



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

a cura di Maria Laura Maddalena, aggiornata al 31 dicembre 2018 da
Vincenzo Neri

IL DANNO DA RITARDO

SOMMARIO: §1. La disciplina del danno da ritardo: dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 al codice del processo amministrativo. 1.2 - Il bene della vita. §2. Le prime aperture della giurisprudenza amministrativa sul danno da ritardo mero. §3. Lo stato attuale della giurisprudenza. 3.1. La risarcibilità del danno da ritardo mero: un principio solo in parte acquisito dalla giurisprudenza. 3.2. L'onere della prova e la possibilità di ricorrere alla liquidazione equitativa. 3.3. Recenti orientamenti sulla possibilità di trattare la domanda risarcitoria in camera di consiglio, congiuntamente alla domanda di cui all'art. 117 c.p.a. 3.4. La determinazione dei danni risarcibili.

§1 - La disciplina del danno da ritardo: dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 al codice del processo amministrativo.

L'articolo 2 bis della l. 241/90, introdotto, nella sua versione originaria, dall'art. 7 della l. 18 giugno 2009, n. 69, ha fornito per la prima volta un fondamento normativo al c.d. danno da ritardo, figura già da tempo conosciuta dalla giurisprudenza amministrativa.

Va preliminarmente chiarito che alla categoria del danno da ritardo possono essere ricondotte tre ipotesi: a) l'adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole per il privato interessato;

b) l'adozione di un provvedimento favorevole ma tardivo; c) la mera inerzia e cioè la mancata adozione del provvedimento.

Mentre per l'ipotesi sub b), la risarcibilità del danno da ritardo sostanzialmente coincide con il risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo, riconosciuta sin dalla famosa sent. n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione, le restanti ipotesi, ovvero la risarcibilità

del danno cagionato dal ritardo nella emanazione di un provvedimento a contenuto sfavorevole per il privato, nonché dalla mera inerzia nel provvedere senza previo accertamento della spettanza del bene finale della vita richiesto, hanno fatto grande fatica ad essere riconosciute come fonti di danno risarcibili da parte della giurisprudenza e solo molto di recente, come si vedrà, vi sono state in giurisprudenza significative aperture.

Come è noto, l'**Adunanza Plenaria n. 7 del 2005**, dopo aver affermato come l'ordinamento può apprestare vari strumenti per garantire il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa, mediante misure di carattere punitivo, disciplinare o indennitario, 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 aperture¹. Il danno da ritardo, nella ricostruzione della Plenaria, altro non è che la forma con cui si risarcisce la lesione dell'interesse pretensivo, e presuppone pertanto che si accerti - giudizialmente o grazie alla attività amministrativa successiva - che al privato spetti il bene della vita richiesto.

Un'apertura verso la tesi della risarcibilità del danno da ritardo mero (ovvero a prescindere dall'accertamento della spettanza del bene della vita finale) era stata effettuata in precedenza da **Consiglio sez. VI, sent. 15 aprile 2003, n. 1945**, laddove si era ammesso che la responsabilità potesse sanzionare anche l'inadempimento di quel generico dovere sorto in relazione al "contatto procedimentale", cosicché il danno potesse consistere nelle perdite economiche subite in conseguenza della scorrettezza del comportamento tenuto dalla amministrazione a prescindere dalla spettanza del bene della vita.

In quella pronuncia, tuttavia, si era anche chiarito che spetta al privato scegliere, nella domanda, come impostare la controversia e decidere cioè se chiedere, oltre o in alternativa al ristoro del pregiudizio derivante dalla perdita del bene finale, anche i danni derivanti dal comportamento scorretto.

Successivamente, il **Consiglio di Stato sez. IV - sentenza 29 gennaio 2008 n. 248** ha ribadito tale principio della necessità per l'istante di impostare la pretesa risarcitoria in termini di danno da mero ritardo, in

¹ 1 Cons. St., ord. 7 marzo 2005, n. 875 secondo cui "l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra ... essere interesse meritevole di tutela in sé considerato.

aggiunta o in alternativa alla richiesta di risarcimento del mancato conseguimento del bene della vita richiesto. Giacché nel caso di specie ciò non era stato fatto, il Consiglio ha ritenuto di non poter prendere esplicitamente una posizione favorevole all'ammissibilità del risarcimento del mero ritardo, lasciando tuttavia intendere che una tale opzione poteva essere percorribile.

In questo quadro è intervenuta la l. 69/2009 che ha introdotto l'art. 2 bis.

Secondo la prevalente opinione dei commentatori², l'innovazione normativa, pur avendo risolto alcune delle questioni che erano state oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale (quali ad es. la questione della giurisdizione, oggi chiaramente spettante in sede di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, o la questione della natura della responsabilità per danno da ritardo, che la norma tende a configurare come responsabilità extracontrattuale), non aveva fornito una indicazione chiara³ a favore della risarcibilità del c.d. danno da mero ritardo, rinviando la questione alla interpretazione giurisprudenziale.

La prima giurisprudenza successiva alla entrata in vigore dell'art. 2 bis ha dunque continuato a seguire il suo precedente orientamento restrittivo, sostenendo che la novella aveva soltanto tipizzato la controversa figura del danno da ritardo, senza tuttavia parlare di danno da ritardo mero⁴. Si affermava pertanto che, anche dopo la novella legislativa di cui alla l. 19 giugno 2009 n. 69, non poteva prescindere alla spettanza del bene vita per poter riconoscere una tutela risarcitoria al danno da ritardo dell'azione amministrativa⁵.

Per ottenere un ampliamento della fattispecie di responsabilità prevista dall'art. 2 bis si è dovuto attendere fino al 2014, anno in cui il Consiglio di Stato, con la sentenza 5600 del 2014, ha di fatto superato l'orientamento dell'adunanza plenaria n.7/2005 prevedendo la possibilità di ottenere un risarcimento per danno da ritardo mero. La

² 2 S. TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, in *Guida dir.*, nr. 27/2009, 49. D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Roma, 2009, 22.

³ In A. SAVATTERI, *Danno da ritardo - il risarcimento del danno per il ritardo nel rilascio del permesso di costruire*, *Giur. It.*, 2016, 2, 440 (nota a sentenza) "[...]perplexità sulla chiarezza della norma e prudenza nella valutazione della sua futura applicazione che si sono rivelate fondate. La giurisprudenza, se da un lato ha decisamente recepito (e rinnovato) la qualificazione del diritto all'osservanza del termine quale bene della vita, dall'altro non ha certamente ancora assimilato la risarcibilità del ritardo anche in caso di provvedimento sfavorevole".

⁴ 3 Consiglio Stato, sez. VI, 06 aprile 2010, n. 1913.

⁵ 4 T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582

novità di questa pronuncia è costituita dall'affermazione che l'interesse tutelato dall'ordinamento “non è tanto quello connesso al rilascio di un provvedimento amministrativo, quanto quello legato al necessario rispetto dei termini di conclusione del procedimento”⁶; il rispetto dei termini procedurali viene elevato quindi a interesse legittimo e, in quanto tale, una sua eventuale lesione da parte dell'amministrazione configura ovviamente un danno ingiusto meritevole di essere risarcito.

Con la codificazione del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010, d'ora in avanti c.p.a.), sono state apportate all'articolo 2 bis della l. 241/90 alcune significative modifiche, finalizzate al coordinamento della disciplina nell'ambito delle azioni di condanna dinanzi al giudice amministrativo, e affrontati e risolti altri nodi problematici.

E' stata infatti definitivamente superata la questione della pregiudizialità amministrativa. Inoltre, la nuova disciplina dell'azione di condanna di cui all'art. 30 c.p.a., sostituendo il termine di prescrizione quinquennale con il termine di decadenza di 120 giorni, ha fatto venir meno anche tutta la problematica, in passato esaminata dalla giurisprudenza, relativa al termine di decorrenza della prescrizione quinquennale. La stessa norma, tuttavia, ha aggiunto che il termine inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine di provvedere. Si tratta peraltro dello stesso termine previsto per l'esperibilità dell'azione di cui all'art. 117 c.p.a. avverso il silenzio (art. 31, comma 2).

A proposito della natura extracontrattuale della responsabilità del danno da ritardo si noti che la lettera dell'art. 30, comma 4 parla di “risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza, dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento” con ciò sottolineando in primo luogo che il danno è meramente eventuale, ovvero non è risarcibile *in re ipsa* il mero superamento del termine di conclusione del procedimento ma occorre la prova di un effettivo danno conseguente alla violazione delle norme sulla conclusione del procedimento e che detta prova deve essere fornita dal danneggiato.

Va rilevato infine che l'art. 117, comma 6, c.p.a. prevede che, qualora l'azione di risarcimento del danno da ritardo sia proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio, tipico caso cumulo di azioni, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

⁶ S.SCREPANTI, “Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale - il commento”, *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 3, 378

A differenza della giurisprudenza precedente⁷ che prevedeva la possibilità per il giudice, in caso di cumulo delle domande, di decidere con rito camerale l'azione avverso il silenzio senza l'obbligo di conversione obbligatoria del rito, rinviando tuttavia al rito ordinario la trattazione della domanda risarcitoria, il **Consiglio di stato Sez. V, 5/12/2013, n. 5798**, ha stabilito l'ammissibilità della trattazione congiunta delle due domande in camera di consiglio, a patto che ne sia dato preventivo avviso alle parti, pena la violazione del diritto di difesa. Come affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa successiva⁸ infatti il comma 6 dell'art. 117 *"attribuisce al giudicante la facoltà di decidere separatamente le due azioni, ciascuna con il proprio rito, ovvero disporre che l'intero giudizio venga trattato in udienza pubblica o in camera di consiglio"*. La possibilità di rinviare a decisione con rito ordinario l'azione risarcitoria infatti, sarebbe solo una facoltà e non un obbligo, di conseguenza *"la norma in esame va interpretata nel senso che non obbliga il giudice alla conversione del rito, ma quest'ultima opzione è solo una facoltà discrezionale dell'organo giudicante in funzione della maggiore o minore complessità delle questioni risarcitorie introdotte con il ricorso ex art. 117 c.p.a."*. Tale lettura è stata avallata anche da parte della dottrina⁹, che ha interpretato la norma valorizzando il termine "può" nel senso di attribuire alla discrezionalità del giudice la possibilità di decidere se trattare della domanda risarcitoria con il rito speciale o ordinario¹⁰. Gran parte della giurisprudenza e delle dottrina tuttavia, come in passato, continua però a sostenere che la domanda risarcitoria sia incompatibile con il giudizio a rito speciale sul silenzio-rifiuto, in quanto, per ragioni di specialità e speditezza, si svolge con rito camerale, per cui non risulta compatibile con una domanda cognitoria quale l'azione di risarcimento del danno e tuttavia, anziché dichiararne l'inammissibilità, si consente di esaminarla rimettendo a ruolo la causa per la trattazione

⁷ Consiglio Stato n. 1739 del 2011; n.3844, 3845, 3846 e 3847 del 2012.

⁸ TAR Calabria, n. 1177/2018; T.A.R. Campania Napoli -2016, n. 4131; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, n. 58 del 2014; TAR, Campania, Napoli, n. 4131 del 2016.

⁹ In tal senso M.A.SANDULLI, in *Il Codice del Processo Amministrativo nel secondo correttivo tra novità formali e sostanziali*, in www.norma.it *"Si lascia al g.a. il potere di valutare se l'istanza risarcitoria possa essere immediatamente decisa, ovvero se sia opportuna una più approfondita disamina dei profili controversi, da svolgersi mediante il rito ordinario. Pur auspicando un intervento correttivo in tal senso, il fatto che esso non sia stato effettuato neppure in sede di secondo decreto correttivo induce a mio avviso ad escludere la possibilità di ricorrere ad un'interpretazione estensiva, costringendo ad utilizzare il rito sul silenzio anche per l'azione di condanna: strada che peraltro avrebbe il vantaggio di una definizione sollecita della controversia e di una maggiore prudenza del giudice nel sostituirsi all'amministrazione"*.

¹⁰ 5 (v. G. MARI, op. cit., 296 e V. Lopilato, commento all'art. 117 c.p.a., in V. Lopilato e A. Quaranta (a cura di) *Il Processo amministrativo*, cit.. 948; F.Caringella –M. Protto *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 1056.

in udienza pubblica .

Secondo una più argomentata tesi, invece, sarebbero possibili solo due alternative: che il collegio decida con sentenza non definitiva sul silenzio, rinviando poi, previa conversione del rito, la domanda risarcitoria di una successiva udienza pubblica, oppure che vengano entrambe le azioni trattate in udienza pubblica. Sarebbe invece impossibile trattare entrambe le azioni con il rito camerale, essendo a ciò di ostacolo la lettera della legge e le peculiarità del giudizio in camera di consiglio¹¹. Il codice del processo amministrativo, invece, non ha espressamente affrontato il problema della risarcibilità del danno da ritardo mero, anche se i commentatori hanno tratto dalle innovazioni legislative degli spunti a sostegno della tesi della sua ammissibilità.

1.2 - Il bene della vita.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la nota sentenza 500 del 1999, hanno affermato per la prima volta la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi senza tuttavia affermarne una indiscriminata risarcibilità, ma stilando “una sorta di vademecum cui il giudice di merito deve attenersi per risarcire il danno”¹². Per la configurabilità del risarcimento infatti non è sufficiente che la pubblica amministrazione, da intendersi come apparato e non come singolo funzionario, abbia operato illegittimamente determinando una lesione di un interesse legittimo del privato, ma è necessario che tale condotta illecita abbia arrecato un pregiudizio all’interesse al bene della vita cui l’interesse legittimo immediatamente si ricollega e che “il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell’ordinamento positivo”. Per la Corte di Cassazione, ai fini della valutazione della meritevolezza della tutela è indispensabile effettuare un giudizio prognostico mediante il quale stabilire se l’istanza del privato sia fondata oppure no; solo nel primo caso si è in presenza di un legittimo affidamento circa la conclusione positiva del procedimento, da considerare come una situazione giuridicamente protetta, nel secondo invece, il privato è titolare di una mera aspettativa, in quanto tale non tutelabile.

“Non v’è dubbio che la sentenza in questione, oltre a rendere necessaria la riforma avviata con la legge 21 luglio 2000 n. 205, ha notevolmente influenzato sia la giurisprudenza ordinaria, come è naturale, sia la giurisprudenza amministrativa nel

¹¹ E. Quadri, commento art. 117, in R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 1620

¹² V. NERI, “Il bene della vita”, in *Urbanistica e appalti*, Fasc.6, 2018.

frattempo divenuta “competente” per il risarcimento del danno ex articolo 7 l. 6 dicembre 1971 n. 1934 come modificata dalla legge 205”. La giurisprudenza amministrativa, sebbene non in modo non univoco, ha ricondotto la responsabilità della pubblica amministrazione all’interno della responsabilità aquiliana, così come aveva fatto la Cassazione. Inoltre nei medesimi anni, il giudice amministrativo si è pronunciato più volte negando il risarcimento sia in quelle ipotesi in cui in giudizio non si era “raggiunta la prova circa la spettanza del bene della vita al ricorrente” sia in quei casi in cui il danno era da mero ritardo, essendo conseguente alla ritardata adozione di un legittimo provvedimento di diniego.

E’ evidente ormai che la tutela fornita dall’ordinamento al privato contro l’illegittima condotta della PA non sia più solo formale ma sostanziale; numerosi sono stati infatti i segnali in questa direzione come “la possibilità, sempre introdotta dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, di impugnare gli atti connessi con motivi aggiunti nonché la sanatoria (processuale) dei vizi formali introdotta dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 con l’aggiunta dell’articolo 21 octies, comma 2, nella l. 7 agosto 1990 n. 241”, con la quale si impedisce l’annullamento per vizi formali se comunque l’atto adottato non avrebbe potuto avere un contenuto diverso. Il Codice del Processo amministrativo ha inoltre ampliato il novero di azioni proponibili dal privato davanti al Giudice Amministrativo in modo da garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale come ad esempio all’articolo 31, comma 3, c.p.a. in tema di silenzio inadempimento, in cui si afferma ora che il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa e non più solo dell’istanza, passando quindi da una valutazione strettamente legata alla domanda formulata, a una rivolta al “concreto ed effettivo atteggiarsi del rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione”.

L’adunanza plenaria è intervenuta a sua volta su tale tema con la pronuncia n.3 del 2011 ricordando che «l’interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell’azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio».¹³ La stessa Corte

¹³Cons. St.,a.p., 23 marzo 2011 n. 3; F. Cortese, L’Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 962; F.G. Scoca, Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 7, 979; C.E. Gallo, Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice, in *Urbanistica e*

Costituzionale inoltre ha affermato che l'art. 24 della Costituzione assicura agli interessi legittimi le stesse garanzie dei diritti soggettivi per quanto riguarda l'effettività della tutela giuridica che il giudice deve assicurargli. Si può affermare quindi che tutte le novità concretizzatesi fino ad ora sul punto abbiano *“definitivamente spazzato l'idea, prima presente in una parte della dottrina (oltre che della giurisprudenza ordinaria), che l'interesse legittimo sia figlio di un Dio minore o una posizione giuridica “ancillare” rispetto al diritto soggettivo”*.

Sebbene siano state molte le innovazioni positive che tale attenzione al bene della vita ha portato nella sfera giuridica del privato, non sono mancati però anche risvolti negativi che ne hanno ostacolato la tutela, come l'esclusione della risarcibilità nell'ipotesi del danno da mero ritardo affermata dalla Plenaria del 2005 o del risarcimento del danno nei casi di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241. In tale ultima ipotesi infatti l'atto, seppur illegittimo, non può essere fonte di danno risarcibile posto che *“il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”¹⁴*. Il ragionamento sembrerebbe basato sul fatto che *“la sostanziale “giustezza” del provvedimento”*, escluderebbe di per sé una lesione del bene della vita sia, di conseguenza, la necessità di corrispondere un risarcimento.

Nell'ambito del procedimento tra Amministrazione e privato non viene in rilievo solo il bene finale cui il privato aspira con il provvedimento, ma anche una serie di beni intermedi; lo stesso rispetto delle regole formali e procedurali ad esempio può essere considerato un autonomo bene della vita. *“Peraltro una conferma dell'esistenza di un bene diverso rispetto a quello finale si trova all'articolo 2 bis l. 241 cit. ove, contrapponendo l'indennizzo al risarcimento, risulta palese l'esistenza di un bene – il rispetto dei tempi del procedimento – e di una lesione diversi dal bene finale cui il privato aspira”¹⁵*.

