

Il danno da ritardo alla luce dell'art. 2-bis della legge 241/1990 come modificata dalla legge 69/2009

dell'avv. Lucia Iacoboni

Il legislatore fa un nuovo passo avanti nella tutela del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione! E' noto che la legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90, poi novellata dalla L. 15/2005 e dalla L. 80/2005) ha costituito un svolta, introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico una disciplina generale, che ha recepito principi fondamentali già affermati dalla giurisprudenza, o presenti in alcune normative di settore, nell'ottica di una nuova concezione dell'azione amministrativa non più mera espressione del potere amministrativo, ma risultante di un dialogo e di una collaborazione reciproca nel contemperamento di interesse pubblico e privato.

Il rapporto con l'Amministrazione rimane peraltro pieno di 'insidie' e di difficoltà per il cittadino, così come quando, a fronte di una istanza, e nonostante il dovere di provvedere, e di farlo entro determinati termini (art. 2 della L. 241/90), la P.A. rimanga inerte.

Per tale evenienza già il comma 5 dell'art. 2 aveva previsto uno strumento processuale di tutela, consentendo il ricorso giurisdizionale contro il silenzio della pubblica amministrazione, disciplinato dall'art. 21 bis della L. 1034/1971.

La legge 69/2009 è andata oltre, prevedendo una specifica ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione per l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

Il nuovo art. 2-bis (*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*), inserito nel contesto della L. 241/90 dall'art. 7, comma 1, lettera c, della L. 69/2009, così dispone: "*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni*".

Codificando e disciplinando il 'danno da ritardo' il legislatore ha espressamente preso posizione nell'ambito di un annoso dibattito, che ha animato giurisprudenza e dottrina in ordine alla possibilità di riconoscere un'azione risarcitoria per il mero ritardo, a prescindere, cioè, dall'indagine sulla spettanza del bene delle vita oggetto del provvedimento richiesto. In altri termini, ci si è interrogati sulla possibilità di risarcire il c.d. danno da ritardo 'puro', ipotesi che si determina quando l'Amministrazione o non emani alcun provvedimento o emani un provvedimento negativo, sia pure in ritardo.

L'orientamento espresso dall'Ad. Plen. n. 7 del 2005, e confermato dalla prevalente giurisprudenza successiva, è di segno negativo, ritenendo risarcibile il danno da ritardo solo nell'ipotesi di provvedimento favorevole al privato, e, analogamente, in caso di perdurante silenzio, solo sulla base di un giudizio prognostico circa la spettanza del bene della vita oggetto dell'istanza del cittadino: *"L'inerzia amministrativa, per essere sanzionabile in sede risarcitoria, postula non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della sua illegittimità ma vieppiù il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante, in senso favorevole all'interessato (ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudicante investito della richiesta risarcitoria). Il danno da ritardo, quindi, non ha un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce, dato che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima;pertanto l'eventuale danno non è risarcibile quando l'Amministrazione abbia adottato, ancorchè con notevole ritardo, un provvedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l'interessato"* (Consiglio di Stato sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162).

Altra tesi, sostenuta da autorevole dottrina (Caringella, Clarich), e da parte della giurisprudenza (in particolare si rinvia all'ordinanza della sez. IV del Consiglio di Stato, n. 875/2005, di rimessione all'Adunanza Plenaria) ritiene possibile richiedere il risarcimento del danno prodotto dal mero ritardo indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata con l'istanza avanzata nei confronti della P.A., intendendo in tal modo soddisfare l'esigenza di garantire tutela piena all'interesse del cittadino al rispetto dei termini del procedimen-

to amministrativo. In tal modo, viene in considerazione il 'bene tempo' come bene meritevole di tutela giuridica autonoma rispetto al bene oggetto dell'istanza. Tale tesi è espressa chiaramente dall'ordinanza della IV sez. del Consiglio di Stato, sopra citata: *“ l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del c.d. rapporto amministrativo – essere interesse meritevole di tutela in se' considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo, che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione a un'istanza rivolta all'amministrazione”*.

