

CAPITOLO II

LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

di Maria C. Marra e Daniele Giannini

Lo sforzo continuo ed inarrestabile compiuto dal Legislatore al fine di ricercare nuove ed adeguate misure per attuare la semplificazione amministrativa, si concretizza ed approda nell'art. 28 del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, a cui è dedicato il presente Capitolo: la suddetta norma, oltre ad introdurre in via sperimentale l'indennizzo da ritardo, apporta una ulteriore modifica alla disciplina del procedimento amministrativo, di cui all'art. 2-bis della Legge n. 241 del 1990, introducendo il comma 1-bis.

Riservando un ruolo di primo piano al tempo dell'azione amministrativa, la richiamata disposizione ribadisce il principio generale, più volte sancito da altri interventi normativi (tra i quali merita menzione quello di cui alla c.d. "Legge Anticorruzione"), secondo cui la P.A. ha sempre l'obbligo di provvedere entro un tempo prestabilito sull'istanza del privato volta al conseguimento di un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica.

Senza troppi sforzi interpretativi, quindi, la norma coinvolge il rapporto tra doverosità dell'azione amministrativa e tempo del procedimento, ma anche il rapporto tra silenzio-inadempimento, risarcimento del danno da ritardo e indennizzo da ritardo. Il tutto in una cornice che fa risaltare l'attivazione e la piena affermazione dell'esercizio del cosiddetto "potere sostitutivo" visto come strumento utile a garantire l'effettività dell'azione amministrativa.

Dalla norma scaturisce, insomma, la volontà del legislatore di fondare tutti i presupposti legislativi in base ai quali tutti i soggetti e gli uffici della Pubblica Amministrazione si dovranno sentire sempre più "oggettivamente responsabilizzati". L'art. 28, inoltre, avrà il compito – per nulla secondario – di verificare che gli strumenti che già esistono e misurano l'efficacia della P.A. possano trovare attuazione e, nel contempo, di rilevare le eventuali "incrostazioni" e "le patologie" presenti nel sistema amministrativo.

SOMMARIO: 1. La disciplina del termine di conclusione del procedimento amministrativo e poteri sostitutivi – 1.1. L'art. 28 e la "doverosità" dell'azione amministrativa – 1.2. Il tempo del procedimento nella definizione di "doverosità" della Pubblica amministrazione – 1.3. I poteri sostitutivi come strumento di effettività della azione amministrativa – 2. Il danno da ritardo – 3. La nuova disciplina dell'indennizzo da ritardo.

1. La disciplina del termine di conclusione del procedimento amministrativo e poteri sostitutivi

1.1. L'art. 28 e la "doverosità" dell'azione amministrativa

L'art. 28 del D.L. n. 69/2013, definita dai primi commentatori una norma "innovativa e rivoluzionaria", si struttura in dodici commi e sarà destinata ad operare, ogni qualvolta l'Amministrazione procedente o, in caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni¹, quella responsabile del ritardo ed i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, incorreranno nell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo, iniziato ad istanza di parte e, per il quale, sussiste l'obbligo di pronunziarsi.

Secondo quanto previsto dalla norma, rubricata "*Indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento*", **al comportamento inerte della Amministrazione seguirà automaticamente per l'interessato il diritto ad un indennizzo di 30 euro** «per ogni giorno di ritardo, con decorrenza dalla data di scadenza del termine del procedimento, comunque complessivamente non superiore a 2.000,00 euro» (art. 28, comma 1).

Tuttavia, detto istituto si applicherà, **in via sperimentale**, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione ai soli procedimenti relativi all'avvio ed all'esercizio della attività d'impresa iniziati ad istanza di parte (art. 28, comma 10).

L'esatta perimetrazione dell'ambito di applicazione oggettivo della riforma è di fondamentale importanza: l'indennizzo concepito dal Decreto del fare guarda soltanto all'attività d'impresa ad iniziativa di parte, mentre non può (ancora) essere richiesto in relazione a tutti gli altri procedimenti avviati ad iniziativa di parte, né con riferimento ai procedimenti avviati d'ufficio, ai procedimenti concernenti lo svolgimento di concorsi ed alle ipotesi di silenzio qualificato nelle sue declinazioni di silenzio rigetto e silenzio assenso.

¹ Originariamente, l'art. 28, al comma 1, stabiliva che, in caso di inosservanza del termine nella conclusione del procedimento, "*l'amministrazione procedente e quella responsabile del ritardo*" dovevano corrispondere all'interessato un indennizzo. Attualmente, la disposizione del decreto contempla anche il caso in cui in un procedimento intervengono più amministrazioni: in detta ipotesi, occorrerà individuare l'amministrazione responsabile del ritardo, che verosimilmente coinciderà con quella responsabile del procedimento. Per quanto concerne, poi, i risvolti di detta novità sulla disciplina riguardante l'attivazione del potere sostitutivo di cui al comma 2 della norma in esame, il nuovo testo del comma 1 precisa che, «nel caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni, l'interessato presenta istanza all'amministrazione procedente, che la trasmette tempestivamente al titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo»: cfr. il Par. 1.3. del presente Capitolo.