Il rispetto delle regole procedurali inoltre è essenziale considerata la natura del rapporto tra PA e privato, instaurandosi tra loro un rapporto giuridicamente rilevante che impone anche un obbligo di relazione a prescindere dall'obbligo di prestazione¹⁶; sulla PA, in considerazione del

Appalti, 2011, 6; D. Pappano, Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi, in *Giur. It.*, 2012, 2, 442;

¹⁴ V. NERI, *il bene della vita*, Urbanistica e appalti, Fasc.6, 2018.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ C. Castronovo, La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale, *Europa dir. Priv.*, 2012, 1233 ss.: “... 5. Conclusivamente, ritengo che l'obbligazione senza prestazione vada presa per quello che è, cioè come un rapporto che partecipa della natura obbligatoria dell'obbligazione in senso tradizionale senza esserlo. Questa affermazione, presa sul piano puramente testuale può apparire contraddittoria, come può apparire un ossimoro la stessa espressione obbligazione senza prestazione. Ciò però è dovuto appunto all'idea, che

suo status, gravano anche obblighi di protezione nei confronti del privato che le impongono di agire in maniera legittima. In aggiunta a tale considerazione va anche specificato che il crescente interesse per la legalità sostanziale non potrebbe in alcun modo avallare un affievolimento della legalità formale, posto che il fine di rafforzare la prima è guidato dalla volontà di innalzare le tutele del privato e non di abbassarle; *“conseguentemente deve ammettersi lo strumento risarcitorio anche nei casi in cui la legge esclude l’annullamento dell’atto illegittimo”*.

§2 - Le prime aperture della giurisprudenza amministrativa sul danno da ritardo mero.
Nel corso del 2010, tanto il CDS che il CGA hanno fatto significative aperture (ancorché per lo più in forma di *obiter*) circa la risarcibilità del danno da “mera perdita di tempo”.

Il **C.G.A., sez. giurisdizionale, sent. n. 4 novembre 2010 n. 1368**, infatti, in una fattispecie in cui era stato lamentato il danno derivante dal ritardo di oltre un triennio dell’Amministrazione nel rilascio di un provvedimento autorizzatorio alle emissioni in atmosfera, cui la conferenza di servizi aveva subordinato il rilascio della un’autorizzazione unica, ex articolo 12, d.lgs. n. 387 del 29 dicembre 2003, per la costruzione e l’esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica alimentato da fonti rinnovabili, ritardo che aveva provocato la revoca di un contributo comunitario previamente concesso.

In questa pronuncia il C.G.A. ha mutato la tradizionale prospettiva incentrata sulla questione della spettanza del bene della vita finale (pur essendo nel caso di specie stato sia pur tardivamente adottato il provvedimento richiesto) e ha invece affermato che il ritardo imputabile alla P.A. nella conclusione di un qualunque procedimento amministrativo, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di

certo ha dalla propria parte una tradizione più che bimillenaria, che identifica l’obbligazione con l’obbligo di prestazione. Una volta che ci si persuade della possibilità che la qualificazione obbligatoria sia estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l’una di fronte all’altra, allora anche l’idea di un’obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi quello che per merito di essa si mette in luce come la vera essenza dell’obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l’uno di fronte all’altro e in contemplazione dell’altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l’obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l’aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile. Onde il rapporto obbligatorio non è più nella sua essenza obbligo di pre-stazione ma quella relazione costante (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizzata da Herholz e accolta da Mengoni, la quale in questa prospettiva acquista un significato nuovo e più pregnante ...”.

investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo che va risarcito, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. In questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento.

Sostiene il CGA che i principi di cui all'art. 2 bis erano già viventi nell'ordinamento prima dell'entrata in vigore dell'art. 2-bis della L. n. 241/1990 e che il danno da ritardo sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo.

Ancora più di recente, richiamando tale precedente, il **Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza 28 febbraio 2011 n. 1271** ha affermato che l'art. 2-bis, comma 1, 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 una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica

In detta decisione il Consiglio di Stato ha messo in correlazione ritardo procedimentale e lesione dell'integrità psichica del cittadino. Il danno biologico è dunque visto come la conseguenza della frustrazione del progetto imprenditoriale del privato, venutosi a scontrare con la imperscrutabile inerzia dell'apparato pubblico.

Tali principi sono stati inoltre ribaditi da **Consiglio Stato , sez. V, 21 marzo 2011 , n. 1739** in una fattispecie relativa al ritardato rilascio di una autorizzazione per l'esecuzione di lavori di realizzazione di un impianto di gestione dei rifiuti.

Pur riconoscendo che nel caso di specie, non rilevava la questione della risarcibilità del danno da ritardo in caso di non spettanza del c.d. "bene della vita" e della compatibilità dei principi affermati dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2005 con il nuovo art. 2-bis della legge n. 241/90, avendo la stessa amministrazione riconosciuto tale spettanza con il (tardivo) rilascio dell'autorizzazione, la sentenza afferma tuttavia che il citato art. 2 bis presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino. Pertanto, il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo

costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica.

Di tali principi la sentenza ha fatto applicazione anche nella determinazione del risarcimento dovuto. Infatti, la sentenza ha liquidato un danno corrispondente agli interessi passivi nel frattempo corrisposti dalla ricorrente per i finanziamenti ottenuti, affermando che il tempestivo rilascio dell'autorizzazione avrebbe messo in condizione l'impresa di rispettare il proprio programma di investimento, mentre il ritardo ha determinato uno sfasamento tra ricorso al credito e attuazione dell'intervento, che ha certamente determinato un danno all'impresa ricorrente.

Infatti, la società - ove avesse conosciuto i reali tempi di durata del procedimento amministrativo - avrebbe potuto desistere dall'investimento o comunque non ricorrere subito al finanziamento, non pagando in entrambi i casi gli interessi passivi in questione.

In un'ulteriore pronuncia, la **V sezione Consiglio di Stato (sentenza 24 marzo 2011 n. 1796)**, pur riconoscendo la natura innovativa dell'art. 2 bis, che ha superato la logica della risarcibilità condizionata all'accertamento della spettanza del bene della vita, ha tuttavia ritenuto tale norma priva di effetti retroattivi e quindi non applicabile al caso in questione.

Va infine menzionata la pronuncia del **C.G.A., sez. giurisdizionale, sent. 24 ottobre 2011 n. 684**, che richiamando i propri precedenti secondo i quali anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e quindi il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, ha riconosciuto il danno da ritardata conclusione del procedimento amministrativo relativo all'approvazione di un piano di lottizzazione convenzionata. Nel caso di specie infatti era stato concesso un finanziamento pubblico a condizione che i lavori venissero ultimati in una certa data, tuttavia il ritardo nella conclusione del procedimento aveva impedito all'impresa di rispettare il termine prefissato.

§3 - Lo stato attuale della giurisprudenza. 3.1. La risarcibilità del danno da ritardo mero: un principio solo in parte acquisito dalla giurisprudenza.

Numerose successive pronunce hanno ribadito i principi affermati dal Consiglio di Stato e dal CGA, riconoscendo la risarcibilità del danno da ritardo mero e affermando in plurime occasioni che il tempo costituisce un bene della vita, risarcibile a prescindere

dall'accertamento della spettanza del provvedimento favorevole, soprattutto quando si tratti di attività imprenditoriale.

Si veda da ultimo la sentenza del **TAR Lazio Roma Sez. III, 05-01-2018, n. 109**, in cui si afferma che *“Il fondamento della risarcibilità del danno da "mero ritardo" è nella considerazione che il tempo assurga a bene della vita autonomo la cui lesione è rilevante "ex se" ai fini risarcitori. Pertanto, il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione dei piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. Il danno da ritardo che si configura nella specie va pertanto riferito al pregiudizio derivante dalla lesione dell'affidamento qualificato del cittadino a non essere coinvolto nelle ingiustificate lungaggini procedurali della pubblica amministrazione”*.

(v. inoltre *ex multis* **Cons. Stato Sez. V, 10-02-2015, n. 675**; **T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 03-07-2015, n. 3580**).¹⁷

¹⁷ **Consiglio di Stato sez. III , 31/01/2014, 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. (v. anche in termini **Consiglio di Stato sez. IV , 04/09/2013, n. 4452** e **Consiglio di Stato sez. V, 21/06/2013, n. 3405**). Sempre di recente il **T.A.R. Lecce (Puglia) sez. III , 15/01/2014, 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. Una interessante pronuncia, **T.A.R. L'Aquila (Abruzzo) sez. I , 19/12/2013, 1064**, sostiene in particolare che l'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990 protegge il bene «tempo» quale bene della vita suscettibile di incidere sulla « progettualità» del privato e sulla libera determinazione dell'assetto dei suoi interessi, naturalmente calibrato sui tempi certi del procedimento e potenzialmente pregiudicato dai ritardi dello stesso. Il ritardo nella conclusione del procedimento e il mancato rispetto dei tempi certi del procedimento vengono pertanto a rappresentare, giuridicamente, un danno «ingiusto» e, sul piano economico, un costo «illegittimo» per quanto attiene le prospettive, le aspettative e le scelte dei privati, in quanto integranti motivo di forte condizionamento della loro vita, tale da incidere negativamente sulla convenienza economica delle scelte preventivate, sia se il bene preteso dal privato risulterà dovuto sia nel caso in cui lo stesso venga negato, posto che l'incertezza sull'esito del procedimento, protratta oltre i limiti previsti dalla legge per la sua conclusione, impedisce o comunque rende più complessa la predisposizione di programmi o scelte diverse ed alternative. (v. anche **T.A.R. Bari (Puglia) sez. II , 10/09/2013, n. 1318**; **T.A.R. Bari (Puglia) sez. I , 19/07/2013, n. 1148**; **T.A.R.**

Non mancano tuttavia altre pronunce che continuano ad affermare l'irrisarcibilità del danno da ritardo mero e la necessità, per poter riconoscere il risarcimento del danno da ritardo, dell'accertamento della spettanza del bene della vita richiesto, ovvero dell'adozione del provvedimento favorevole.

Recentemente lo stesso **Consiglio di Stato, nella sentenza sez. IV, 17/01/2018, n. 240**, ha affermato che *“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”* (v. inoltre *ex multis*: **T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, 27-08-2018, n. 1824**; **T.A.R. Sicilia Catania Sez. II, 03-08-2018, n. 1669**; **Cons. Stato Sez. IV, 12-07-2018, n. 4260**; **Cons. Stato Sez. IV, 08-02-2018, n. 825**; **Cons. Stato Sez. IV, 23-06-2017, n. 3068**; **T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 27-11-2017, n. 476**; **T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. IV, 01/06/2017, n. 1281**; **T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 02-05-2017, n. 418**; **T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 12-01-2017, n. 87**; **T.A.R. Toscana Firenze Sez. III, 31-01-2017, n. 168**; **Cons. Stato, Sez. V, 22/9/2016, n. 3920**; **Consiglio di Stato, sez. IV, 13/10/2015, n. 4712**).¹⁸

Sul punto, pertanto, la giurisprudenza si presenta ancora divisa¹⁹.

Catania (Sicilia) sez. II , 01/02/2013, 390; **T.A.R. Lecce (Puglia) sez. I , 28/01/2013, 190**).

¹⁸ Su queste posizioni si trovano alcuni TAR e anche, in alcuni casi, lo stesso **Consiglio di Stato**, il quale con sentenza della **sez. IV , 28/05/2013, 2899** ha affermato che il giudice amministrativo può riconoscere il risarcimento del danno causato al privato dal comportamento (inoperoso) dell'Amministrazione solo quando sia stata accertata la spettanza del c.d. bene della vita, atteggiandosi così il riconoscimento del diritto del ricorrente al bene della vita come presupposto indispensabile per configurare una condanna della stessa al risarcimento del relativo danno (*v. inoltre ex multis*: **Consiglio di Stato sez. IV , 07/03/2013, n. 1406**; **T.A.R. Ancona (Marche) sez. I , 10/12/2013, n. 895**; **T.A.R. Salerno (Campania) sez. II , 18/11/2013, n. 2277**; **T.A.R. Roma (Lazio) sez. III , 19/07/2013, 7386**; **T.A.R. Napoli (Campania) sez. II , 12/07/2013, n. 3641**; **T.A.R. Genova (Liguria) sez. I , 02/07/2013, 985**).

¹⁹ Si veda tra gli altri P. Saggiani, *Alcuni spunti di riflessione sulla responsabilità della pubblica amministrazione per il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo*, nota a sentenza **Cons. St., sez. III, n. 468 del 31 gennaio 2014** e **Cons. St., sez. IV, n. 5663 del 18 novembre 2014**, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. IV, 2015; G. Soricelli, *Analisi sistematica ed evolutiva della responsabilità da*

3.2 - *L'onere della prova e la possibilità di ricorrere alla liquidazione equitativa.*
Assolutamente compatta è invece la giurisprudenza sul tema della necessità di dare prova specifica degli elementi costitutivi della fattispecie e dei danni, senza dare ingresso alla valutazione equitativa del danno, se non in sporadici casi.

Si afferma infatti che *“L'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno da ritardo della Pubblica amministrazione non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda; in particolare, occorre verificare la sussistenza dei presupposti di carattere sia oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale) che soggettivo (dolo o colpa del danneggiante); in sostanza, il mero superamento del termine — fissato ex lege o per via regolamentare per la conclusione del procedimento — costituisce indice oggettivo, ma non integra piena prova del danno”* (v. **Consiglio di Stato, sez. IV, 13/11/2017, n. 5197**).²⁰

In particolare, il Consiglio di Stato ha fondato l'onere di prova in capo al soggetto danneggiato sulla qualificazione della responsabilità per danno da ritardo, in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, come una fattispecie sui generis, di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c.; di conseguenza l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante).²¹ (v. *ex multis* **Cons. Stato Sez. IV, 12-07-2018, n.**

ritardo nell'emanazione del provvedimento amministrativo tra pubblico e privato, in Resp. Civ. e Prev., fasc. VI, 2017; G. Romeo, Il tempo e il giudice amministrativo, in Dir. Proc. Amm., fasc. I, 2018.

²⁰ Si afferma che l'esistenza del danno da ritardo non può presumersi *iuris tantum* atteso che esso non deriva direttamente dal ritardo nell'adozione del provvedimento, sicché è necessario che il danneggiato provi tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda ossia, oltre al danno, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'Amministrazione ed il nesso di causalità tra danno ed evento (**T.A.R. Lecce (Puglia) sez. III, 15/01/2014, n. 112**).

²¹ (**Consiglio di Stato sez. V, 13/01/2014, n. 63; Consiglio di Stato sez. IV, 07/03/2013, n. 1406; v. anche T.A.R. Milano (Lombardia) sez. II, 20/11/2013, n.**

4260; Cons. Stato Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240; Cons. Stato Sez. VI, 02-01-2018, n. 12; TAR Puglia Lecce Sez. I, 22-05-2018, n. 852; TAR Lazio Roma Sez. III quater, 17-04-2018, n. 420; TAR Sardegna Cagliari Sez. II, 03-05-2018, n. 397; TAR Campania Napoli Sez. V, 04-07-2018, n. 4438; Cons. Stato Sez. IV, 01-08-2017, n. 3841; Cons. Stato Sez. IV, 30-06-2017, n. 3222; Cons. Stato Sez. V, 14-06-2017, n. 2910; TAR Molise Campobasso Sez. I, 27-11-2017, n. 476; TAR Puglia Bari Sez. I, 19-10-2017, n. 1053; TAR Puglia Bari Sez. II, 08-11-2017, n. 1130; TAR Sicilia Catania Sez. I, 06-03-2017, n. 445).

Quanto all'ammissibilità della liquidazione equitativa del danno, il **Cons. Stato Sez. IV, 12-12-2016, n. 5199** sostiene che *“Nella fattispecie del danno da ritardo provvedimento della P.A. i parametri da utilizzare per verificare la fondatezza o meno della pretesa risarcitoria sono quelli richiesti in tema di accertamento della responsabilità extracontrattuale della P.A. di cui all'art. 2043 c.c., con la verifica cioè dei presupposti sia di carattere oggettivo (sussistenza del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso di causalità) sia di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), che connotano tale tipologia di responsabilità e dei quali va fornita la prova rigorosa a cura della parte che invoca il risarcimento; sotto il primo aspetto si esclude, coerentemente, che in carenza della prova del danno si possa invocare l'equità integrativa ex art. 1226 c.c. o l'ausilio del c.t.u.”.*

Si veda anche il **T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23/06/2016, n. 1013**, il quale afferma che *“Nei rapporti con la Pubblica amministrazione l'esistenza del danno, da essa asseritamente provocato, non può presumersi derivante direttamente dal ritardo nell'adozione del provvedimento, ma è comunque necessario che il danneggiato provi tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda ossia, oltre al danno, il nesso di causalità tra ritardo ed evento, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa; in sostanza, nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda e la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare in proposito il c.d. principio acquisitivo, poiché il medesimo attiene allo svolgimento dell'istruttoria ma non anche all'allegazione dei fatti. E quando il soggetto, onerato della allegazione e prova dei fatti, non vi abbia adempiuto, non può neppure darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito”.* Sempre nello stesso senso il **T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I,**

23/04/2016, n. 426 ritiene che vada “*disattesa la domanda volta al risarcimento del danno ingiusto che il ricorrente assume di aver patito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, posto che il mero ritardo non è sufficiente a giustificare il risarcimento del danno se non vi è prova dello stesso, gravando la prova sul ricorrente, che deve allegare con precisione i fatti costitutivi del danno che asserisce, e non potendo ciò essere surrogato con il ricorso alle presunzioni semplici ovvero alla valutazione equitativa del danno, di cui agli artt. 2729 e 1226, c.c.*”.²²

In altri casi, più rari, la giurisprudenza ha ammesso il ricorso alla prova equitativa del danno.

Ad esempio il **T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 04/08/2016, n. 4040**, ha affermato che “*il danno da ritardo si realizza sia che il bene preteso (ovvero, nel caso di specie, l'autorizzazione dell'impianto) risulti poi dovuto sia che lo stesso venga negato, posto che l'incertezza sull'esito del procedimento, protratta oltre i limiti previsti dalla legge per la sua conclusione, impedisce o comunque rende più complessa la predisposizione di programmi o scelte diverse ed alternative; di conseguenza, il superamento colpevole del tempo previsto per la conclusione del procedimento espone la P.A. alle conseguenze risarcitorie derivanti dalla lesione di una situazione soggettivamente e giuridicamente tutelata. In assenza di una precisa prova in punto di quantificazione, il danno da ritardo - la cui esistenza non è dubbia nel caso di specie - deve quindi essere risarcito in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.*”.

Nello stesso senso il **T.A.R. Bari Puglia sez. III 04 maggio 2012 n. 923**, pur non ammettendo la risarcibilità del danno da ritardo mero, ha riconosciuto la liquidazione equitativa del danno ritenendo di particolare

²² **T.A.R. Catania Sicilia sez. II, 06 agosto 2012 n. 2015** che la risarcibilità del danno da ritardo è fondata sul presupposto che pure il tempo è un bene della vita per il cittadino e che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, ma rimane ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise; sicché, quando il soggetto onerato della allegazione e della prova dei fatti non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. Più di recente, il **Consiglio di Stato sez. V, 21/06/2013, n.3405** ha affermato che rispetto ai danni da mancato tempestivo esercizio dell'attività amministrativa, spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del pregiudizio, specie perché ha natura patrimoniale, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo in quanto surroga l'onere di allegazione dei fatti; e se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici per fornire la prova dell'esistenza del danno e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise e, quando il soggetto onerato di tale allegazione non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno a norma dell'art. 1226 c.c. perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito, né può essere invocata una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato.

difficoltà, per la parte interessata, la prova del nocumento nel suo preciso ammontare, considerata l'indeterminatezza derivante dal fattore tempo, per la quale la situazione manifesta ulteriori e ineliminabili margini d'incertezza.