La diatriba è oggi superata dall'art. 2-bis introdotto dalla L. n.69/2009, il quale, nel prevedere il risarcimento del danno in conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento (sia in caso di ritardo che di silenzio), senza alcuna limitazione in ordine al contenuto dell'atto, ha fatto propria la tesi volta a tutelare l'interesse del cittadino alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa in sé considerato. Come evidenziato dalla più attenta dottrina (Zerman) all'indomani dell'introduzione dell'art. 2-bis: *“Il bene protetto dalla norma è il rispetto dei tempi certi del provvedimento al fine di salvaguardare la progettualità del privato e la determinazione dell'assetto di interessi dallo stesso preordinato in relazione ai tempi del procedimento. Il danno risentito dal privato è ingiusto perchè la p.a. non ha rispettato i tempi determinati dall'ordinamento per la legalità del suo agire amministrativo”*. La conseguenza importante ed innovativa, pertanto, è che il mancato rispetto dei tempi del procedimento nel caso di mero ritardo qualifica il danno come ingiusto, e legittima ad agire per il risarcimento, e ciò indipendentemente dall'impugnazione del silenzio. Invero, il problema del previo esperimento del ricorso ex art. 21 bis L. T.A.R. appare superato già per effetto delle decisioni delle SS.UU. della Cassazione, anche se la tesi della pregiudizialità rimane ancora radicata nella giurisprudenza amministrativa. La L. 69/09 ha comunque preso posizione in ordine al dibattuto problema della c.d. pregiudiziale amministrativa nel caso di silenzio o inerzia della P.A., coerentemente a quanto più volte sottolineato dal-

la dottrina e dalla giurisprudenza, in ordine alla diversa finalità dei due giudizi: quello sul silenzio, che mira al conseguimento del provvedimento e quindi dell'utilità finale, e quello per il risarcimento del danno da ritardo, che è diretto ad ottenere esclusivamente il ristoro del pregiudizio derivante dalla violazione dell'interesse al rispetto dei termini del procedimento.

La fattispecie di responsabilità disegnata dalla riforma del 2009 ha natura extracontrattuale, come chiaramente si evince dal testo dell'art. 2-bis, che rinvia alla disciplina dell'art. 2043 c.c. (previsione di un danno ingiusto -elemento soggettivo, dolo o colpa- prescrizione quinquennale). Il privato, pertanto, dovrà provare il danno nel suo preciso ammontare con riferimento sia al danno emergente che al lucro cessante, così come dovrà dimostrare l'imputabilità del danno alla P.A. a titolo di dolo o di colpa. Quanto alla prova della colpa l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, espresso anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2008, ritiene che *"l'imputazione della responsabilità nei confronti della p.a. non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa"*, e, dunque, nel caso di ritardo o di inerzia, sulla base del mero superamento dei termini procedurali, *"giacchè ciò si risolverebbe in un'inammissibile presunzione di colpa, ma comporta, invece, l'accertamento in concreto della colpa dell'amministrazione"* ovvero, il privato dovrà dimostrare che il predetto superamento sia avvenuto *"in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali in punto di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza"*.

Quanto al riparto di giurisdizione la legge 69/09, nel devolvere al Giudice amministrativo le controversie in materia di danno da ritardo, ha introdotto una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva. Il legislatore, pertanto, ha aderito alla tesi più volte espressa dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'inerzia dell'amministrazione non può essere considerata come un mero comportamento, essendo pur sempre riconducibile all'esercizio di un potere avente natura autoritativa. Già l'Adunanza plenaria n. 7/2005 ha chiarito che

nel caso di inadempienza dell'amministrazione *"non si è di fronte a 'comportamenti' della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del neminem laedere.....ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative"*.

Nell'ambito della disciplina introdotta dalla L. 69/09 la tutela del privato è 'rafforzata' ulteriormente dalla previsione di profili di responsabilità, che rendono ancora più incisivo l'intervento del legislatore volto a garantire l'esigenza di certezza nei rapporti con l'Amministrazione: *"La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale"* (così l'art. 2 comma 9, come sostituito dalla legge 69/2009); inoltre *"Il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti; di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato"* (art. 7, comma 2, l. 69/2009).

Si segnala, infine, un primo riferimento alla nuova disciplina del danno da ritardo nella sentenza del Tar Puglia- Bari- n. 2100/2009, il quale nel caso esaminato, in cui emerge *"l'assoluta e ingiustificata inerzia dell'amministrazione intimata, che a fronte di ripetute istanze, non ha ancora adempiuto al dovere di darvi risposta"*, dopo aver individuato profili di responsabilità amministrativo-contabile e penale, espressamente rinvia alla fattispecie di responsabilità dell'art. 2-bis: *"quantomeno a partire dall'entrata in vigore della L. 18 giugno 2009 n. 69, soccorre la eventuale responsabilità risarcitoria per il danno da ritardo in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, per la quale vi è giurisdizione del G.A. (art. 2-bis nel testo introdotto dalla L.18 giugno 2009 n. 69"*.