giocoforza ritenere che: se il bene della vita sia stato espressamente negato per motivi formali e comunque si sia in presenza, pur dopo l'annullamento del diniego, di discrezionalità amministrativa, un danno da ritardo può delinarsi solo a seguito della riedizione del potere amministrativo che riconosca la spettanza del bene della vita ovvero del reiterato annullamento in sede giurisdizionale del diniego, sì da eliminare progressivamente i margini di discrezionalità dell'amministrazione; se, per converso, il bene della vita non è negato, perché l'amministrazione semplicemente omette di provvedere, la tutela risarcitoria sarà necessariamente legata a un meccanismo processuale che consenta di collegare la pretesa risarcitoria alla spettanza dell'utilità finale. Ciò è possibile -come si è accennato- o mediante il ricorso a un giudizio prognostico di tale spettanza ai soli fini del danno ovvero utilizzando il giudizio contro il silenzio al fine di provocare una pronuncia dell'amministrazione.

La prima via incontra l'oggettiva difficoltà, e forse anche l'inammissibilità, di effettuare una proiezione prognostica in campi solitamente permeati da discrezionalità amministrativa, sì da

ridurre la risarcibilità del danno da ritardo alle sole ipotesi, invero marginali, di attività totalmente vincolata.

La seconda via impone, ai fini della individuazione di un ritardo nel provvedere giuridicamente risarcibile, l'utilizzazione del meccanismo del silenzio.

Su un parzialmente diverso piano problematico, sembra muoversi la Corte di cassazione in una sentenza (Cass. 26 settembre 2003 n. 14333), nella quale -richiamando anche Cons. Stato, IV, 27 dicembre 2001 n. 6415- si afferma che la situazione di incertezza derivante dal mancato esercizio di una potestà amministrativa (nella specie, obbligo di ripianificazione di un'area) può costituire titolo al risarcimento del danno «solo all'esito di un accertamento giudiziale dell'inadempimento all'obbligo di ripianificazione cui il proprietario dell'area dimostri di avere specifico interesse attivando la procedura di *annullamento del silenzio*». Peraltro, la sentenza della Suprema Corte sembra ritenere sufficiente, ai fini della configurabilità di un danno risarcibile, il mero accertamento dell'illegittimità del silenzio, e non anche della spettanza del bene della vita, laddove afferma che «solo in caso di persistente inerzia successiva alla tipizzazione del silenzio, potrebbe verificarsi un fatto lesivo commisurabile agli obblighi di correttezza e buona fede che i nuovi principi in tema di responsabilità amministrativa esigono nel momento in cui si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione un contatto qualificato».

5.2 La tesi da ultimo esposta, pur con le aperture presenti nella sentenza da ultimo richiamata, presenta, ad avviso della Sezione, dei profili di criticità.

Innanzitutto va rilevato che tale tesi in realtà esclude in radice un danno da mero ritardo ; in altri termini, essa esclude che la violazione di obblighi procedurali possa dar luogo a una situazione astrattamente risarcibile. Dove si ammette il risarcimento, invero, si risarcisce la lesione collegata al mancato godimento del bene della vita nel tempo occorso per conseguirlo (ovvero per non averlo conseguito pur avendone titolo). E' estraneo all'area della risarcibilità ogni danno rapportato al fatto che illegittimamente sia trascorso un periodo di tempo senza che l'amministrazione si sia pronunciata.

Di conseguenza, la tesi esposta sembra, in primo luogo, obliterare del tutto fattispecie di non corretto svolgimento del procedimento che sono effettivamente idonee a causare al cittadino danni economici e che i principi generali in materia di procedimento amministrativo non consentono di ritenere del tutto irrilevanti.

Occorre piuttosto procedere a una selezione degli interessi procedurali, individuando quelli che possono dar luogo a mere situazioni strumentali, da far valere come tali in sede di impugnazione del provvedimento (si pensi alle situazioni riconducibili alla partecipazione procedimentale) e quelli che invece possono costituire, se lesi, oggetto di danno risarcibile, *in quanto rappresentano essi stessi un «bene della vita» ritenuto dall'ordinamento meritevole di autonoma protezione.*

Tra questi interessi procedurali potrebbe essere annoverato proprio e significativamente l'interesse allo svolgimento dell'azione amministrativa in tempi certi. L'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra -nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del cd. rapporto

amministrativo- essere interesse meritevole di tutela in sè considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo, che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale, ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione a un'istanza rivolta all'amministrazione.

5.3 Altro punto critico della tesi in rassegna, ad avviso della Sezione, è che essa sembra utilizzare il giudizio sul silenzio, nella forma introdotta dalla legge n. 205 del 2000, in un contesto che non appare appropriato.

Il rito del silenzio delineato all'articolo 21bis della legge n. 1034 del 1971 (introdotto dall'articolo 2 della legge n. 205 del 2000) -alla luce di quanto ritenuto dall' Adunanza plenaria nella decisione 9 gennaio 2002 n.1- è sì finalizzato al mero accertamento dell'illegittimità del silenzio e al conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedere, ma tale accertamento è strettamente correlato al conseguente ordine di provvedere impartito all'amministrazione in caso di accoglimento del ricorso, ordine la cui inottemperanza è sanzionata dalla nomina del commissario perché provveda in luogo dell'amministrazione medesima.