Si veda anche **T.A.R. Latina Lazio sez. I, 28 novembre 2012, n. 892**, che ha condannato al risarcimento del danno, quantificandolo in via equitativa in 20.000 euro, un Comune che, successivamente all'adozione del provvedimento di assegnazione di una concessione demaniale, aveva posto in essere una ulteriore attività meramente defatigante con l'effetto di aggravare il procedimento e rinviare *sine die* il rilascio del titolo concessorio, richiedendo, in particolare, la rinnovazione di tutti gli atti, pareri e nullaosta già prodotti e rimpallando la questione tra i vari uffici della stessa amministrazione comunale. nti sulla possibilità di trattare la domanda risarcitoria in camera di consiglio, congiuntamente alla domanda di cui all'art. 117 c.p.a.

3.3 - Recenti orientamenti sulla possibilità di trattare la domanda risarcitoria in camera di consiglio, congiuntamente alla domanda di cui all'art. 117 c.p.a. Sulla questione della trattazione della domanda risarcitoria per il danno da ritardo presentata congiuntamente all'azione avverso il silenzio di cui all'art. 117, comma 6 c.p.a., il **T.A.R. Lazio, Latina, sez. I 20/05/2013, 470** e il **T.A.R. Campania, Salerno, sez. II , 18/11/2013, n. 2277** hanno superato l'impostazione restrittiva della prima giurisprudenza sull'art. 117, comma 6 c.p.a. affermando che la domanda di risarcimento del danno cd. da inerzia o ritardo della p.a. ex art. 30 comma 4 c.p.a., proposta congiuntamente a quella avverso al silenzio di cui all'art. 117, può essere già decisa in sede camerale senza doverla trattare nelle forme ordinarie qualora emerga sin da subito l'infondatezza di tale domanda; invero, l'art. 117 comma 6 c.p.a. si limita ad attribuire al giudice la mera facoltà di trattare la questione risarcitoria nelle forme ordinarie, qualora ciò risulti consono alle esigenze istruttorie e difensive del processo. In numerose recentissime pronunce, poi, il **T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, (cfr. ex multi Sent., 14-04-2014, n. 4040)** ha esteso l'applicazione di tal principio ai casi di manifesta inammissibilità.

Recentemente inoltre la giurisprudenza ha allargato l'applicazione di tale principio, prescindendo dall'inammissibilità o infondatezza della domanda, e ha ribadito che la possibilità di rinviare a decisione con

rito ordinario l'azione risarcitoria costituisce solo una facoltà e non un obbligo, in quanto *“la norma in esame va interpretata nel senso che non obbliga il giudice alla conversione del rito, ma quest'ultima opzione è solo una facoltà discrezionale dell'organo giudicante in funzione della maggiore o minore complessità delle questioni risarcitorie introdotte con il ricorso ex art. 117 c.p.a.”* (v. **TAR Calabria n. 1177/2018; TAR Campania-Napoli n. 4131/2016; TAR Sicilia-Catania n. 58/2014**).

3.4. La determinazione dei danni risarcibili.

Nel caso dell'accertamento della spettanza, ciò che si risarcisce è sia la perdita subita che il mancato guadagno in relazione al bene della vita. Che cosa deve essere risarcito invece nel caso del danno da ritardo mero? Varie tesi sono state elaborate.

Secondo una tesi, dovrebbe essere oggetto di risarcimento il mero interesse procedimentale al rispetto dei tempi del procedimento, secondo lo schema della responsabilità da contatto sociale²³. Il ristoro dovrebbe pertanto essere forfettario o liquidato in via equitativa avendo ad oggetto la lesione dell'interesse procedimentale in sé, a prescindere dalla prova di ulteriori danni conseguenza.

Per altra tesi, che parte della recente giurisprudenza sembra condividere, l'oggetto della tutela risarcitoria sono gli altri beni della vita connessi, lesi in conseguenza del mancato rispetto del termine.

Secondo altra opinione ancora, minoritaria, il risarcimento del danno da ritardo mero dovrebbe essere ricondotto al danno morale o al danno esistenziale.

Nella prima tesi si riconosce la **dottrina prevalente** che ha inquadrato la tematica del danno da ritardo mero nell'ambito della responsabilità da contatto amministrativo²⁴.

²³ Cfr M. MACCHIA, A. MOLITERNI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 12, p. 1189. Il modello di responsabilità dell'amministrazione non può assimilarsi né a quello propriamente contrattuale, dal momento che sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano, né a quello di responsabilità aquiliana, la quale, invece, presuppone l'assenza di una relazione giuridica tra danneggiato e danneggiante *“si parla di una specifica relazione tra amministrazione e cittadino, preventiva rispetto al fatto o atto produttivo di danno e perciò distinta dalla pura e semplice responsabilità extracontrattuale; relazione che ormai nel linguaggio giuridico ha assunto la denominazione di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto"*.

²⁴ v. M. Protto, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in questa rivista., 2000, 1005 e F.Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'Amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima) puntualizzazione*, nota a Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 517 in *Foro it.*, 2003, I, 78. v. inoltre, sulla questione R. Giovagnoli, *I silenzi*

In linea con tale impostazione quindi *“il giudice investito della domanda, dovrà parametrare il risarcimento non al bene della vita finale cui aspira il privato ma a beni della vita diversi e identificabili in quei beni legati al corretto rapporto tra cittadino e amministrazione, così come oggi è un autonomo bene della vita la tempestività della risposta della pubblica amministrazione²⁵”*. In quest’ottica, anche l’interesse alla tempestiva conclusione del procedimento potrebbe ricevere tutela risarcitoria, a prescindere dalla questione della spettanza del bene della vita finale²⁶ ma non a prescindere dalla prova di effettivi danni conseguenziali alla violazione del termine del procedimento.

Una sentenza in particolare, **TAR Lazio II quater, 24.1.2012 n. 762**, ha espressamente teorizzato che il danno da ritardo della P.A. presuppone pur sempre la lesione di un "diverso" - rispetto al tempo - bene giuridicamente protetto, ponendosi il fattore temporale quale mero nesso causale tra fatto e lesione. In tale prospettiva, dunque, se da un lato non può accordarsi una tutela risarcitoria per il danno derivante dalla mera "perdita di tempo" in sé considerata - non potendosi riconoscere nel fattore "tempo" un bene della vita meritevole di autonoma dignità e tutela - deve ritenersi che il tempo possa costituire la causa di ulteriori e differenti danni rispetto ad esso conseguenti alla violazione dei termini procedurali.

In questo senso, peraltro, si pone la stessa lettera della legge, laddove parla di danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

Alle stesse conclusioni giunge anche quella giurisprudenza che, come si è detto, riconosce per gli operatori economici la risarcibilità del bene della vita tempo poiché il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è infatti sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento. Anche in questi casi occorre infatti che sia fornita la prova che tale danno sussista, sia ingiusto e sia escluso che vi sia stato il concorso del fatto

della pubblica amministrazione dopo la legge n.80/2005, Milano, 2005, 205 e ss. F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 502 e ss.

²⁵ v. V. NERI, *“Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?”*, in 2018.

²⁶ v. M. MAZZOLA in *“Appunti in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione”*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 5, 799 *“Non è necessario, come a più riprese si è sostenuto, sostenere che il fattore tempo sia un autonomo bene della vita di per sé risarcibile, quanto piuttosto è sufficiente osservarsi che, in quanto dovere procedimentale a presidio della legittima tutela dell'interesse legittimo, una sua violazione lede, di per sé, una posizione ontologicamente astretta ad un legittimo espletamento dell'iter procedimentale”*.

colposo del creditore ex art. 1227 c.c. (**Cons. Stato Sez. V, 10-02-2015, n. 675²⁷**).

La risarcibilità è legata, in questa prospettazione, alla sussistenza di danni patrimoniali effettivi, qualificati come **danni conseguenza** rispetto alla violazione del termine del procedimento, e non alla mera lesione della norma procedimentale.

In giurisprudenza, questa tesi appare piuttosto seguita.

In alcune sentenze, **T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 03/07/2013, 3391**, si è infatti fatto esplicito riferimento alle categorie di danno –evento e danno conseguenza per chiarire che il danno da ritardo risarcibile presuppone, al pari di ogni pregiudizio di cui si rivendichi il ristoro in sede aquiliana, che la lesione del bene della vita tempo, integrante il c.d. danno - evento, sia seguita dalla produzione di effetti pregiudizievoli nella sfera patrimoniale e non, ossia il danno - conseguenza, di cui compete al ricorrente fornire adeguata dimostrazione sul duplice versante dell'an e del quantum. Il danno risarcibile non è, cioè, il tempo perso in sé, ma il concreto nocumento che la lesione del bene tempo abbia sortito nella sfera del danneggiato. Nello stesso senso si è espresso in tempi più recenti il **Consiglio di Stato IV, 05-04-2018, n. 2108** secondo cui *“La possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia della pubblica amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo va inquadrato non già come effetto del ritardo in sé ma per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo”*. Nello stesso senso **TAR Puglia Lecce Sez. I, 22-05-2018, n. 852**, **TAR Sicilia Palermo Sez. II, 26/01/2017, n. 198** e **Cons. Stato Sez. Cons. Stato Sez. IV, 29-09-2016, n. 4028**.

Sui tipi di danno risarcibili, si segnala, inoltre, per la sua particolarità, una isolata pronuncia del **T.A.R. Campobasso (Molise) sez. I, 30/05/2013, n. 357**, che ha affermato che il risarcimento del danno da ritardo procedimentale dell'Amministrazione non è legato alla perdita di guadagno sofferto a causa del ritardo, ma all'incertezza prodottasi a causa dell'inosservanza colposa del termine di conclusione del procedimento e assume come presupposto il fatto obiettivo che la certezza e il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa costituiscano

²⁷ Nello stesso senso v. **Consiglio di Stato sez. V, 21/06/2013, n. 3405**.

un autonomo bene della vita, sul quale il privato deve poter fare ragionevole affidamento, al fine di autodeterminarsi e orientare le proprie scelte; si tratta quindi di un danno esistenziale tipico, cioè del danno da "stress" per l'attesa del provvedimento e le lungaggini burocratiche.

In senso contrario, tuttavia, si pone l'orientamento maggioritario, secondo il quale va esclusa la risarcibilità del danno non patrimoniale consistito in meri disagi e fastidi, ove non sussistano lesioni di diritti costituzionalmente garantiti (**T.A.R. Emilia-Romagna Parma Sez. I Sent., 04/04/2016, n. 117²⁸**) Non è pertanto risarcibile la mera perdita di tempo in sé ma è solo possibile il risarcimento dei danni non patrimoniali, purché nei limiti in cui ciò è consentito nel nostro ordinamento, e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale.

Peraltro, la questione della risarcibilità del mero disagio sopportato dal privato a seguito della violazione dei termini di conclusione del procedimento appare stemperata alla luce della introduzione, da parte **dell'art. 28 del d. legge del 21 giugno 2013, n. 69**, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98, il quale ha inserito nell'art. 2 bis della l. 241/90 il comma 1 bis, il quale sancisce in casi specifici **il diritto dell'interessato ad ottenere un indennizzo da ritardo²⁹**.

La disciplina di tale indennizzo è stata dettata dalla direttiva del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 9

²⁸ Nella sentenza TAR Emilia-Romagna n.117 del 2016 si afferma che “*In materia di responsabilità civile della P.A. da ritardo a provvedere ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale la sussistenza del pregiudizio ex art. 2059 c.c. deve attenere ad interessi di rilievo costituzionale e può esser verificata secondo criteri logico giuridici basati sull'id quod plerumque accidit, con possibile ricorso a stime presuntive ed equitative*”. E ancora prima (**Tar Lazio - Roma, sez. II quater - sentenza 24 gennaio 2012 n. 762**).

²⁹ Vedi A. SAVATTERI, *Danno da ritardo - il risarcimento del danno per il ritardo nel rilascio del permesso di costruire*, in *Giur. It.*, 2016, 2, 440 “*Il legislatore ha comunque voluto contemperare le diverse posizioni e le diverse esigenze che involgono l'amministrazione e il privato richiedendo a quest'ultimo lo svolgimento di attività atte a dimostrare l'effettivo interesse all'ottenimento del provvedimento e consentendo all'amministrazione una fase di recupero*”.

gennaio 2014, prevedendosi la misura dell'indennizzo (30 euro per ogni giorno di ritardo, nel limite massimo di 2.000 euro), l'ambito di applicazione, circoscritto almeno nella prima fase alle attività di impresa, e la procedura per conseguirlo.

Rassegna delle principali pronunce degli ultimi anni.

DANNO DA RITARDO – RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE EX 2043 CC³⁰

Cons. Stato Sez. IV, 12-12-2016, n. 5199

“Nella fattispecie del danno da ritardo provvedimento della P.A. i parametri da utilizzare per verificare la fondatezza o meno della pretesa risarcitoria sono quelli richiesti in tema di accertamento della responsabilità extracontrattuale della P.A. di cui all'art. 2043 c.c., con la verifica cioè dei presupposti sia di carattere oggettivo (sussistenza del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso di causalità) sia di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), che connotano tale tipologia di responsabilità e dei quali va fornita la prova rigorosa a cura della parte che invoca il risarcimento; sotto il primo aspetto si esclude, coerentemente, che in carenza della prova del danno si possa invocare l'equità integrativa ex art. 1226 c.c. o l'ausilio del c.t.u. (Conferma della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 16 luglio 2007, n. 6476)”;

Cons. Stato Sez. IV, 01-08-2017, n. 3841

“la domanda di risarcimento del danno da ritardo della P.A. nel provvedere è ricondotta nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. Ciò comporta: l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum, quali conseguenze automatiche e necessitate del ritardo o del silenzio serbato dall'amministrazione nell'adozione del provvedimento amministrativo, gravando sul danneggiato, secondo l'ordinario criterio di riparto dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) la prova della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, sul piano oggettivo (la prova del danno e del suo ammontare, l'ingiustizia dello stesso, il nesso causale) ed oggettivo (il dolo o, più spesso, la colpa della P.A.) (Conferma della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. II bis, 20 luglio 2015, n. 9841)”;

Cons. Stato Sez. IV, 30-06-2017, n. 3222

“la fattispecie relativa al danno da ritardo va pienamente ricondotta allo schema generale

³⁰ Cons. Stato, sez. III, 31/01/14, n. 468; Tar Milano (Lombardia), sez. II, 20/11/13, n. 2560; Tar Pescara (Abruzzo), sez. I, 16/07/13, n. 382; Cons. Stato, sez. IV, 7/03/13, n. 1406

dell'art. 2043 c.c. , con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito, con l'avvertenza inoltre che, nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c., opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (Conferma della sentenza del T.a.r. Liguria, sez. I, 21 gennaio 2008, n. 56)”;

Cons. Stato Sez. V, 14-06-2017, n. 2910

“In materia di responsabilità civile della P.A. il danno da ritardo è inquadrato nel paradigma della responsabilità c.d. aquiliana ex art. 2043 c.c. , con i conseguenti oneri della prova interamente posti a carico del preteso danneggiato circa i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito in questione (Conferma della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 5591/2012)”;

Cons. Stato Sez. IV, 12-07-2018, n. 4260, Cons. Stato Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, Cons. Stato Sez. VI, 02-01-2018, n. 12, T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 17-04-2018, n. 420, T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. II, 03-05-2018, n. 397 e T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 04-07-2018, n. 4438 *“la pretesa risarcitoria relativa al danno da ritardo va ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 c.c. , con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito e con l'avvertenza che, nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c. , opera con pienezza, e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento”;*

T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 27-11-2017, n. 476

“La domanda di risarcimento del danno da ritardo nel provvedere della P.A. è riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. , la qual cosa comporta che siano accertate l'ingiustizia e la sussistenza del danno (che non possono, in linea di principio, presumersi juris tantum, quali conseguenze automatiche e necessitate del ritardo o del silenzio serbato dall'Amministrazione nell'adozione del provvedimento amministrativo) gravando sul danneggiato, secondo l'ordinario criterio di riparto dell'onere della prova (ex art. 2697 c.c.), la prova della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, sul piano oggettivo (la prova del danno e del suo ammontare, l'ingiustizia dello stesso, il nesso causale) e soggettivo, vale a dire il dolo o la colpa”;

T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 19-10-2017, n. 1053

“La richiesta di accertamento del danno da ritardo nell'adozione di un provvedimento amministrativo costituisce una fattispecie sui generis, di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. , per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità. Di conseguenza l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono presumersi iuris tantum in esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c. (altresì ex art. 64 D.Lgs. n. 104/2010, CPA), provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)”;

T.A.R. Puglia Bari Sez. II, 08-11-2017, n. 1130

“La responsabilità civile della P.A. per danno da ritardo è riconducibile al paradigma della responsabilità c.d. aquiliana, sicché non si può prescindere dalla verifica delle coordinate di cui all' art. 2043 c.c. , di tipo soggettivo e oggettivo, né dalla conseguente rigorosa applicazione del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato, rimarcando che, in tale ambito (ossia nell'azione di responsabilità per danni), il principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c. , è destinato ad operare con pienezza, senza il temperamento del metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento”;

T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 22-05-2018, n. 852

“In tema di azione per il risarcimento del danno da ritardo, l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono in linea di principio presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c. , provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)”;

T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 06-03-2017, n. 445

“La domanda del danno da ritardo deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c., per cui, per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità, l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia

dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)”;

DANNO DA RITARDO – RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

Tar Lombardia Milano, Sez I, 12 gennaio 2015, n. 94

“il rimedio del c.d. danno da ritardo a provvedere della P.A per affinità funzionale, appare classificabile nell'alveo della responsabilità contrattuale (sia pure connotata da una disciplina meno favorevole per l'avente diritto, dettandosi un termine prescrizione più breve) (art. 2 bis della legge n. 241/1990)”

DANNO DA RITARDO – RISARCIBILITÀ - BENE DELLA VITA³¹

T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 01/03/2017, n. 3001

“Solo per effetto della l. n. 69 del 2009 e con l'introduzione dell'art. 2 bis nel corpo della l. n. 241 del 1990 si è innovativamente aperta la strada alla risarcibilità del danno da mero ritardo, mentre nell'assetto anteriore l'orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente e confermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2005, riteneva che il danno da ritardo fosse risarcibile solo in caso di adozione tardiva di un provvedimento amministrativo favorevole, escludendo la risarcibilità del danno provocato da ogni altra ipotesi di ritardo; in altri termini, per l'indirizzo seguito fino all'ingresso dell'art. 2 bis citato, occorre, per il risarcimento dei danni — conseguenza, la prova della spettanza del bene della vita finale (illegittimamente ritardato o mai concesso) a cui il privato aspirava (nel caso di specie, il provvedimento favorevole è stato adottato ma non è stata fornita dall'interessato, neanche in termini probabilistici e logici — secondo il modello della c.d. prognosi postuma — la prova della sussistenza dei presupposti giuridici e fattuali per l'adozione del provvedimento di ammissione in servizio sin dal 2004 ovvero in un momento comunque anteriore a quello di effettiva adozione del decreto rettorale citato, prova che, almeno in termini presuntivi, era necessario fornire per poter poi a giusto titolo vantare le voci di danno — conseguenza fatte valere in sede giurisdizionale)”

Tar Roma, sez. II quater, 20/07/17, n. 8818

“Parte della giurisprudenza, ormai maggioritaria, continua ad affermare l'irrisarcibilità del danno da ritardo mero e la necessità, per poter riconoscere il risarcimento del danno da ritardo, dell'accertamento della spettanza del bene della vita richiesto, ovvero dell'adozione del provvedimento favorevole (Cons. St., sez. IV , 28 maggio 2013,

³¹ Tar Napoli (Campania), sez. II, 12/07/13, n. 3641; Tar Genova (Liguria), sez. I, 2/07/13, n. 985; Cons. Stato, sez. IV, 28/05/13, n. 2899

2899; *id.*, 7 marzo 2013, n. 1406; T.A.R. Campania Salerno sez. II, 18 novembre 2013, n. 2277; T.A.R. Lazio, sez. III, 19 luglio 2013, 7386; T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 12 luglio 2013, n. 3641; T.A.R. Liguria sez. I, 02 luglio 2013, 985).