D'altro canto, decorsi diciotto mesi dalla entrata in vigore della legge di conversione del decreto, sulla base di un monitoraggio relativo alla sua applicazione, le disposizioni di cui all'art. 28 potranno essere confermate, rimodulate o soppresse, nonché estese anche, **gradualmente**, ai procedimenti amministrativi diversi da quelli relativi all'avvio ed all'esercizio della attività d'impresa (art. 28, comma 12).

L'art. 28, di cui si è sinora scelto di tracciare solo succintamente i tratti salienti, si inserisce nell'ambito di quelle norme che riservano particolare attenzione al principio della “**certezza temporale**” della conclusione del procedimento, così come previsto dall'art. 2 della Legge n. 241/1990, norme che sanciscono il principio secondo cui, salve specifiche eccezioni enucleate in sede pretoria, **la P.A. ha sempre l'obbligo di provvedere entro un tempo prestabilito sull'istanza del privato volta ad ottenere un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica.**

È stato l'art. 2, comma 1, della legge 241 del 1990, sin dalla sua originaria formulazione, a codificare l'**obbligo di provvedere della P.A.**, disponendo che il procedimento che consegna obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, determina l'insorgere dell'obbligo della Amministrazione di concluderlo mediante «l'adozione di un provvedimento espresso» (art. 2, comma 1, L. n. 241/1990).

Il **fondamento** della doverosità dell'azione amministrativa è da ricercare nel **principio di legalità** che governa l'esercizio dell'azione medesima, inteso non più come “limite negativo all'esercizio del potere, ma come affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare il potere e riesercitarlo in un tempo utile o, meglio, ragionevole”².

L'assunto risulta ancor più valido se guardato secondo quella concezione per cui il cittadino, al cospetto dell'Amministrazione, non è più quel suddito che vede nella legalità l'unico limite all'esercizio del potere (inteso come argine della legge contro il suo abuso o il suo arbitrario esercizio), ma è invece soggetto partecipante della funzione pubblica che si esercita attraverso il potere amministrativo. Tale impostazione trova conforto in un panorama dottrinario invero molto datato, secondo cui “nella relazione di interessi” tra soggetti privati e pubblica amministrazione ci deve essere un “obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento”³.

Pertanto la legalità, oltre che essere intesa come garanzia esterna o vincolo esterno all'esercizio del potere, può essere collegata alla doverosità

² F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

³ O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *I Principi di Diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

dell'azione amministrativa nel tempo, in relazione alla quale il cittadino si pone come soggetto interlocutore dell'amministrazione sulla base di un rapporto che è fondato su doveri ed obblighi reciproci.

Così interpretato, il principio di legalità risulta intimamente correlato ad un altro principio costituzionale fondante l'azione dell'Amministrazione Pubblica, quale è il **principio di buon andamento** o, secondo una terminologia di diritto europeo, il **dovere di buona amministrazione**.

Tutto ciò che si è sin qui detto con riferimento alla doverosità della Pubblica Amministrazione, trova ragione di affermazione e di rafforzamento nella formulazione dell'art. 2, comma 1, della L. n. 241 del 1990, da ultimo incisivamente novellata dalla L. n. 190 del 2012 (c.d. *Legge Anticorruzione*). Per effetto del citato intervento riformatore del Legislatore⁴, invero, all'art. 2, comma 1, L. n. 241/1990 è stato aggiunto un decisivo periodo dal seguente tenore: «se si ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

Per come rimodellata dal Legislatore del 2012, dunque, **la doverosità dell'azione amministrativa si configura come obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso**, anche quando esso sia negativo a causa della assoluta mancanza dei presupposti per l'avvio dell'istruttoria.

Peraltro, secondo quanto previsto dal citato comma 38, la positivizzazione dell'obbligo di emanazione di un provvedimento espresso nelle ipotesi di irricevibilità, inammissibilità ed infondatezza, rappresenta certamente una garanzia di **trasparenza per il privato**, il quale viene così messo a conoscenza della motivazione (seppur sintetica) del provvedimento negativo ricevuto⁵.

La doverosità dell'azione pubblicistica viene oggi ulteriormente esaltata dall'art. 28 del c.d. Decreto del fare.

Al pari dell'art. 2 della L. n. 241/1990, infatti, detta norma stabilisce il **principio generale dell'obbligo di provvedere della P.A. in tutte le sue declinazioni** e, in caso di sua violazione, individua tutte le forme di tutela azionabili, plasmandole come misure celeri ed efficaci.