L'intero meccanismo processuale è finalizzato dunque a ottenere dall'amministrazione un provvedimento e quindi, in definitiva, l'utilità finale; sicché non appare coerente con la *ratio* dell'istituto imporre di ricorrere a esso vuoi al fine di accertare, in prospettiva, la spettanza del bene della vita, vuoi al fine di accertare in via principale l'obbligo di adempimento da utilizzare, in realtà incidentalmente, nel distinto giudizio risarcitorio.

5.4 Infine, la tesi in esame denota un ulteriore elemento di criticità consistente nel non tenere in adeguata considerazione la volontà della parte nella scelta degli strumenti di tutela, siano questi tra loro concorrenti o alternativi.

E' ben possibile -come esattamente rilevato dalla decisione VI, 15 aprile 2003 n. 1945- che la parte chieda il risarcimento del danno pieno, subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita ; ma non può escludersi che la parte, anche per le difficoltà inerenti alla prova della spettanza dell'utilità finale, chieda il risarcimento del diverso danno da mero ritardo, che consegue a una illegittimità procedimentale sintomatica di una modalità comportamentale non improntata alla regola della correttezza. Il principio della domanda assume valenza cardine nelle azioni risarcitorie ed è strettamente correlato al principio dispositivo che informa il processo.

6. Ad avviso della Sezione, è quindi possibile una ricostruzione del danno da ritardo inteso come danno conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento. Tale interesse procedimentale, che si fonda sull'esigenza di certezza nei rapporti tra cittadino e amministrazione -tale valutata positivamente nella norma- riceve tutela distinta e autonoma rispetto alla tutela accordata alla utilità finale perseguita dal cittadino richiedente e conseguibile all'esito (positivo) del procedimento ed è ascrivibile a un più generale dovere di correttezza procedimentale posto a carico dell'amministrazione nell'esercizio di pubbliche potestà, cui è correlata la tutela dell'affidamento del cittadino che viene a « contatto » con l'amministrazione.

Il carattere autonomo della violazione del dovere di correttezza - che è conseguenza diretta della crescente rilevanza del valore della "certezza" nelle relazioni giuridiche- porta a escludere, ad avviso della Sezione, che l'inadempimento nei termini all'obbligo di provvedere debba essere azionato con il meccanismo del silenzio; tale meccanismo serve al privato per ottenere l'utilità finale, cioè il provvedimento richiesto, ma non appare necessario nell'economia dell'azione risarcitoria né ai fini della qualificazione dell'inerzia -che è considerata *contra ius* dalla stessa norma che pone il termine- né per accertare la spettanza dell'utilità finale, che non rileva.

La violazione del dovere di correttezza, nella specie la violazione dei termini del procedimento, genera una lesione che, attesa la natura della violazione e della responsabilità che ne consegue, sembra ascrivibile a una responsabilità precontrattuale, regolata e riconosciuta nel diritto comune anche al di fuori dello stretto ambito della trattativa precontrattuale, cui originariamente era riferita. Tale responsabilità è ricondotta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione all'ambito della responsabilità aquiliana (da ultimo, Cass. 5 agosto 2004 n. 15040), anche se in dottrina sono stati sottolineati gli elementi di peculiarità che tale responsabilità presenta, specie se riferita alla manifestazione di potestà pubblicistiche.

Il danno risarcibile non potrà, ovviamente, essere quello che discende dalla mancata emanazione del provvedimento, ma solo quello che sia derivato al privato dalla situazione di incertezza protratta oltre il termine, in altri termini ciò che si definisce l'interesse negativo.

Secondo i principi, infine, l'affermazione di responsabilità richiede l'accertamento della colpa, sia pure desunta da presunzioni.

7. All'esame nel merito della presente controversia si potrà addivenire solo se l'Adunanza plenaria fornirà alle questioni prospettate -in punto di giurisdizione e di risarcibilità del danno da mero ritardo- una soluzione positiva ; e alla stregua della impostazione seguita potrà essere valutata, anche per ciò che concerne il regime della prova del danno, la domanda dell'appellante, la quale, ad avviso della Sezione, contrariamente a quanto sembra ritenere il Tribunale amministrativo, non è volta univocamente al ristoro del danno pieno, subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita (pag. 10 della sentenza), ma mira sicuramente al risarcimento dei danni che assume esserle derivati dalla protratta pendenza delle pratiche edilizie oltre i termini previsti dalla legge (pag. 2 e 3 del ricorso introduttivo).

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, rimette il ricorso all'Adunanza plenaria delle Sezioni giurisdizionali, ai sensi dell'articolo 45 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

Così deciso in Roma, addì 28 ottobre 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - riunito in camera di consiglio con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta	Presidente
Filippo Patroni Griffi	Consigliere estensore
Anna Leoni	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere
Eugenio Mele	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi	Gaetano Trotta

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

7/03/2005

(art. 55, L. 27.4.1982, 186)

per Il Dirigente
dott. Giuseppe Testa