Il bene della vita diventa, dunque, presupposto indispensabile per configurare una condanna della Amministrazione al risarcimento del relativo danno.

*Altre pronunce, alcune delle quali molto recenti, hanno ribadito che l'art. 2-bis della l. n. 241 del 1990 non ha elevato a distinto bene della vita, suscettibile di un'autonoma protezione mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa, scisso dal riferimento alla spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato (ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143; *id.*, sez. III, 12 marzo 2015, n. 1287; *id.*, sez. III, 23 aprile 2015, n. 2040; *id.*, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; *id.*, sez. IV, 1 luglio 2014, n. 3295; *id.*, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1371; *id.*, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3059; *id.*, sez. V, 22 settembre 2016, n. 3920; *id.*, sez. IV, 26 luglio 2016, n. 3376).*

E questo nonostante l'introduzione, nel 2013, della previsione di un ristoro di natura indennitaria in conseguenza del mero ritardo, in quanto il meccanismo dell'indennità avrebbe struttura e funzione ben diverse da quello risarcitorio.

La questione è quindi collegata alla soluzione che si preferisca dare a quella ad essa preliminare, relativa all'individuazione della natura, aquiliana o contrattuale, della suddetta responsabilità, questione più volte esaminata in giurisprudenza, in ultimo dalla citata sentenza 3920/2016.

Infatti, solo dall'accoglimento della tesi della natura contrattuale della responsabilità della p.a. potrebbe conseguire il risarcimento del danno da mero ritardo nell'adozione del provvedimento, in esito alla verifica della violazione del termine di conclusione del procedimento da parte dell'Amministrazione alla stregua di una sorta di contatto procedimentale instauratosi con l'apertura del procedimento e determinante un legittimo affidamento del privato alla conclusione del procedimento nei termini di legge, la cui lesione fonderebbe un pregiudizio risarcibile autonomamente.

Tale tesi trae il suo principale fondamento dalle recenti modifiche normative sopra illustrate, che risulterebbero essere indici inequivoci della voluntas legis di riconoscere normativamente il risarcimento in tali ipotesi, e nell'aver il legislatore devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle cause in questione (l'art. 133 comma 1, lett. a), n. 1, c.p.a., stabilisce che è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento).

Pertanto, in questa ipotesi, il ricorrente sarebbe onerato, in sede processuale, solo di

fornire la prova dell'instaurazione del procedimento volto alla realizzazione di un suo interesse legittimo pretensivo o dinamico, e di allegare l'inadempimento della p.a., nella specie sussistente nella mancata conclusione dello stesso nei termini previsti dalla legge, secondo il modello di responsabilità derivante dall'applicazione dell'art. 1218 c.c. (vedi, sulla questione dell'onere della prova, la fondamentale sentenza Cass. Sez. Un. 30 ottobre 2001, n. 13533).

Per contro, dall'accoglimento della tesi della natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione deriverebbe un riparto dell'onere della prova decisamente diverso e conforme a quanto ricollegabile al meccanismo dell'art. 2043 c.c., per cui la parte non dovrebbe fornire la prova del mero ritardo, bensì la prova del danno effettivamente subito a causa del ritardo, e quindi, da ultimo, nella prova della spettanza del bene della vita finale, costituito dal certo o altamente probabile esito favorevole del procedimento amministrativo.

Al di là degli argomenti usati a sostegno di tale tesi, le conseguenze applicative immediate consistono nella ripartizione dell'onus probandi al fine di ritenere dimostrata la sussistenza di un danno economicamente valutabile, quindi risarcibile: infatti, non basterà la prova della violazione del termine di conclusione del procedimento, il quale costituirà solo un indice oggettivo del danno, ma non potrà da solo fondare la pronuncia di condanna della p.a. al risarcimento.

Occorrerà, piuttosto, fornire la prova della responsabilità aquiliana della Pubblica Amministrazione, ai sensi dell'art. 2697 c.c., in tutti i suoi elementi costitutivi: sia quelli di carattere oggettivo (ammontare del danno, ingiustizia dello stesso, nesso causale) sia quelli soggettivi (dolo o colpa della p.a.)”

DANNO DA RITARDO - BENE DELLA VITA – PROVVEDIMENTO FAVOREVOLE³²

Cons. Stato, Sez. V, 22/9/2016, n.3920 che con riferimento all'art. 2-bis afferma

“In linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale, ritiene il Collegio che detta norma vada interpretata nel senso che il riconoscimento del danno da ritardo - relativo, come nella specie, ad un interesse legittimo di ordine pretensivo - non possa restare avulso da una valutazione di merito sulla spettanza del bene sostanziale della vita e che vada, quindi, subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia probabilmente destinata ad un esito favorevole e, dunque, alla prova della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse. Il menzionato art. 2-bis, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. c) l. 18 giugno 2009, n.

³² Tar Ancona (Marche), sez. I, 10/12/13, n. 895; Tar Roma (Lazio), sez. III, 19/07/13, n. 7386; Tar Roma (Lazio), sez. II quater, 24/01/12, n. 762

69, non ha infatti elevato a distinto bene della vita suscettibile di un'autonoma protezione mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa, scisso dal riferimento alla spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato (cfr., fra le tante, Cons. Stato, III, 12 marzo 2015, n. 1287; IV, 1 luglio 2014, n. 3295 e 6 aprile 2016, n. 1371; V, 11 luglio 2016, n. 3059)”;

Cons. Stato Sez. IV, 23-06-2017, n. 3068

“Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve 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 (art. 2 bis L. 7 agosto 1990, n. 241) (Conferma della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. I ter, n. 4992/2009)”;

Cons. Stato Sez. IV, 23-06-2017, n. 3069

“Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve 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 (art. 2 bis L. 7 agosto 1990, n. 241) (Conferma della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. I bis, n. 6542/2012)”;

Cons. Stato Sez. IV, 17/01/2018, n. 240

“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”;

Cons. Stato Sez. IV, 12-07-2018, n. 4260

“Il risarcimento del danno da ritardo, relativo a un interesse legittimo pretensivo, implica una valutazione sulla spettanza del bene della vita. Di conseguenza, deve essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e quindi, appunto, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse”;

T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 27-11-2017, n. 476

“Pur dovendosi inquadrare la fattispecie del danno da mero ritardo della P.A. nell'ambito della disciplina di cui all' art. 2043 c.c. , nella peculiare prospettiva del risarcimento dell'interesse pretensivo, la relativa tutela non può prescindere dall'apprezzamento sulla lesione del bene della vita, che funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo, precludendo la possibilità di risarcire gli interessi meramente procedimentali, ovvero le mere aspettative”;

T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 27-11-2017, n. 476 e T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 03-08-2017, n. 526

“In materia di responsabilità civile della P.A., il risarcimento del danno da ritardo, relativo a un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve essere subordinato anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento invocato sia destinata a un esito favorevole e, dunque, alla dimostrazione della effettiva spettanza del bene sostanziale collegato all'interesse legittimo, non essendo stato elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa, avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato (art. 2043 c.c.)”;

T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 02-05-2017, n. 418

“Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da 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, perciò, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse (art. 2 bis L. 7 agosto 1990, n. 241)”;

Cons. Stato Sez. IV, 08-02-2018, n. 825

“Per accedere alla tutela risarcitoria, è indispensabile, ancorché non sufficiente, che il provvedimento (o il comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica incida sul bene della vita finale. Ciò funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedimentali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedimentali. Il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno (riforma T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 2 dicembre

2009, n. 5269)”;

T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 12-01-2017, n. 87

“Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita ma deve 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 (art. 2 bis L. 7 agosto 1990, n. 241)”;

T.A.R. Sicilia Catania Sez. II, 03-08-2018, n. 1669

“La valutazione del diritto al risarcimento del c.d. danno da ritardo deve essere subordinata alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento amministrativo sia destinata ad esito favorevole, ovvero alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato ad un interesse legittimo pretensivo”;

T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, 27-08-2018, n. 1824

“Il risarcimento da parte dell'amministrazione del c.d. "danno da ritardo" può essere riconosciuto nel caso in cui l'inosservanza dei termini procedurali abbia precluso all'interessato il conseguimento del bene della vita che egli altrimenti avrebbe certamente conseguito”;

T.A.R. Toscana Firenze Sez. III, 31-01-2017, n. 168

“Il risarcimento del danno da ritardo è fattispecie che non può restare avulsa da una valutazione di merito sulla spettanza del bene sostanziale della vita e, quindi, deve essere subordinata (anche) alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento era probabilmente destinata ad un esito favorevole e, dunque, alla prova della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse (art. 2 bis L. n. 241/1990)”;

T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 12/01/2015, n. 94

“Può essere accolta una domanda, proposta da una impresa nei confronti di un Comune, di risarcimento del danno per la tardiva conclusione di un procedimento di autorizzazione all'installazione di insegne pubblicitarie, ex art. 53, 5° comma, D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495. Infatti, il danno da ritardo (riferito cioè alla tardiva adozione del provvedimento ampliativo spettante) consegue all'inadempimento dell'obbligo (legale) preesistente di concludere il procedimento amministrativo nei termini prefissati. L'interesse giuridicamente protetto è qui l'aspettativa delle utilità incrementali attese per via della positiva conclusione del procedimento e non la generica reintegrazione

"del tempo", il quale non costituisce (sul versante civilistico) un autonomo "bene della vita", bensì rappresenta il presupposto (empirico) per lo sfruttamento delle possibilità acquisitive conseguibili con il proprio agire lecito. L'istituto intende porre l'amministrato nella stessa situazione in cui questi si sarebbe trovato se l'azione amministrativa fosse stata tempestivamente portata a compimento, distinguendosi dall'illecito aquiliano che si muove invece nell'orbita della salvaguardia dello status quo ante. Il rimedio, in definitiva, per affinità funzionale, appare classificabile nell'alveo della responsabilità contrattuale (sia pure connotata da una disciplina meno favorevole per l'avente diritto, dettandosi un termine prescrizione più breve)";

T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 05-01-2018, n. 109

"Il fondamento della risarcibilità del danno da "mero ritardo" è nella considerazione che il tempo assurga a bene della vita autonomo la cui lesione è rilevante "ex se" ai fini risarcitori. Pertanto, il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione dei piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. Il danno da ritardo che si configura nella specie va pertanto riferito al pregiudizio derivante dalla lesione dell'affidamento qualificato del cittadino a non essere coinvolto nelle ingiustificate lungaggini procedurali della pubblica amministrazione";

DANNO DA RITARDO - BENE DELLA VITA – TEMPO BENE AUTONOMO³³

Cons. Stato Sez. V, 10-02-2015, n. 675

"L'art. 2 bis, co. 1, L. n. 241 del 1990, richiama (ed è suscettibile nello) schema fondamentale dell'illecito extracontrattuale e riconosce che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e rafforza la tutela risarcitoria nei confronti dei ritardi della P.A., stabilendo che le P.A. siano tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa e colposa del termine di conclusione del procedimento. Infatti, il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a progetti imprenditoriali, condizionandone la relativa convenienza economica; in questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d.

³³ Tar Lecce (Puglia), sez. III, 15/01/14, n. 112; Tar L'Aquila (Abruzzo), sez. I, 19/12/13, n. 1064; Tar Trento (Trentino-Alto Adige), sez. I, 7/10/13, n. 324; Tar Bari (Puglia), sez. I, 19/7/13, n. 1148; Cons. Stato, sez. V, 21/06/13, n. 3405; Tar Catania (Sicilia), sez. II, 1/02/13, n. 390; Tar Lecce (Puglia), sez. I, 28/01/13, n. 190

rischio amministrativo e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo, purché il danno sussista e sia ingiusto (Conferma della sentenza del T.a.r. Veneto, sez. II, 21 aprile 2005, n. 1729)”;

T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 03-07-2015, n. 3580

“L'ammissibilità del risarcimento del danno da ritardo della P.A. risiede nel fatto che l'ingiusto pregiudizio cagionato dalla pubblica amministrazione, in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di definizione del procedimento, presuppone che il tempo sia un bene della vita per il cittadino e il ritardo nella conclusione di un procedimento abbia un costo (il che, in presenza dei dovuti presupposti, è suscettibile di ristoro patrimoniale secondo lo schema della responsabilità c.d. aquiliana) (art. 2 bis L. n. 241/1990)”;

T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 05-01-2018, n. 109

“Il fondamento della risarcibilità del danno da "mero ritardo" è nella considerazione che il tempo assurga a bene della vita autonomo la cui lesione è rilevante "ex se" ai fini risarcitori. Pertanto, il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione dei piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. Il danno da ritardo che si configura nella specie va pertanto riferito al pregiudizio derivante dalla lesione dell'affidamento qualificato del cittadino a non essere coinvolto nelle ingiustificate lungaggini procedurali della pubblica amministrazione”;

DANNO DA RITARDO – LESIONE PATRIMONIALE – LESIONE NON PATRIMONIALE³⁴

T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 04-07-2018, n. 4438

“Il danno da ritardo, di cui all' art. 2-bis, della L. n. 241/1990, non costituisce una fattispecie autonoma di illecito ma è da ricondursi al più ampio genus dell'art. 2043 c.c. , di cui condivide gli elementi costitutivi della responsabilità, purché sia fornita la prova di una lesione della sfera patrimoniale e non patrimoniale del soggetto danneggiato, verificatosi in conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione”;

T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 17-05-2018, n. 5500

“Il danno da ritardo della pubblica amministrazione risarcibile non è quello derivante dal mero ritardo nel provvedere - per il quale è prevista invece una tutela di natura

³⁴ Tar Napoli (Campania), sez. VIII, 3/7/13, n. 3391; Cons. Stato, sez. V, 21/06/13, n. 3405; Cons. Stato, sez. V, 27/03/13, n. 1773

indennitaria ex art. 2 bis della Legge n. 241/1990, bensì quello per il quale sia fornita prova di una lesione della sfera patrimoniale o non patrimoniale del soggetto danneggiato, verificatasi in conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione";

T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, 26-01-2017, n. 198

"L'art. 2 bis, co. 1, L. n. 241/1990 prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo (inerzia) dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo";,

Cons. Stato Sez. IV, 12-11-2015, n. 5143

"La domanda di risarcimento del danno da ritardo della P.A. nel provvedere, azionata ex art. 2043 c.c., può essere accolta dal Giudice, solo se l'istante dimostri, tra l'altro, che la mancata adozione del provvedimento dovuto, ha provocato nel suo patrimonio pregiudizi che non si sarebbero verificati ove l'atto fosse stato tempestivamente emanato (Conferma della sentenza del T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, n. 17173/2010)".

DANNO DA RITARDO - PERDITA DI CHANCE³⁵ - LUCRO

³⁵ Il danno da perdita di chance può essere definito come perdita di un'occasione favorevole. Tuttavia, non tutte le occasioni favorevoli perdute sono suscettibili di risarcimento. Vanno distinte da un lato, la chance di tipo pretensivo consistente nella frustrazione di un vantaggio motivatamente sperato dal danneggiato; dall'altro, la chance di tipo oppositivo consistente nella compromissione della possibilità di mantenere il bene della vita. In giurisprudenza è ormai emersa la tendenza ad ammettere la risarcibilità del danno da perdita di chance.

Una questione è se il danno da perdita di chance si configuri come un danno emergente ovvero un lucro cessante. Altra questione controversa è se il danno da perdita di chance si configuri come un danno attuale ovvero un danno futuro. La prima tesi è maggiormente apprezzabile e identifica il danno attuale nel valore economico da attribuire alla probabilità di conseguire o mantenere un certo bene, diverso da quello finale.

In particolare, la configurazione del danno da perdita di chance in termini di danno attuale o danno futuro, dipende dall'adesione che si faccia alla tesi ontologica, ovvero alla tesi eziologica. Secondo la prima infatti, la chance è un bene che esiste nel patrimonio del danneggiato e che va risarcito quale danno attuale da tenere distinto dal bene finale che l'interessato aspira a ottenere o a conservare. Ai fini risarcitori, il danneggiato sarà tenuto a provare la lesione della chance nella sua effettiva consistenza e il nesso causale intercorrente tra il comportamento del danneggiante e la suddetta lesione. In definitiva, va provata la lesione della probabilità di conseguire o mantenere un bene della vita autonomo e diverso da quello finale. Secondo la tesi eziologica invece, la chance sarebbe un bene astratto e futuro, che il danneggiato avrebbe probabilmente ottenuto senza il comportamento illegittimo del danneggiante. La giurisprudenza prevalente ha aderito alla tesi ontologica.

Nello specifico ambito del diritto amministrativo, è oggetto di attenzione se la figura del danno da perdita di chance sia utilizzabile per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo e per il risarcimento del danno nel caso di procedura di evidenza pubblica illegittima.

CESSANTE – COLPA AMMINISTRAZIONE

Cons. Stato, sez. III, 15/05/18, n. 2881

‘Il danno da perdita di chance è alternativo rispetto al danno da lucro cessante futuro da perdita del reddito in quanto o la vittima dimostra di avere perduto un reddito che verosimilmente avrebbe realizzato, ed allora le spetterà il risarcimento del lucro cessante, ovvero la vittima non dà quella prova, ed allora le può spettare il risarcimento del danno da perdita di chance (Cass. Sez. III, 13.10.2016 n. 20630).(...)La sola illegittimità di un atto della amministrazione, pur non fornendo elementi inconfutabili nel senso della sussistenza di una condotta colposa da parte dell'amministrazione, nondimeno fornisce rilevanti elementi nel senso di una presunzione relativa di colpa per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o, comunque, ad una violazione delle regole dell'agere amministrativo ad essa imposte.

La colpa della pubblica amministrazione viene individuata, dunque, nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse giuridicamente protetto di colui che instaura un rapporto con l'amministrazione. Viceversa, la responsabilità deve essere negata quando l'indagine conduce al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di

Quanto alla lesione di interesse legittimo, è necessario innanzitutto interrogarsi sull'opportunità di seguire ancora l'orientamento maggioritario secondo il quale la responsabilità della pubblica amministrazione va qualificata come responsabilità aquiliana. Una rivisitazione di questo punto di vista, con conseguente qualificazione di questa responsabilità come responsabilità da contatto qualificato, avrebbe chiaramente delle conseguenze sul piano delle regole applicabili: differenti regole risarcitorie (1218ss c.c.) e limitazione della risarcibilità entro i confini della relazione giuridica tra danneggiato e danneggiante. In secondo luogo, bisogna interrogarsi se il risarcimento del danno da lesione di interesse pretensivo rientri nell'alveo del giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, ovvero del danno da perdita di chance. La giurisprudenza propende per la prima soluzione in quanto la categoria della chance porta con sé il rischio di un aumento dei danni risarcibili. Va detto però che la chance in sé non dovrebbe avere come automatica conseguenza il diritto al risarcimento, essendo necessaria la prova dei requisiti di serietà e gravità. Il ricorso alla figura della chance, oltretutto, non dovrebbe sopperire nelle ipotesi in cui con il giudizio prognostico non si possa pervenire al risarcimento. Inoltre, va escluso che la chance possa essere collegata solo alla lesione di un diritto soggettivo, in quanto la Corte Costituzionale (sent. n. 204/2004) ha affermato che gli interessi legittimi non sono situazioni subalterne ai diritti soggettivi.

Quanto alle procedure di evidenza pubblica illegittime, vanno distinti due casi. Quello in cui sia fornita la prova che il ricorrente sarebbe stato aggiudicatario se la procedura non fosse stata illegittima; e quello opposto in cui tale prova non viene fornita. Nella prima ipotesi, il risarcimento riguarda un danno da lucro cessante e pertanto non serve ricorrere alla categoria della chance. Viceversa, nella seconda ipotesi, potrebbe essere utile ricorrere a questa categoria e configurare la responsabilità in termini di responsabilità da contatto. (Neri.V, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta* in *Urbanistica e Appalti* 2018, fasc. 3)

fatto (Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23; Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337).

Per la configurabilità della colpa dell'Amministrazione, in altri termini, occorre avere riguardo al carattere della regola di azione violata: se la stessa è chiara, univoca, cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento psicologico nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa giudicata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere è stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità. E, infatti, a fronte di regole di condotta inidonee a costituire, di per sé, un canone di azione sicuro e vincolante, la responsabilità dell'Amministrazione potrà essere affermata nei soli casi in cui l'azione amministrativa ha disatteso, in maniera macroscopica ed evidente, i criteri della buona fede e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile (cfr. ex multis Cons. St., sez. IV., 31 marzo 2015, n. 1683; 28/07/2015, n. 3707).(...) Occorre tener conto che l'Amministrazione non si è costituita in appello e non ha dedotto la realizzazione di vantaggi patrimoniali conseguiti nel periodo considerato dal ricorrente, il che non consente l'applicazione del c.d. principio della "compensatio lucri cum damno" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2017, n. 100)"

Cons. Stato, sez. V, 16/01/17

"In relazione alla domanda di risarcimento del danno per l'illegittimo ritardo nell'assunzione, il Collegio evidenzia che la pronuncia dell'illegittimità del provvedimento non comporta un automatico diritto al risarcimento del danno: nella specie il danno non può direttamente identificarsi nella mancata erogazione della retribuzione e della contribuzione, perché queste comunque presuppongono l'avvenuto espletamento della prestazione lavorativa, trattandosi di emolumento che, sinallagmaticamente, presuppone l'avvenuto svolgimento dell'attività di servizio. Non solo: in liquidazione del risarcimento del danno da mancata assunzione, dovendosi risarcire il pregiudizio concretamente subito dal ricorrente, occorre tenere conto dei vantaggi patrimoniali conseguiti nel periodo considerato (c.d. principio della compensatio lucri cum damno), in forza del quale il datore di lavoro (o l'Amministrazione, come nella specie) che contesti la domanda risarcitoria del lavoratore è onerato, pur mediante presunzioni semplici, della prova dell'aliunde perceptum dell' aliunde percipiendum (cfr. ex multis, Cass., lav., 12 maggio 2015, n. 9616)."

BENE DELLA VITA – GIUDIZIO PROGNOSTICO – DANNO EMERGENTE – LUCRO CESSANTE – LIQUIDAZIONE DEL

Cons. Stato, sez. IV, 25/02/16, n. 1371

“il risarcimento del danno da ritardo relativo ad un interesse legittimo pretensivo non può essere avulso da qualsivoglia 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; l'entrata in vigore dell'art. 2- bis, l. 7 agosto 1990, n. 241 non ha, infatti, elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della Pubblica amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali sia imputabile a colpa o dolo dell'Amministrazione medesima, che il danno lamentato sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'Amministrazione, nonché la prova del danno lamentato.” (ex aliis T.A.R. Lecce, -Puglia-, sez. I, 16/12/2015, n. 3582)(...) *“Il Collegio condivide detto approdo ermeneutico, dal quale non intende discostarsi, nella convinzione che allo stato attuale della legislazione esso costituisca l'unico punto di equilibrio per evitare il proliferare di richieste risarcitorie infondate, con le quali si stigmatizza un ritardo in relazione a pretese che non avrebbero avuto pratica possibilità di accoglimento”*(...) *“2.2. Nel caso di specie, l'appellante società cerca abilmente di ingenerare una commistione tra prova dell'avvenuto rilascio dell'autorizzazione, e prova del conseguimento del bene della vita.*

Ma tale auspicata coincidenza, in realtà non sussiste.

Invero risulta provato (e non negato da parte appellante) che essa, sebbene latrice dell'autorizzazione unica (effettivamente rilasciata seppur con ritardo) non procedette nella realizzazione dell'impianto eolico.

Ed a ciò non procedette sulla scorta di una (comunque insindacabile in questa sede) valutazione di convenienza economica, in quanto, per sua stessa ammissione, una volta che a cagione del ritardo nel rilascio del titolo abilitativo essa non avrebbe potuto accedere agli incentivi previsti per il detto impianto, non vi sarebbe stata convenienza economica nel realizzarlo.

Se così è, quindi, deve prendersi atto che il “bene della vita” auspicato dall'appellante non era il rilascio dell'autorizzazione in se è per se, quale unica condizione per la realizzazione dell'impianto, ma qualcosa di più complesso.

³⁶ Cons. Stato, sez. V, 27/03/13, n. 1762; Tar Roma (Lazio), sez. I, 12/11/13, n. 9640

Id est: il rilascio dell'autorizzazione per la realizzazione di un impianto che avesse potuto accedere ai finanziamenti (e, quindi: un impianto "finanziabile", come peraltro a più riprese sostenuto nell'atto di appello)."(...) "L'unica tematica sulla quale è necessario interrogarsi, riposa quindi nella risposta al seguente quesito: laddove l'autorizzazione unica fosse stata tempestivamente rilasciata, sussistevano le condizioni affinché l'appellante potesse acquisire il bene della vita, rappresentato, si ripete dalla realizzazione di un impianto fotovoltaico in grado di ottenere gli auspicati finanziamenti?"(...) "la prognosi negativa, fondata su una analitica "simulazione" assume caratteristiche di certezza. Per considerare lesa l'aspirazione dell'appellante di ottenere il bene della vita (unica condizione, si ripete, per ottenere il risarcimento del danno richiesto) dovrebbe essersi raggiunta la prova che la ferma volontà imprenditoriale di edificare l'impianto pur rischiando un investimento in perdita, laddove le incentivazioni non fossero state concesse, fosse supportata da una serie di dati (esemplificativamente: presenza di capitali propri sufficienti, accesso a linee di credito bancarie, ovvero presenza di un gruppo imprenditoriale che avesse accettatori finanziare la costruzione, etc etc) che rendessero perlomeno plausibile detta ipotesi."(...) "Secondo questo Consiglio di Stato (sez. V, 2 febbraio 2008 n. 490) "il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile" e ciò è quello che "distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile". Muovendo da tale condivisibile principio, rileva il Collegio che la posizione attiva dell'appellante non assume neanche la consistenza della chance (per una completa e condivisibile disamina della risarcibilità della chance incentrata sul criterio del "più probabile che non si veda Consiglio di Stato, sez. V, 28/04/2014, n. 2195) dal che consegue di necessità anche la reiezione di tale profilo di domanda (e di quelle connesse: vendita dell'impianto autorizzato mercè l'accesso alle tariffe incentivanti previste dal 1° bando del V conto energia, vendita dell'energia prodotta da un simile impianto) , potendosi soltanto osservare, in più, che quanto alla vendita di energia, essa era ricompresa nel detto bando, per cui la domanda autonoma così formulata è, in realtà, una superfetazione del petitum principale.

Così integralmente disattesa la domanda risarcitoria del c.d. "lucro cessante", in tutte le sue articolazioni, si osserva che analoga sorte va riservata alla domanda volta ad ottenere la corresponsione del "danno emergente", siccome prospettato dall'odierna appellante."(...) "3.1.1. E' sufficiente in proposito rilevare che non v'è in atti alcuna fattura, emessa dall'appellante società, che comprovi l'esborso di denaro da essa sostenuto in connessione con il progetto presentato, e per le "causali" dalla stessa ipotizzate (ad es. per la progettazione).

Invero, la uniforme giurisprudenza di primo grado (ex aliis, ancora di recente T.A.R. L'Aquila, -Abruzzo-, sez. I, 14/01/2015, n. 10; T.A.R. Bologna -Emilia-

Romagna- sez. I 09 aprile 2015 n. 344) ha costantemente e condivisibilmente puntualizzato che nell'ipotesi in cui venga lamentato un danno procedimentale c.d. "da ritardo" mentre per il danno non patrimoniale (neppure richiesto, nell'odierno processo) è possibile procedere alla liquidazione secondo criteri equitativi, per le voci di danno patrimoniale occorre, rispettivamente "una concreta rendicontazione" per il danno emergente, ed anche con riferimento al lucro cessante," non può comunque prescindere da una indicazione, né generica né esplorativa, dei mancati guadagni, delle mancate occasioni e degli aggravii patrimoniali indiretti, scaturiti dal ritardo a provvedere."

Quanto al lucro cessante, si è già detto prima, e non occorre ripetersi.

Quanto al danno emergente, né in primo grado né nell'odierno grado di giudizio la società appellante ha allegato alcunché (nuovamente, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 28/04/2014, n. 2195 sulla impossibilità della prova per presunzioni)."

DANNO DA RITARDO - PERDITA DI CHANCE

Cons. Stato, sez. V, 16/07/15, n. 4592

«In relazione al «risarcimento del danno da perdita di chance», derivante dalla mancata partecipazione a procedure di gara indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici, va richiamata la consolidata giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, n. 131 del 2015; Sez. V, n. 3082 del 2014; Sez. V, n. 2195 del 2014; Cass. civ., n. 20351 del 2010 e n. 21255 del 2013, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.) per la quale:

I) il danno da «perdita di chance» è da intendersi, in linea di principio, quale lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, occasione che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione;

II) in ordine alla prova del grado di concreta ed effettiva possibilità di conseguire il «bene della vita», va rilevato come, superata la teoria 'ontologica' secondo cui la risarcibilità sarebbe svincolata dalla idoneità presuntiva della chance ad ottenere il risultato finale, si sia affermato il diverso indirizzo c.d. eziologico, legato al criterio della c.d. causalità adeguata o 'regolarità causale' o 'probabilità prevalente';

III) pertanto il danno da perdita di chance può essere in concreto ravvisato e risarcito (ove ne ricorrano i presupposti anche in via equitativa) solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta;

IV) in questo senso si è più volte precisato, con argomentazioni estensibili al caso di specie, che il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità concreta che egli avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato, atteso che la valutazione equitativa del

danno, per un principio generale desumibile dall'articolo 1226 del codice civile, presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile; in particolare, la lesione della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole presuppone che sussista una probabilità di successo (nella specie di vedersi aggiudicato l'appalto) almeno pari al 50 per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative.

Con riferimento al caso di specie, rileva innanzitutto la Sezione che nel corso del presente giudizio la società ricorrente in primo grado non ha addotto alcun oggettivo e specifico elemento di prova, da cui si possa desumere l'esistenza di una significativa chance di successo, in termini di rilevante probabilità di aggiudicazione dell'appalto e, tantomeno, nella misura del 50 per cento.

L'aspirazione della s.r.l. Scode al conseguimento dell'appalto va qualificata come una mera «aspettativa di fatto», che non può essere fondatamente posta a base di una domanda risarcitoria.”

DANNO DA RITARDO - PERDITA DI CHANCE – GIUDIZIO PROGNOSTICO

Cons. Stato, sez. III, 28/01/16, n. 559

“la configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni provocati dall'azione amministrativa esige l'adozione di un provvedimento illegittimo, la dimostrazione del dolo o della colpa, da valersi quale elemento costitutivo del diritto al risarcimento, dell'autorità che lo ha emanato, non essendo sufficiente il solo annullamento dell'atto lesivo (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 11 marzo 2015, n.1272), e la prova che dalla colpevole condotta amministrativa sia derivato, nella sfera patrimoniale del presunto danneggiato, un pregiudizio economico direttamente riferibile all'assunzione od all'esecuzione della determinazione illegittima (cfr ex multis Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2015, n.3400).”(…) “La ricorrente allega, come voce, nella specie rivendicata, del danno provocato dagli illegittimi affidamenti diretti del servizio in questione, il lucro cessante, nella peculiare declinazione della c.d. perdita di chance, e, cioè, nel pregiudizio sofferto per aver perduto, quale conseguenza dell'adozione dei predetti atti illegittimi, l'occasione di conseguire il bene della vita (l'aggiudicazione dell'appalto) che avrebbe potuto ottenere se l'Amministrazione si fosse comportata correttamente (e, cioè, se avesse bandito una procedura aperta, anziché procedere ad una illegittima procedura negoziata senza pubblicazione del bando).

La disamina della fondatezza di tale pretesa risarcitoria postula una sintetica ricognizione dei principi e delle regole che presidiano lo scrutinio della spettanza del relativo diritto.

La risarcibilità del danno da perdita di chance è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in

cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata (Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2015, n.4592).

E' stato, inoltre, chiarito, che, nelle pubbliche gare, il predetto diritto risarcitorio spetta solo se l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione illegittima riesca a dimostrare, con il dovuto rigore, che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n.4431).

Il danneggiato risulta, perciò, gravato dell'onere di provare l'esistenza di un nesso causale tra l'adozione o l'esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo e la perdita dell'occasione concreta di conseguire un determinato bene della vita (Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n.4115), con la conseguenza che il danno in questione può essere risarcito solo quando sia collegato alla dimostrazione della probabilità del conseguimento del vantaggio sperato, e non anche quando le chance di ottenere l'utilità perduta restano nel novero della mera possibilità (Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n.3147)." (...)

"Mentre, infatti, nel primo caso (probabilità di conseguimento del bene della vita) appare ravvisabile un nesso causale, da valersi quale indefettibile elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, tra condotta antigiuridica e danno risarcibile, nella seconda ipotesi (mera possibilità di conseguimento del vantaggio perduto) risulta interrotta proprio la sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata dal danneggiato.

Nel caso, in cui, quest'ultimo non riesca a dimostrare che, senza l'adozione dell'atto illegittimo, avrebbe certamente (o molto probabilmente) conseguito il vantaggio che, invece, l'attività provvedimentale lesiva gli ha impedito di ottenere, non appare ravvisabile alcuna perdita patrimoniale eziologicamente riconducibile all'atto invalido, nelle forme del lucro cessante e, cioè, nella perdita di un'occasione concreta e molto probabile di accrescimento del patrimonio del danneggiato."(...) *"Nelle controversie aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici la perdita di chance può, infatti, essere risarcita solo quando vengono giudicate illegittime l'esclusione di un'impresa da una gara o l'aggiudicazione della stessa a un'altra impresa e quella invalidamente pretermessa dall'affidamento dell'appalto riesce a dimostrare che, se la procedura fosse stata amministrata correttamente, la sua offerta avrebbe avuto concrete probabilità di essere selezionata come la migliore, risultando provato, in questo caso, il nesso causale diretto tra la violazione accertata e la perdita patrimoniale (nella forma del lucro cessante) patita dalla concorrente alla quale è stata invalidamente sottratta l'occasione di conseguire l'aggiudicazione.*

Quando, invece, viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata proprio indetta), l'impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, riceve, in via

generale, una tutela risarcitoria integralmente satisfattiva per mezzo dell'effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto (ed alla quale potrà partecipare, conservando, perciò, integre le possibilità di aggiudicazione del contratto, l'impresa che ha ottenuto, in via giudiziaria, l'annullamento dell'affidamento diretto).

Nelle ipotesi, tuttavia, in cui tale forma di tutela (in forma specifica) non è più possibile perché, come nel caso di specie, l'Amministrazione ha deciso di gestire direttamente il servizio, internalizzandone l'esercizio, quella risarcitoria per equivalente da perdita di chance resta, in ogni caso, preclusa dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri, termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità) aggiudicato.

Nella situazione appena descritta, infatti, le possibilità che l'impresa che ha denunciato l'illegittimità dell'affidamento diretto (ottenendone l'annullamento) si sarebbe aggiudicata l'appalto, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, sono pari a quelle di qualsiasi altro operatore del settore legittimato a partecipare alla procedura, sicché resta preclusa qualsivoglia analisi delle concrete possibilità di esito favorevole della selezione per l'impresa asseritamente danneggiata, che non può che fondarsi, come sopra rilevato, sulla verifica della competitività della sua offerta (che, tuttavia, nella situazione esaminata non è stata proprio presentata, con la conseguenza dell'impossibilità materiale dello scrutinio del grado di probabilità di successo della ricorrente)."

TEORIA DELLA CHANCE EZIOLOGICA - TEORIA DELLA CHANCE ONTOLOGICA

Cons. Stato, sez V, 11/01/18, n. 118

"Con il secondo motivo d'appello il Ministero contesta nel merito la condanna pronunciata nei suoi confronti dal Tribunale amministrativo ed in particolare il riconoscimento di una chance risarcibile ex art. 2043 del Codice civile. L'amministrazione deduce che Fastweb non ha dato la prova di una rilevante probabilità di conseguire all'esito di un'ipotetica procedura di affidamento l'aggiudicazione dei servizi invece affidati senza gara a Telecom Italia. In particolare il Ministero dell'interno reitera l'assunto, già disatteso dal giudice di primo grado, secondo cui tale prova richiederebbe la dimostrazione di una probabilità superiore al 50%.

A questo particolare riguardo il Ministero evidenzia che:

- il Tribunale amministrativo ha fatto propria la teoria della chance ontologica, intesa come mera possibilità di aggiudicarsi l'affidamento, a prescindere dalle effettive

probabilità, le quali secondo questa ricostruzione rilevano solo ai fini della quantificazione del danno;

- in ciò il giudice di primo grado avrebbe così violato la consolidata giurisprudenza amministrativa, che invece annette rilievo decisivo alla consistenza statistica della chance, ai fini dell'andamento del risarcimento;

- la diversa ricostruzione della chance propugnata nel presente appello principale (c.d. teoria eziologica, in antitesi a quella ontologica) si fonda poi sulle norme europee, e segnatamente sull'art. 2, comma 1, lett. c), della citata direttiva 89/665/CEE, che contempla la possibilità di accordare un risarcimento in caso di legittima aggiudicazione a terzi ai soggetti «lesi dalla violazione» verificatasi in sede di gara; ed è inoltre conforme alla giurisprudenza di legittimità occupatasi del rimedio risarcitorio nei confronti di questa peculiare posizione soggettiva.”

(...) “Come bene evidenzia Fastweb negli scritti difensivi, attraverso questa deduzione il Ministero dell'Interno pretende quindi di sottoporre la domanda risarcitoria azionata nel presente giudizio alla regola della c.d. causalità alternativa ipotetica, in virtù della quale laddove si dimostri che danno lamentato si sarebbe comunque verificato per effetto di una sequenza causale diversa ed autonoma rispetto a quella concretamente verificatasi, lo stesso non sarebbe risarcibile per effetto di quest'ultima.

In contrario deve tuttavia rilevarsi che in materia di responsabilità civile, in particolare in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 Cod. civ., nel cui paradigma è inquadrabile la responsabilità della pubblica amministrazione per illegittimità provvedimento (da ultimo: Cons. Stato, IV, 1 agosto 2017, n. 3841), la c.d. teoria della causalità alternativa ipotetica ha rilievo solo in relazione agli illeciti omissivi. In relazione a questa categoria occorre infatti stabilire se l'evento dannoso non si sarebbe verificato se il preteso responsabile avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli (cfr., da ultimo: Cass., II, 19 novembre 2004, n. 21894; III, 18 luglio 2011, n. 15709).

La stessa teoria è priva del suo presupposto rispetto ad illeciti commissivi, quali appunto quelli derivanti dall'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, come nel caso oggetto del presente giudizio.

Infatti, in relazione a quest'ultima categoria l'accertamento del giudice deve stabilire se gli atti amministrativi abbiano costituito la causa del danno lamentato, e dunque se costituiscano il fatto illecito che è fonte di responsabilità ai sensi della clausola generale dell'art. 2043 del Codice civile.

La giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che la domanda risarcitoria va respinta una volta accertata la legittimità dell'atto impugnato, perché diviene carente il requisito dell'ingiustizia del danno, essenziale per integrare la fattispecie di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 poc'anzi richiamato (cfr. ex multis: Cons. Stato, IV, 25 gennaio 2017, n. 293, 27 aprile 2015, n. 2109, 6 agosto 2013, n. 4150;

V, 9 maggio 2017, n. 2115, 13 febbraio 2017, n. 604, 21 giugno 2016, n. 2723, 22 marzo 2016, n. 1186, 1 ottobre 2015, n. 4588, 8 giugno 2015, n. 2807, 31 dicembre 2014, n. 6450). Se ne desume, a contrario, che una volta accertata l'illegittimità dell'atto, non resta possibile per l'amministrazione sottrarsi all'addebito di responsabilità civile invocando asserite alternative provvedimenti; tanto meno quando queste possano configurare ulteriori ragioni di illegittimità del medesimo atto (come nel presente caso). Infatti, in questa ipotesi si opererebbe una scissione nel rapporto di necessaria consequenzialità tra il giudizio di legittimità sul provvedimento amministrativo oggetto della domanda di annullamento e il rimedio del risarcimento del danno «per lesione di interessi legittimi», la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (art. 7, comma 4, Cod. proc. amm.)»(...) “Accertata dunque la consistenza della chance di aggiudicazione mediante gara vantata da Fastweb nella misura del 20%, derivante dall'esistenza di cinque operatori qualificati nel mercato dei servizi di comunicazione elettronica per le pubbliche amministrazione, va ora esaminata l'ulteriore questione, oggetto del secondo motivo dell'appello principale, relativa all'astratta risarcibilità di tale posizione giuridica. Sul punto la Sezione registra un contrasto di giurisprudenza che impone ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm. il deferimento all'Adunanza plenaria.

In senso contrario all'accoglimento della domanda risarcitoria proposta nel presente giudizio si registrano alcune pronunce di questo Consiglio di Stato in cui il risarcimento della chance è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Tra le numerose si segnalano:

- **Cons. Stato, IV, 20 luglio 2017, n. 3757**, resa in una fattispecie in cui un ufficiale di un'amministrazione militare vistosi illegittimamente sopravanzato in una procedura di avanzamento aveva chiesto il ristoro degli emolumenti che avrebbe potuto percepire per incarichi connessi al superiore grado negatogli, tuttavia non ritenuti probabili e pertanto non ristorati;

- **Cons. Stato, VI, 5 marzo 2015, n. 1099**, in un caso analogo, in cui era rivendicato il danno da ritardata assunzione ad un impiego pubblico e in cui si era tra l'altro dedotta per effetto di ciò la perdita di incarichi remunerati;

- **Cons. Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 762**, relativa ad un concorso ad un pubblico impiego non preceduto da pubblicità sulla Gazzetta ufficiale, in cui è stato negato il risarcimento a causa dell'impossibilità di dimostrare l'esito della selezione a sé favorevole, laddove sostenuta;

- **Cons. Stato, V, 22 settembre 2015, n. 4431**, concernente una domanda di risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione di un'impresa illegittimamente esclusa da una procedura di affidamento e autrice del maggior ribasso percentuale oltre la soglia di anomalia automaticamente determinata, in relazione alla quale si è

affermato che residuava il potere discrezionale della stazione appaltante di valutare le giustificazioni dalla stessa fornite circa il ribasso offerto;

- Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740, che del pari ha negato il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione ad un'impresa concorrente ad una procedura di affidamento da essa illegittimamente esclusa, a causa dell'assenza di prova in ordine alla probabilità di ottenere tale aggiudicazione.

Maggiormente pertinente al caso di specie è la sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 9 febbraio 2016, n. 559, che ha negato il risarcimento della chance di aggiudicazione ad un operatore economico che aveva impugnato un affidamento senza gara ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

La fattispecie decisa in quest'ultima pronuncia appare pertinente al caso oggetto del presente giudizio.

A questo riguardo, dopo avere ricordato che in linea generale il risarcimento della chance di aggiudicazione presuppone che l'impresa vistesse illegittimamente privata di questo bene riesca a dimostrare «che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità», detta sentenza ha nello specifico statuito che in caso di affidamento diretto di un appalto senza gara la tutela conseguibile per l'operatore del settore è quella in forma specifica consistente nella reintegrazione di tale chance per effetto della pronuncia di annullamento degli atti impugnati e nel conseguente «effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto». Nella diversa ipotesi in cui ciò non sia possibile, il ristoro per equivalente della chance di aggiudicazione resta precluso «dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri, termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità) aggiudicato».

VI.4. Nella medesima linea si colloca un precedente di questa V Sezione, costituito dalla sentenza 1° ottobre 2015, n. 4592.

Anche nella fattispecie decisa in quest'ultima pronuncia un'impresa aveva chiesto il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata indicazione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto, alla quale la stessa avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico. Quindi, nell'escludere qualsiasi ristoro, la sentenza ha attribuito rilevanza decisiva alla circostanza che non era stata fornita la prova di una probabilità di aggiudicazione «almeno pari al 50 per cento», in un mercato contraddistinto dalla presenza di almeno tre potenziali competitori.

Sul punto si è evidenziato che in caso di chance correlata ad una probabilità inferiore «diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non

significative».

Per contro, altre decisioni di questo Consiglio di Stato hanno riconosciuto in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, il risarcimento della chance vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza) non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la chance di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara.

Si collocano in questo indirizzo le seguenti sentenze:

- Cons. Stato, V, 2 novembre 2011, n. 5837, in cui si è affermato che la chance si sostanzia «nella mancata possibilità per la ricorrente di partecipare ad una gara per l'affidamento della commessa in questione»;

- Cons. Stato, V, 8 aprile 2014, n. 1672, relativa ad un caso di mancata apertura delle buste in seduta pubblica, e che ha qualificato chance non come «perdita di un risultato utile sicuro» ma come «il semplice venire meno di un'apprezzabile possibilità di conseguirlo, in particolare per essere stato l'interessato privato della stessa possibilità concreta di aggiudicarsi un appalto»;

- Cons. Stato, V, 1° agosto 2016, n. 3450, che ha affermato che «la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta», ed ha pertanto confermato il risarcimento già riconosciuto in primo grado, sulla base della teoria della «c.d. chance ontologica», consistente nell'aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

Il contrasto di giurisprudenza si pone dunque tra pronunce aderenti alla teoria della chance ontologica e quelle che invece optano per la chance eziologica.

Come evidenzia il Ministero dell'interno, la discriminante tra le due opposte configurazioni si incentra sul rilievo da attribuire alle possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione ed in particolare sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'an stesso del risarcimento nel secondo.

In altri termini, nell'ambito della dicotomia dei danni risarcibili ex art. 1223 Cod. civ., la teoria della chance ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La teoria eziologica intende invece la lesione della chance come violazione di un diritto

non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.”

DANNO INGIUSTO – DANNO EMERGENTE – LUCRO CESSANTE

Cons. Stato, sez. VI, 27/06/17, n. 3392

“in termini generali, è del tutto nota, e non necessita quindi di puntuali citazioni giurisprudenziali, la regola del nostro ordinamento secondo la quale per “danno ingiusto” risarcibile ai sensi dell’art. 2043 c.c. si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto. Conseguenza logica della regola è quindi la necessità, per chiunque pretenda un risarcimento, di dimostrare la cd. spettanza del bene della vita, ovvero la necessità di allegare e provare di essere titolare, in base ad una norma giuridica, del bene della vita che ha perduto e di cui attraverso la domanda giudiziale vorrebbe ottenere l’equivalente economico. Nel caso particolare che qui rileva, della domanda di risarcimento proposta contro la pubblica amministrazione in dipendenza da un atto amministrativo illegittimo, la giurisprudenza ha allora affermato - da ultimo, C.d.S. sez. IV 30 gennaio 2017 n.361- che il mero annullamento giurisdizionale dell’atto, di per sé, non consente di riconoscere un risarcimento. E’infatti necessario che il giudicato di annullamento relativo abbia riconosciuto all’interessato, appunto, la spettanza del bene della vita, il che non si verifica quando l’annullamento avvenga per vizi formali, ovvero principalmente per violazione delle norme sul procedimento ovvero per difetto di motivazione. In tali casi, infatti, l’annullamento non vincola senz’altro l’amministrazione a riconoscere all’interessato quanto da lui richiesto, e quindi non si può dire che un danno ingiusto per non averlo ottenuto esista: così, fra le molte, C.d.S. sez. V 6 marzo 2017 n.1037 e 10 febbraio 2015 n.675”(…) ‘Il Collegio non ignora che in astratto nel caso di annullamento per vizio formale è possibile configurare un danno da ritardo, derivante dall’incertezza illegittimamente causata sul modo in cui regolarsi nell’attesa che l’amministrazione si pronunci sulla stessa spettanza del bene della vita: si veda sul principio C.d.S. sez. IV 7 marzo 2005 n.875. Anche in tali fattispecie, infatti, è possibile configurare l’esistenza della lesione, che comunque andrebbe rigorosamente provata, di un interesse economicamente rilevante; tale prospettiva, peraltro, è radicalmente alternativa rispetto a quella con cui, come nella specie, si domandi il risarcimento di un danno emergente e di un lucro cessante pieni ed attuali, ovvero commisurati al valore che avrebbe il bene della vita reclamato, ove l’amministrazione lo avesse riconosciuto. Ne consegue quindi che la relativa domanda, in quanto fondata su un diverso e distinto titolo, si deve proporre in tali termini sin dal

primo grado”

Cons. Stato, sez. IV, 19/07/18, n. 5351

“secondo il costante orientamento seguito in sede pretoria, il danno da ritardo è riconducibile al paradigma dell’art. 2043 c.c. alla stessa stregua del risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, sulla base della considerazione che il tempo dell’azione amministrativa non costituisce un bene della vita a sé stante e pertanto la situazione soggettiva lesa è l’interesse legittimo pretensivo (Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7). Questo Consiglio ha più di recente rilevato, che “Ai fini della sussistenza della responsabilità dell’Amministrazione Pubblica per i danni che il privato ha subito a causa della ritardata emanazione di un provvedimento favorevole, rilevano gli stessi elementi dettati dal paradigma generale dell’illecito aquiliano di cui all’ art. 2043 cod. civ.” (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3730). Poiché il risarcimento del danno da ritardo inerisce ad un interesse legittimo pretensivo, implica anche “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” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240)”

GIUDIZIO PROGNOSTICO – PERDITA DI CHANCE – DANNO ESISTENZIALE

Tar Napoli Campania, sez. V, 4/06/18, n. 5347

“ed invero, “per gli interessi pretensivi l’obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell’amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone “del più probabile che non”) spettato al titolare dell’interesse; di talché solo ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell’illecito, può essere risarcito, per intero o sotto forma di perdita di chance” (Cons. di St., sez. IV, 14.06.2018, n. 3657); con la precisazione, cioè, che “il riconoscimento della responsabilità della Pubblica amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l’accertamento che l’inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell’Amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell’Amministrazione nonché la prova del danno lamentato”

(T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 18.01.2018, n. 164)”

AZIONE RISARCITORIA – NE BIS IN IDEM³⁷

Tar Roma Lazio, sez. I quater, 12/06/18, n. 8190

“In via preliminare, osserva il Collegio che nel caso in esame, benché la fattispecie dedotta come fonte di responsabilità aquiliana della p.a. si sia perfezionata prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la domanda risarcitoria è stata proposta successivamente all'entrata in vigore dello stesso Codice ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

In particolare, secondo tale disposizione:

- a) l'azione di condanna della P.A. può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (comma 1);*
- b) può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (comma 2);*
- c) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (comma 3).*

*Quanto all'osservanza del termine di decadenza va rilevato che, per giurisprudenza ormai costante, tale termine non si applica nei casi in cui, come in quello in esame, la fattispecie si sia perfezionata prima dell'entrata in vigore del Codice (**Cons. Stato Sez. IV, 15-03-2018, n. 1654**) mentre quanto al mancato rispetto del termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 comma 1, c.c.- decorrente dalla data dell'adozione della delibera di G.R. n. 5604 del 27.10.1998 – non resta al Collegio che rilevare che l'amministrazione non ha sollevato la relativa eccezione e, pertanto, resta preclusa al Collegio la possibilità di dichiararla d'ufficio.*

Pertanto, in via preliminare – come dato atto al difensore presente in udienza- va esaminata l'eccezione di violazione del "ne bis in idem".

Il principio del ne bis in idem si esprime nella fondamentale regola che sta alla base del fenomeno della cosa giudicata, in forza del quale, esauriti i mezzi di impugnazione, emerge il divieto per qualsiasi altro giudice di pronunciarsi ulteriormente sulla materia che ha costituito oggetto della pronuncia passata in giudicato (giudicato in senso processuale), divieto che costituisce il fondamento del giudicato in senso sostanziale, secondo cui l'accertamento passato in giudicato "fa stato ad ogni effetto" tra le parti. Di fronte ad un'eccezione di violazione del precedente giudicato è, quindi, compito

³⁷ **Tar Roma (Lazio), sez. I, 7/01/13, n. 83**

dell'interprete verificare se l'azione proposta sia la stessa su cui è sceso il giudicato oppure sia un'altra.

Tale regola, mutuata nel processo amministrativo dai principi civilistici desumibili dagli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c. - secondo cui al giudice del medesimo grado di giurisdizione è precluso il potere di pronunciarsi su questioni già definite con sentenza a prescindere dalla circostanza che tale sentenza sia o meno passata in giudicato- determina la conseguenza che è inammissibile che una questione già decisa possa essere oggetto di una nuova decisione.

Analoga situazione si verifica quando il medesimo soggetto propone più volte la medesima domanda allo stesso giudice con distinti ricorsi volti a conseguire la caducazione degli stessi atti, sorreggendola con analoghi motivi, atteso che potenzialmente anche tale condotta è idonea a determinare un eventuale contrasto di giudicati. Tale situazione si realizza allorquando vi sia identità sia delle parti dei due giudizi, sia degli elementi identificativi dell'azione proposta, ossia il petitum e la causa petendi, occorrendo che in entrambi i giudizi sia chiesto l'annullamento degli stessi provvedimenti sulla base di identici motivi di impugnazione”

PERDITA DI CHANCE

Tar Napoli, sez. V, n. 4091

Che richiama il “danno da perdita di chance, ritenuto dalla giurisprudenza come seria e congrua possibilità di conseguire un risultato utile”. Inoltre, “non risarcibile, in mancanza di prova della sua esistenza è il danno non patrimoniale per il pregiudizio subito alla vita di relazione non potendo la richiesta valutazione equitativa, possibile quando il danno non possa essere provato nel suo ammontare, sopperire alla prova dell'esistenza del danno (cfr ex multis Cassazione civile, sez. VI, 22/02/2017, n. 4534 secondo cui “La facoltà per il giudice di liquidare in via equitativa il danno esige due presupposti: in primo luogo, che sia concretamente accertata l'ontologica esistenza d'un danno risarcibile, prova il cui onere ricade sul danneggiato, e che non può essere assolto semplicemente dimostrando che l'illecito ha soppresso una cosa determinata, se non si dimostri altresì che questa fosse suscettibile di sfruttamento economico; in secondo luogo, il ricorso alla liquidazione equitativa esige che il giudice di merito abbia previamente accertato che l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) d'una stima esatta del danno dipenda da fattori oggettivi, e non già dalla negligenza della parte danneggiata nell'allegare e dimostrare gli elementi dai quali desumere l'entità del danno”)”

PERDITA DI CHANCE – DANNO ESISTENZIALE – AZIONE RISARCITORIA

Tar Roma, sez. III ter, 13/04/18, n. 5400

La “parte ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni – da qualificarsi ex art.2043 c.c.(...) inoltre dal ritardo nell’ottenimento della richiesta sarebbero conseguiti un ulteriore danno da perdita di chance e un danno esistenziale gravissimo per non aver potuto effettuare scelte imprenditoriali diverse da quelle operate confidando nella legittimità della negoziazione(...)Il Collegio evidenzia infatti come già prima dell’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo l’azione risarcitoria autonoma fosse esperibile, applicandosi alla stessa il termine di prescrizione quinquennale (come definitivamente chiarito anche dall’Adunanza Plenaria n. 3/2011; v.anche Consiglio di Stato, sez. IV, 25/01/2017, n. 29; 30/01/2017 n.361). Il dies a quo di tale termine di prescrizione deve, pertanto, essere individuato con riferimento alla data dei provvedimenti lesivi (17 gennaio e 20 febbraio 2001).

Né, ad avviso del Collegio, può valere nel caso in esame ad interrompere la prescrizione (secondo l’orientamento giurisprudenziale secondo cui la domanda, proposta al giudice amministrativo, di annullamento del provvedimento lesivo è idonea, per la durata del processo amministrativo, ad interrompere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, con la conseguenza che la prescrizione già interrotta può iniziare a decorrere nel giudizio risarcitorio dal passaggio in giudicato della statuizione del giudice amministrativo: cfr., ex multis, Cass. 10395/2012; Cass. 4874/2011) la proposizione del ricorso giurisdizionale”

DANNO INGIUSTO – QUANTIFICAZIONE DEL DANNO – DANNO ESISTENZIALE³⁸

Tar Roma, sez. I quater, 24/10/17, n. 3202

“la positiva definizione del procedimento per il passaggio del ricorrente nei ruoli civili è effettivamente sopraggiunta dopo un lungo periodo di tempo; peraltro, occorre considerare che non è l’inerzia dell’Amministrazione o l’inutile aggravamento del procedimento ad avere ritardato l’ottenimento del bene della vita cui il medesimo aspirava, in quanto il “tardivo” transito nei ruoli civili è strettamente collegato all’adozione, nel tempo, di diversi atti (dapprima, il diniego, il successivo provvedimento recante il suo collocamento a riposo, e, riavviato il procedimento, il giudizio medico di prima istanza recante la non idoneità assoluta del ricorrente) avverso cui il ricorrente ha interposto diversi ricorsi (in sede giurisdizionale e amministrativa), di talché il procedimento ha inevitabilmente risentito anche dei tempi occorrenti alla rimozione di atti ritenuti illegittimi”(...) “Esiste, in altri termini, un diretto nesso di causalità tra l’attività riconosciuta come illegittima e il danno patrimoniale lamentato dal ricorrente, e ragguagliato alle mancata

³⁸ Tar Bari (Puglia), sez. III, 16/04/13, n. 576; Tar Roma (Lazio), sez. I, 6/12/12, n. 10179

corresponsione delle retribuzioni spettanti in base alla nuova posizione funzionale ricoperta nei ruoli civili dell'amministrazione, riconosciuta all'esito di diversi giudizi e di un nuovo procedimento per la valutazione dei presupposti per il transito, anche questo complicato dalla illegittimità del giudizio medico adottato in prima istanza.

Ritiene il Collegio, pertanto, che la domanda introdotta dal ricorrente per ottenere il ristoro della sfera giuridica lesa per essere stato immesso nei ruoli civili a distanza di dieci anni dalla originaria istanza, non debba essere qualificata quale diritto al risarcimento da ritardo, ma debba essere più correttamente inquadrata nell'alveo del diritto al risarcimento del danno ingiusto cagionato dalla Amministrazione mediante una attività connotata da illegittimità.

Tanto precisato, ritiene il Collegio che il ricorrente ha subito indubitabilmente un pregiudizio dalla illegittimità degli atti che hanno costellato il procedimento dal medesimo avviato per avere egli conseguito il bene sperato (transito in ruolo civile) molti anni dopo rispetto al momento in cui se ne era determinato il presupposto, con lesione delle aspettative di carriera che avrebbe potuto maturare se quegli atti non fossero stati adottati e non fosse stato necessaria la loro rimozione in sede giurisdizionale; inoltre, è sufficiente, ai fini in parola, la dimostrata illegittimità degli atti da cui è derivato il danno lamentato, quale indice presuntivo della colpa, mentre sarebbe stato a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare l'errore scusabile, ma, come detto, questa non si è nemmeno costituita in giudizio.

Circa la quantificazione del danno subito dal ricorrente, il Collegio non ha motivo di discostarsi dalla giurisprudenza formatasi in materia (da Cons. di Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4020, in poi), ritenendo che il danno per ritardata assunzione, nel caso di specie, nel ruolo civile della medesima amministrazione di appartenenza, non può coincidere con la mancata erogazione della retribuzione e delle connesse indennità contributive, in quanto questi elementi patrimoniali determinerebbero la restituito in integrum la cui spettanza, per le ragioni sopra esposte, è stata invece esclusa.

Peraltro, tenuto conto del pregiudizio materiale subito e della colpa riferibile alla amministrazione, di cui sopra si è detto, il danno risarcibile può essere quantificato equitativamente, in applicazione del combinato disposto degli atti artt. 2056, commi 1 e 2, e 1226 c.c., in una somma pari al 50 % delle retribuzioni, che sarebbero state corrisposte al ricorrente nel periodo intercorrente tra la data entro cui il procedimento per il transito avrebbe dovuto essere conclusa positivamente (che si ritiene correttamente individuata dal ricorrente nell'aprile 1998) e quella dell'effettiva immissione nei ruoli civili dell'Amministrazione dell'interno, con esclusione della parte variabile della retribuzione relativa alle funzioni e con esclusione di quanto, a qualsiasi titolo, percepito dall'interessato nel medesimo periodo, che andrà appositamente quantificato dalla amministrazione, con l'obbligo per la stessa di regolarizzazione della posizione contributiva e previdenziale nei suddetti limiti. Le somme così determinate andranno

incrementate per rivalutazione monetaria e interessi compensativi al tasso legale, questi ultimi nella misura eccedente il danno da svalutazione, da calcolarsi a partire dalla data di pubblicazione della sentenza”

(...) “Come reiteratamente affermato in giurisprudenza, il danno esistenziale costituisce una categoria a sé stante (cfr. Cass. civ., ss. uu., 11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26795), posto che il nostro ordinamento positivo non conosce altre distinzioni, in materia, se non quelle tra danno emergente e lucro cessante (art. 1223 c.c.) e tra danno patrimoniale e non patrimoniale (art. 2059 c.c.). Il danno non patrimoniale consiste nella lesione di qualsiasi interesse della persona non suscettibile di valutazione economica, ha natura unitaria e omnicomprensiva (nel senso che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati - danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale - risponde a esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno), e il suo accertamento e la successiva liquidazione costituiscono questioni concrete e non astratte, che non chiedono all'interprete la creazione di astratte tassonomie classificatorie, ma lo obbligano alla ricerca della sussistenza di effettivi pregiudizi (cfr. Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24210; sez. III, 7 marzo 2016, n. 4379; sez. III, 29 aprile 2016, n. 7766)”

COLPA DELL'AMMINISTRAZIONE – ERRORE SCUSABILE – LIQUIDAZIONE DEL DANNO – DANNO ESISTENZIALE³⁹

Tar Cagliari, sez. I, 16/03/18, n. 226

“Non può, invece, riconoscersi ai fini economici il diritto alla corresponsione delle retribuzioni per il periodo di ritardo nell'assunzione.

Tale diritto, in forza della sua natura sinallagmatica, presuppone necessariamente l'avvenuto svolgimento dell'attività di servizio (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. III, 1° marzo 2017, n. 955).

La pretesa economica avanzata dalla ricorrente può essere quindi esaminata sotto specie di domanda risarcitoria, regolarmente proposta con il ricorso.

Ritiene il Collegio di dover ribadire il principio costantemente affermato dalla giurisprudenza, secondo il quale la mera illegittimità dell'attività provvedimento non può costituire presupposto sufficiente per l'attribuzione della tutela risarcitoria, ove non accompagnato dalla dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico dell'illecito: ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica amministrazione, non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento

³⁹ Cons. Stato, sez. V, 13/01/14, n. 63; Tar Roma (Lazio), sez. II bis, 6/11/13, n. 9740; Cons. Stato, sez. V, 9/10/13, n. 4968; Cons. Stato, sez. IV, 4/09/13, n. 4452

soggettivo del dolo ovvero della colpa.

Si deve quindi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato, e negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. III, 15/7/2011, n. 4333; Cons. Stato Sez. V, 14/09/2012, n. 4894, Cons. Stato Sez. IV 7 gennaio 2013, n. 23, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2015, n. 8831)"(...)

"La responsabilità della P.A. per danni a privati conseguenti ad un atto illegittimo può escludersi in caso di errore scusabile riconducibile a "contrastì giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore una rilevante complessità del fatto ovvero una illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata" (Cons. Stato, Sez. VI 5/3/2015 n. 1099 con riferimento ad una controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti da tardiva assunzione)"(...)

"il danno risarcibile per effetto della ritardata assunzione, deve essere liquidato equitativamente (in questo senso, tre le altre, T.a.r. Sicilia, Palermo sez. III, 12 aprile 2016, n. 950, T.a.r. Lazio, Roma sez. I, 2 luglio 2015, n. 8831) in applicazione degli artt. 2056 c. 1 e 2 e 1226 c.c., in una somma pari al 50% delle retribuzioni che sarebbero state corrisposte alla ricorrente in caso di mancata esclusione dal concorso, e quindi nel periodo 1 aprile 2009 – 31 gennaio 2010, detraendo quanto percepito nello stesso periodo dalla ricorrente per attività lavorative)"(...)

"Secondo la giurisprudenza, ai fini del risarcimento del danno esistenziale ex art. 2059 c.c. il pretium doloris del concorrente illegittimamente escluso e poi assunto in ritardo, può trovare spazio, solo in presenza di comprovati profondi turbamenti della psiche del concorrente causati da danni o comportamenti dell'amministrazione, che nel caso di specie non risultano provati.

Va peraltro ricordato che il danno non patrimoniale consiste nella lesione di qualsiasi interesse della persona non suscettibile di valutazione economica. Esso ha natura unitaria e omnicomprensiva (nel senso che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati — danno morale, danno biologico, risponde a esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno), e il suo accertamento e la successiva liquidazione costituiscono questioni concrete e non astratte,

che non chiedono all'interprete la creazione di astratte tassonomie classificatorie, ma lo obbligano alla ricerca della sussistenza di effettivi pregiudizi (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5497)”

RISARCIMENTO DEL DANNO - INDENNIZZO

Cons. Stato, ad. Plen., 23/02/18, n. 1

“6.3.1.— Sul piano della struttura degli illeciti, la presenza di una condotta unica responsabile che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito, aventi entrambe finalità compensativa del medesimo bene giuridico, in capo allo stesso soggetto determina la nascita di rapporti obbligatori sostanzialmente unitari che giustifica l'attribuzione di una, altrettanto unitaria, prestazione patrimoniale finalizzata a reintegrare la sfera personale della parte lesa.

In questi casi, l'applicazione delle regole della causalità giuridica impone che venga compensato e liquidato soltanto il danno effettivamente subito dal danneggiato, senza che le suddette attribuzioni possano cumularsi tra di esse.

Non si tratta, pertanto, di applicare la regola della compensatio nella sua versione “tradizionale”, che presuppone che la medesima condotta determini un “danno” e un “vantaggio”. Come già esposto, tale regola non ha una sua autonomia ed è riconducibile alle tecniche di determinazione del danno che, nella specie, trovano applicazione in modo ancora più lineare e diretto. In questo caso, infatti, la medesima condotta ha determinato solo “danni” e dunque effetti pregiudizievoli, con la conseguenza che occorre evitare il “cumulo di voci risarcitorie” e non “il cumulo di danno e di lucro”.

Sul piano della funzione degli illeciti, il riconoscimento del cumulo implicherebbe l'attribuzione alla responsabilità contrattuale di una funzione punitiva. L'esistenza, infatti, di un solo soggetto responsabile e obbligato comporterebbe per esso l'obbligo di corrispondere una somma superiore a quella necessaria per reintegrare la sfera del danneggiato con ingiustificata locupletazione da parte di quest'ultimo. Tale risultato, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellato, non può ammettersi in quanto manca una espressa previsione legislativa che contempli un illecito punitivo e dunque che autorizzi un rimedio sovracompensativo e non sarebbe nemmeno configurabile una duplice causa dell'attribuzione patrimoniale.

In definitiva, nella fattispecie in esame l'accertata finalità compensativa di entrambi i titoli delle obbligazioni concorrenti e del conseguente meccanismo risarcitorio, nonché la semplicità del rapporto che evita le possibili complicazioni ricostruttive connesse al funzionamento della surrogazione, impedisce che possa operare il cumulo tra danno e indennità.

Questo esito interpretativo trova conferma sia in fattispecie legalmente previste sia in talune fattispecie così come interpretate dalla Corte di Cassazione.

In relazione alle prime, è sufficiente menzionare l'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990 che, in caso di comportamento illecito dell'amministrazione conseguente alla violazione del termine di conclusione del procedimento, dispone che l'istante ha diritto sia, sussistendone i presupposti, al risarcimento del danno sia ad un indennizzo «per il mero ritardo», aggiungendo, sul presupposto della medesima finalità della misura riparatoria contemplata, che «in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento». (...) “occorre formulare il seguente principio di diritto limitatamente alla questione relativa al cumulo tra risarcimento e indennità dovute da enti pubblici e non anche, perché non rilevante, da assicuratori privati o sociali: “la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario”

COLPA DELL'AMMINISTRAZIONE – PRESUNZIONI – DANNO ESISTENZIALE

Tar Roma, sez. I ter, 15/01/18, n. 427

“In relazione alla vicenda, come esposta in fatto, il collegio condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel caso di ritardata costituzione di un rapporto di impiego conseguente all'illegittima esclusione dalla procedura di assunzione, sebbene spetti all'interessato, ai fini giuridici, il riconoscimento della medesima decorrenza attribuita a quanti siano stati nella medesima procedura nominati tempestivamente, pur tuttavia ai fini economici non può riconoscersi il diritto alla corresponsione delle retribuzioni relative al periodo di ritardo nell'assunzione.

Ciò in quanto tale diritto, in ragione della sua natura sinallagmatica, presuppone necessariamente l'avvenuto svolgimento dell'attività di servizio (ex plurimis, Cons. St., Sez. III, 2 marzo 2015, n. 1029; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 26 settembre 2011, n. 7558).

Relativamente a detto periodo, va invece liquidato il risarcimento del danno.

Ai fini della configurabilità della responsabilità della P.A., la giurisprudenza è costante nell'affermare che “non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessario che sia configurabile la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, dovendosi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali l'esercizio

della funzione pubblica deve costantemente attenersi; da ciò deriva che, in sede di accertamento della responsabilità della Pubblica amministrazione per danno a privati, il giudice amministrativo, in conformità ai principi enunciati nella materia anche dal giudice comunitario, può affermare tale responsabilità quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato; il giudice può negarla, invece, quando l'indagine conduca al riconoscimento dell'errore scusabile con la conseguenza che, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana (ex art. 2043 cod. civ.) della Pubblica amministrazione per danno, devono ricorrere i presupposti del comportamento colposo, del danno ingiusto e del nesso di consequenzialità" (Cons. St., sez. IV, 1° agosto 2016, n. 3464; sez. V, 18 gennaio 2016, n. 125).

La riscontrata illegittimità dell'atto rappresenta tuttavia, nella normalità dei casi, l'indice della colpa dell'Amministrazione - indice tanto più grave, preciso e concordante quanto più intensa e non spiegata sia l'illegittimità in cui l'apparato amministrativo sia incorso, spettando alla P.A. provare l'assenza di colpa, attraverso la dimostrazione, in ipotesi, della sussistenza di cause di giustificazione legalmente tipizzate (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 maggio 2016, n. 5967).

Quanto al regime della prova, la giurisprudenza ha chiarito che il rinvio al sistema delle presunzioni semplici, di cui agli artt. 2727 e 2729, c.c., induce a ritenere che l'illegittimità del provvedimento annullato costituisce soltanto uno degli indici presuntivi della colpevolezza dell'Amministrazione; e in virtù di tale configurazione, qualora si annulli un provvedimento illegittimo, grava su di essa l'onere di provare l'assenza di colpa, mediante la deduzione di circostanze integranti gli estremi dell'errore scusabile (Consiglio di Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1356)."(...) "L'ampliamento della categoria del danno non patrimoniale, categoria unitaria in cui rientrano sia il danno alla salute in senso stretto, biologico, sia quello di tipo esistenziale, è tuttavia compensata dall'introduzione di un limite ontologico e di un onere probatorio. Quanto al primo, il risarcimento del danno non patrimoniale è stato ammesso nei soli casi in cui la lesione del diritto costituzionale sia qualificata dalla serietà dell'offesa e dalla gravità delle conseguenze nella sfera personale. Quanto al secondo aspetto la Cassazione, superando la teoria del danno evento, esige che il danneggiato fornisca la prova, oltre dell'evento dato dalla sussistenza di una lesione del diritto costituzionalmente primario che superi la soglia della tollerabilità, anche della ricorrenza di significative ripercussioni pregiudizievoli sotto il profilo del danno conseguenza (in tal senso, Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3397).

Sotto il profilo probatorio, si ammette, più in particolare, quanto al danno propriamente biologico, che il verificarsi della menomazione dell'integrità psico-fisica della persona possa essere accertato facendo ricorso alle presunzioni e che la sua quantificazione possa

avvenire in via equitativa.

Quanto al danno esistenziale, a maggior ragione si ammette il ricorso a presunzioni, trattandosi di pregiudizio ad un bene immateriale, diverso dal biologico e consistente nel danno, di natura non meramente emotiva ed interiore ma oggettivamente accertabile, arrecato alle attività non remunerative del soggetto passivo, costretto ad alterare le proprie abitudini ed i propri assetti relazionali ed a sottostare a scelte di vita diverse dalle precedenti in ordine all'espressione ed alla realizzazione della sua personalità anche nel mondo esterno.”

DANNO ESISTENZIALE⁴⁰

Tar Milano, sez. III, 11/08/17, n. 1757

“Quanto all’asserito danno esistenziale deve premettersi che in base alla giurisprudenza sviluppatasi successivamente alla sentenza della Cassazione SS. UU. 11 novembre 2008, n. 26972, il danno non patrimoniale deve essere allegato e provato, trattandosi comunque di danno -conseguenza. Non può dunque ritenersi che il danno sia in re ipsa, perché in tal modo si snaturerebbe la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell’effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

In particolare per il pregiudizio non patrimoniale diverso dal danno biologico la Suprema Corte ammette un ampio ricorso alla prova presuntiva, che può costituire anche l’unica fonte di convincimento del giudice, ma il danneggiato deve allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti, che consentano di risalire al fatto ignoto.”

GIUDIZIO PROGNOSTICO

Cons. Stato, sez. IV, 12/09/18, n. 5349

Richiamandosi la sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite secondo cui *“L’obbligazione risarcitoria, quindi, affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell’amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del “più probabile che non”) spettato al titolare dell’interesse; di talché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell’illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di chance”.* Va conclusivamente rilevato sul punto che l’azione risarcitoria è suscettibile di essere favorevolmente apprezzata quanto sia stato positivamente dimostrata la spettanza del

⁴⁰ Tar Campobasso (Molise), sez. I, 30/05/13, n. 357

bene della vita e ciò sulla base di una linea interpretativa, innescata dalla Suprema Corte, che riconnette l'ingiustizia al danno invece che alla condotta, come invece precedentemente opinato, e tale indefettibile presupposto si traduce, in caso di danno da ritardo, nella necessaria "dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240)"

Tar Roma, sez. II bis, 28/05/18, n. 5947

"Ritenuto che, nel caso concreto, con riferimento al nesso causale tra condotta e danno, trovino applicazione le norme di cui agli artt. 40 e 41 c.p. in quanto espressione di principi generali, le quali dispongono la sussistenza del nesso di causalità tra due eventi qualora l'evento dannoso non si sarebbe verificato in assenza della condotta attiva od omissiva ad esso collegata (teoria della condicio sine qua non), vigendo la regola del "più probabile che non";

Ritenuto, alla luce del criterio indicato, insussistente il nesso causale tra la tardiva esecuzione del giudicato e il danno sofferto, non essendo ragionevolmente prevedibile che, se l'Amministrazione comunale avesse adempiuto celermente, il danno non si sarebbe verificato, in quanto essa avrebbe potuto legittimamente adottare sia un provvedimento in linea con gli obblighi precedentemente assunti dalla stessa P.A. con le convenzioni di lottizzazione, sia un provvedimento non satisfattivo adeguatamente motivato;

L'asserita spettanza dello ius aedificandi ai ricorrenti era sin dall'inizio avvolta da un consistente margine di aleatorietà, tale per cui non è realisticamente verificabile, sulla scorta di un giudizio prognostico ex ante, che il Comune non avrebbe adottato una determinazione negatoria dell'interesse pretensivo dei ricorrenti pienamente legittima laddove giustificata in motivazione da uno ius superveniens o da esigenze fattuali o da una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico incompatibili con gli obblighi precedentemente assunti"

COLPA DELL'AMMINISTRAZIONE – ERRORE SCUSABILE – DISCREZIONALITÀ⁴¹

Tar Lecce, sez. I, 26/10/16, n. 1666

"il Collegio che l'illegittimità dell'atto amministrativo, seppur non è elemento da cui inferire in termini automatici la colpa della p.a, ne costituisce tuttavia un indizio, idoneo a porre a carico dell'amministrazione la prova della ricorrenza, nella specie, di un errore scusabile, e ciò sulla base degli indici (novità della normativa; obiettiva complessità del quadro normativo e/o fattuale di riferimento; sussistenza di contrasti giurisprudenziali, ecc.) da tempo elaborati sia dalla Corte di giustizia, sia dalle superiori corti nazionali. Orbene, nel caso di specie, la resistente non ha in alcun modo allegato, e né tampoco

⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 13/01/14, n. 63

provato, la sussistenza di un errore scusabile, sulla base degli indici or ora precisati. Già soltanto per tali ragioni, allora, può senz'altro ritenersi accertata la colpa a carico dell'Amministrazione.”(...) “Orbene, principiando dal danno da ritardo, premette il Collegio, sulla scia di una giurisprudenza amministrativa che può farsi risalire all'AP n. 7/05, che l'art. 2-bis della legge n. 241/1990 non ha elevato a distinto bene della vita, suscettibile di un'autonoma protezione mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa, con la conseguenza che non è possibile riconoscere una tutela risarcitoria sul mero rilievo del ritardo dell'azione amministrativa, occorrendo sempre procedere ad una valutazione di merito sulla spettanza in capo all'interessato del bene sostanziale della vita (sul punto, cfr., fra le più recenti, T.A.R. Firenze, III, n. 168/2017, T.A.R. Salerno, I, n. 87/2017, Consiglio di Stato, V, n. 3920/2016, T.A.R. Latina, I, n. 538/2016, T.A.R. Lecce, III, n. 923/2016, T.A.R. L'Aquila, I, n. 302/2016, Consiglio di Stato, IV, n. 1372/2016, T.A.R. Catania, I, n. 332/2016, T.A.R. Potenza, I, n. 108/2016, T.A.R. Napoli, V, n. 705/2016, Consiglio di Stato, IV, n. 1779/2015).

Inoltre, per un altrettanto consolidato orientamento giurisprudenziale, “Ai sensi dell'art. 2-bis l. 7 agosto 1990 n. 241 le Pubbliche amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto, cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; peraltro l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)” (C.d.S., V, 21.4.2016, n. 1584. Cfr. altresì la giurisprudenza ivi richiamata).

8. Tanto premesso, e venendo al caso in esame, rileva il Collegio che questo TAR, con precedente sentenza n. 454/16, resa nell'ambito della medesima vicenda sostanziale (precedente diniego da parte di Anas s.p.a.), non ha provveduto sulla domanda risarcitoria, “... dovendosi attendere il riesercizio del potere amministrativo senza il quale non risulta possibile né un giudizio prognostico in relazione alla spettanza del bene della vita, né una quantificazione del danno eventualmente subito dalla ricorrente”(…) “Sul punto, reputa il Collegio di aderire a quel filone giurisprudenziale rispetto al quale, in presenza di un'attività discrezionale (quale è appunto quella in esame), non è dato alla p.a. il potere di reiterare all'infinito un pregresso diniego censurato dal giudice amministrativo, sia pur emendato dai vizi già stigmatizzati in sede giurisdizionale, atteso che, se così fosse, il risultato pratico sarebbe quello di un sostanziale diniego di giustizia, con evidenti ricadute negative in termini di effettività

della tutela giurisdizionale (art. 111 Cost; art. 6 CEDU).

Pertanto, reputa il Collegio che, in presenza di attività discrezionale, e a fronte di un precedente diniego annullato in sede giurisdizionale, incombe sull'Amministrazione, in sede di riesercizio del potere amministrativo, il dovere di esternare compiutamente tutte le ragioni ostative al rilascio del provvedimento ampliativo. Con la conseguenza che, in caso di annullamento giurisdizionale anche del secondo diniego, l'Amministrazione dovrà ritenersi avere oramai consumato la propria discrezionalità amministrativa"

DANNO DA RITARDO - AUMENTO DEL "RISCHIO AMMINISTRATIVO"⁴²

Tar Bari, sez. I, 24/05/18, n. 732

"10.1 Invero, a seguito dell'introduzione dell'art. 2 bis legge n. 241/1990 (ad opera dell'art. 7 legge 18 giugno 2009, n. 69) che ha espressamente riconosciuto la risarcibilità "del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento", sono affiorate, sia pure in maniera non incontrastata, sempre più ampie aperture giurisprudenziali a favore del riconoscimento delle istanze risarcitorie legate dalla tardiva emanazione di un provvedimento autoritativo, a prescindere dal suo contenuto favorevole; riconoscendosi che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405; Tar Puglia, Bari, sez. I, 19 luglio 2013, n. 1148; - contra Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406; Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 luglio 2013, n. 7386), così lumeggiandosi una concezione del tempo quale autonomo bene della vita su cui il privato deve poter fare ragionevole affidamento al fine di orientare la propria libertà economica, indipendentemente dall'acquisizione del bene della vita reclamato (ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 23 aprile 2015, n. 2040; sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182, Cons. Stato, 21 giugno 2013, n. 3405).

10.2 In questa prospettiva, si è rimarcato che ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. «rischio amministrativo» e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo a condizione ovviamente che tale danno sussista, sia ingiusto (ovvero incida su un interesse materiale sottostante), venga provato e sia escluso che vi sia stato il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c. (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408).

10.3 I precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, pur dando atto dell'autonoma risarcibilità del danno da ritardo, tuttavia, hanno anche pacificamente rimarcato la

⁴² Tar Bari (Puglia), sez. II, 10/09/13, n. 1318; Cons. Stato, sez. V, 21/06/13, n. 3405

necessità del rigoroso accertamento in sede giudiziale di tutti gli elementi e presupposti di carattere oggettivo e soggettivo della fattispecie risarcitoria, in prevalenza ricondotta nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., posto che il mero "superamento" del termine fissato "ex lege" o per via regolamentare alla conclusione del procedimento pur costituendo un indice oggettivo, non integra piena prova del danno, non potendo, in linea di principio, presumersi l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno "iuris tantum" in relazione al mero oggettivo ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo."(...) "Si è peraltro evidenziato che la valutazione che il giudice è sollecitato a svolgere, è di natura relativistica, e deve quindi tenere conto della specifica complessità procedimentale, ma anche - in senso negativo per le ragioni dell'amministrazione intimata - di eventuali condotte dilatorie (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406, Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2279)"(...)

"Quanto evidenziato converge con i più recenti approdi giurisprudenziali, secondo cui ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria da ritardo occorre accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'Amministrazione ovvero se, al contrario, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione fattuale (cfr. Cons. di Stato, sez. III, 15 maggio 2015, n. 2410)"

Tar Palermo, sez. II, 18/04/17, n. 1075; Tar Bari, sez. I, 22/03/18, n. 420; Tar Bari, sez. I, 8/03/18, n. 295 *"In questa prospettiva, si è rimarcato che ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. «rischio amministrativo» e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo a condizione ovviamente che tale danno sussista, sia ingiusto (ovvero incida su un interesse materiale sottostante), venga provato e sia escluso che vi sia stato il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c. (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408)";*

Tar Bari, sez. I, 10/02/18, n. 198;

Tuttavia "Sotto altro aspetto, nemmeno potrebbero trovare ristoro risarcitorio le reclamate spese di progettazione connesse all'istanza di autorizzazione, posto che esse rappresentano costi comunque ricadenti sulle imprese, a prescindere dai tempi e dagli esiti del procedimento, in quanto compresi tra i profili di rischio naturalmente legati alla

complessiva operazione di investimento intrapresa dall'impresa. In definitiva, l'ipotizzato danno appare essere il mero esito infausto di una attività di investimento imprenditoriale di per sé fondata sul rischio, non potendosi certo imputare alla Regione Puglia il mutamento in peius della normativa che ha determinato il diniego dell'istanza." (Vedi **Tar Bari, sez. I, 10/02/18, n. 199**);

Tar Roma, sez. II quater, 20/07/17, n. 8818

"Si sostiene infatti che ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento, e che i principi di cui all'art. 2 bis erano già viventi nell'ordinamento prima della novella del 2009; altresì, si è affermato che il danno da ritardo sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo.

Secondo Consiglio di Stato sez. III 31 gennaio 2014, n. 468, 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 (v. anche in termini Cons. St., sez. IV, 04 settembre 2013, n. 4452 e sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405).

Si è altresì affermato che l'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990 protegge il bene « tempo » quale bene della vita suscettibile di incidere sulla « progettualità » del privato e sulla libera determinazione dell'assetto dei suoi interessi, naturalmente calibrato sui tempi certi del procedimento e potenzialmente pregiudicato dai ritardi dello stesso (T.A.R. Abruzzo, 19 dicembre 2013, 1064).

Il ritardo nella conclusione del procedimento e il mancato rispetto dei tempi certi del procedimento vengono pertanto a rappresentare, giuridicamente, un danno "ingiusto" e, sul piano economico, un costo "illegittimo per quanto attiene le prospettive, le aspettative e le scelte dei privati, in quanto integranti motivo di forte condizionamento della loro vita, tale da incidere negativamente sulla convenienza economica delle scelte preventive, sia se il bene preteso dal privato risulterà dovuto sia nel caso in cui lo stesso venga negato, posto che l'incertezza sull'esito del procedimento, protratta oltre i limiti previsti dalla legge per la sua conclusione, impedisce o comunque rende più complessa la predisposizione di programmi o scelte diverse ed alternative"

DANNO DA RITARDO - AZIONE RISARCITORIA – RITO CAMERALE⁴³

⁴³ Tar Salerno (Campania), sez. II, 18/11/13, n. 227; Tar Latina (Lazio), sez. I,

Tar Roma, sez. II bis, 17/04/18, n. 4257

“la connessa domanda risarcitoria proposta con il ricorso non possa essere decisa nella camera di consiglio fissata, nell’ambito del rito speciale di cui all’articolo 117 del codice processuale amministrativo, al fine della trattazione del ricorso avverso il silenzio-inadempimento, trovando applicazione il comma 6 del richiamato articolo 117 che dispone, per il caso di azione risarcitoria proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio, la definizione di quest’ultima con il rito camerale e la trattazione con il rito ordinario della domanda risarcitoria; si deve precisare, al riguardo, che sebbene il rito del silenzio sia stato esteso dall’articolo 28, comma 4, del decreto legge numero 69 del 2013, convertito in legge numero 98 del 2013, all’istanza volta ad ottenere l’indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento, nel caso di specie non è stato chiesto il mero indennizzo bensì il risarcimento dei danni asseritamente subiti a causa della condotta inerte dell’amministrazione resistente”

Tar Latina, sez. I, 19/04/18, n. 217

“la riunione dei ricorsi attiene a una scelta discrezionale del giudice che non è mai obbligatoria e che è rimessa ad una valutazione di mera opportunità, afferente a ragioni di economia processuale (Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2016 n. 3518; Cons. sic., sez. giur., 22 dicembre 2015 n. 725; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014 n. 999; sez. VI, 16 maggio 2013 n. 2662; sez. V, 17 ottobre 2012 n. 5294; sez. IV, 23 luglio 2012 n. 4204). Tanto considerato, non si ritiene di disporre nella specie il simultaneus processus poiché, in disparte il fatto che non si tratta di ricorsi aventi ad oggetto l’impugnazione degli atti di una medesima procedura di gara, le due cause sono sottoposte a riti diversi, l’uno camerale e l’altro in udienza pubblica (Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2013 n. 4169)”

Tar Catanzaro (Calabria), I sez, 20/06/18, n. 1177

“Ad avviso della Crotonscavi Co.Ge. s.p.a., il contestuale esperimento della domanda avverso il silenzio e di quella risarcitoria conseguente al contegno inerte della p.a., avrebbe determinato, ex art. 32 c.p.a., la conversione del rito, da speciale ex art. 117 c.p.a. in ordinario, con conseguente inoperatività della dimidiazione dei termini processuali, prevista dall’art. 87 comma III c.p.a.

Tale assunto non può essere condiviso per una pluralità di ragioni.

Innanzitutto, in linea generale, la previsione di cui all’art. 32 c.p.a., secondo cui, in presenza di più domande connesse soggette a riti diversi si applica quello ordinario, presuppone comunque che le azioni, ancorché in maniera simultanea, siano state validamente introdotte nel rispetto dei termini decadenziali previsti, per ciascuna di esse,

dal codice di rito.

In ogni caso, il meccanismo generale di automatica conversione di cui all'art. 32 c.p.a. non è operativo nel caso di cumulo tra la domanda di cui all'art. 117 c.p.a. e quella risarcitoria.

Ed invero, a differenza di quanto disposto dall'art. 32 c.p.a. citato, il comma 6 dell'art. 117 c.p.a. prevede espressamente che “Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria”.

Tale disposizione attribuisce, quindi, al giudicante la facoltà di decidere separatamente le due azioni, ciascuna con il proprio rito, ovvero disporre che l'intero giudizio venga trattato in udienza pubblica o in camera di consiglio (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 14/02/2013, n. 102).

La possibilità di una definizione autonoma, piuttosto che cumulativa, della domanda di cui all'art. 117 c.p.a. rispetto a quella risarcitoria, comprova, semmai ve ne fosse bisogno, la piena operatività, in ordine alla prima, della dimidiazione dei termini di cui all'art. 87 comma 3 c.p.a., a prescindere dall'opzione in concreto esercitata dal Tribunale.”

Tar Roma (Lazio), sez. II bis, 30/07/18, n. 8550

“In relazione alla domanda risarcitoria, pure proposta dalla ricorrente, il Collegio ne rileva la palese infondatezza, potendosi procedere, dunque, anche in parte qua, alla definizione immediata con il rito camerale, per ragioni di economia processuale.

Si sottolinea, infatti, che, nel sistema vigente, il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da 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; l'entrata in vigore dell'art. 2-bis, della legge n. 241 del 1990, non ha, infatti, elevato a bene della vita — suscettibile di autonoma protezione mediante il risarcimento del danno — l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della pubblica amministrazione, per il tardivo esercizio della funzione amministrativa, richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell'Amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione, nonché la prova del danno lamentato (ex plurimis: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 19

giugno 2018, n. 6879; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 gennaio 2018 n. 108; 23 giugno 2017 n. 3068; 13 novembre 2017 n. 5197).

Ciò in quanto l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno da ritardo della pubblica amministrazione non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum, in automatica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda; in particolare, occorre verificare la sussistenza dei presupposti di carattere sia oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale) che soggettivo (dolo o colpa del danneggiante); in sostanza, il mero superamento del termine — fissato ex lege o per via regolamentare per la conclusione del procedimento — costituisce indice oggettivo, ma non integra piena prova del danno (ibidem)”

DANNO DA RITARDO - ASTRAINTES⁴⁴

Tar Perugia, sez. I, 10/02/16, n. 194

“È vero infatti, per un verso, che l'applicazione delle suddette penalità è astrattamente ammissibile, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, anche per le decisioni di condanna aventi ad oggetto una prestazione di natura pecuniaria quale quella di specie. È tuttavia altrettanto vero, per altro verso, che l'adozione di siffatte misure afflittive — c.d. astringenti — trova un limite nella sussistenza non solo di circostanze manifestamente inique ma anche di particolari “ragioni ostative” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n.15).

Di qui la necessità di valutare in concreto, nel caso di specie, le peculiari condizioni del debitore pubblico e dunque le note difficoltà di adempimento evidenziate dall'Amministrazione. Difficoltà come noto legate, tra l'altro, alla perdurante crisi congiunturale che caratterizza questa delicata fase dell'economia”

Tar Roma, sez. I ter, 28/08/18, n. 9043

“depone, inoltre, a favore della suddetta interpretazione, la stessa funzione assolta dalle astringenti che lungi dall'essere di natura riparatoria, nel qual caso sarebbe stato logico assegnare una somma giornaliera a ciascun ricorrente per ogni singolo giorno di ritardo nell'adempimento, è, secondo l'insegnamento dell'organo nomofilattico, una funzione essenzialmente coercitivo — sanzionatoria, di talché la tutela dalle stesse apprestata deve essere riconosciuta anche nel caso in cui vi possa essere o vi sia già stato un integrale risarcimento del danno (così, Ad. Pl. 25 giugno 2014, n. 15).

Qualificando, seguendo il ragionamento della supremo consesso amministrativo, le penalità di mora quali misure coercitive indirette, con funzione deterrente e general-

⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 21/08/13, n. 4216

preventiva, essendo volte a vincere la resistenza del debitore all'adempimento, il dubbio interpretativo sull'espressione "ai ricorrenti", quali soggetti destinatari delle astreintes suddette, non può che essere risolto nel senso che la condanna al pagamento è in favore della parte ricorrente, unitariamente intesa; diversamente, nel caso la funzione fosse stata, come già detto, riparatoria, in quanto diretta a riparare il danno dai singoli ricorrenti subito, avrebbe potuto intendersi disposta in favore di ciascuno di essi"