⁴ Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 38, della legge 6 novembre 2012 n. 190 (in Gazz. Uff., 13 novembre 2012, n. 265), *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

⁵ Si tratta di uno strumento di semplificazione e di imparzialità già sperimentato nel processo amministrativo con il modello della sentenza in forma semplificata.

Tra tali forme di tutela, il Legislatore dell'art. 28 predilige quella mirata al **riconoscimento dell'indennizzo da ritardo mero della P.A.**

Forma di tutela oggetto di precedenti esperimenti normativi rimasti inattuati, l'indennizzo così come pensato dal *Decreto del fare* è misura che si prefigge l'obiettivo di operare come "deterrente" utile a scongiurare proprio la violazione dell'obbligo di provvedere: all'analisi di tale istituto è dedicato gran parte del presente Capitolo, con particolare riferimento al successivo Paragrafo 3.

1.2. Il tempo del procedimento nella definizione di "doverosità" della Pubblica amministrazione

Il concetto di doverosità dell'azione pubblicistica non abbraccia solo il **dovere di provvedere**, ma anche **l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di concludere un procedimento attenendosi e rispettando dei termini stabiliti**.

Ciò vuol dire, quindi, non solo che il procedimento amministrativo deve essere avviato a seguito di una istanza di parte, ma pure che il procedimento medesimo deve concludersi con un provvedimento espresso entro un "termine certo": ne deriva che l'azione dell'Amministrazione risulta vincolata nell'*an* e nel *quando*.

A completare la nozione di doverosità della P.A. con previsioni sui termini procedurali interviene il comma 2 dell'art. 2, della L. n. 241/1990, il quale prevede che "*Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui al comma 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni*".

Il rilievo del termine del procedimento, così come previsto dall'articolo appena citato, è di palmare evidenza a tener conto della circostanza che è dal suo inutile decorso che si forma il c.d. **silenzio-inadempimento**. D'altronde, se l'Amministrazione potesse emanare l'atto conclusivo a suo piacimento, la norma che sancisce l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso ed entro un certo termine, sarebbe superflua ed inutile⁶.

L'art. 28, comma 1, si conforma alle considerazioni appena svolte, stabilendo quindi che all'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento **consegue la corresponsione di un indennizzo in favore del soggetto interessato**.

⁶ A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla Legge 7 agosto 1990, n. 241*.

Naturalmente, per la disposizione il termine per la conclusione del procedimento è quello di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 241 del 1990, e cioè quello fissato dalla Pubblica amministrazione con atto normativo e quello stabilito direttamente dalla legge di trenta giorni. Allo stato attuale, dunque, non vi sono più procedimenti amministrativi senza un termine certo stabilito per la loro conclusione: la legge procedimentale, infatti, non esclude alcun procedimento dalla previsione dell'obbligo per l'Amministrazione di provvedere nei termini⁷.

Merita sul punto rammentare che il termine per la conclusione del procedimento così come fissato dall'art. 2, comma 2, della legge n. 241 del 1990, ha oscillato tra i **novanta giorni** fissati con la riforma della L. n. 15 del 2005⁸, ed i **trenta giorni** previsti con la riforma della L. n. 69 /2009: con quest'ultima riforma normativa, invero, il Legislatore ha scelto di esaltare la celerità dell'azione pubblica, garantendo procedimenti veloci e snelli pur col (sopportabile e parziale) sacrificio dell'attività istruttoria.

Pure questa impostazione è oggi confermata dall'art. 28 del *Decreto del fare*, assurgendo peraltro ad elemento caratterizzante la *ratio* della medesima disposizione.

Occorre da ultimo precisare che **le Amministrazioni possono con regolamento stabilire tempi procedurali più lunghi, ma sempre e comunque non superiori ai termini massimi indicati dall'art. 2 della Legge n. 241, così come riscritto dalla L. n. 69/2009**. Il legislatore del 2009 ha quindi aggiunto al meccanismo teso ad eludere una eventuale inerzia della Pubblica Amministrazione (applicazione della norma sui termini di *default*) anche precise previsioni di carattere temporale che limitano fortemente la *discrezionalità* della Amministrazione nella indicazione della durata dei procedimenti.

1.3. I poteri sostitutivi come strumento di effettività della azione amministrativa

Muovendo dall'intento di individuare misure idonee alla realizzazione della semplificazione amministrativa ed al fine di responsabilizzare "oggettivamente" tutti i soggetti e gli uffici facenti parte della pubblica amministrazione, l'art. 28, comma 2, del *Decreto del fare* stabilisce che, «al fine

⁷ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, pag. 240.

⁸ La modifica normativa aveva peraltro trovato il consenso del Consiglio di Stato, che con Parere 2 marzo 2006 aveva messo in risalto che il termine di novanta giorni era un termine più "ragionevole" rispetto al termine dei trenta giorni, sia perché confacente con la effettiva tempistica dell'azione amministrativa, sia perché idoneo ad evitare la creazione di termini più lunghi rispetto al necessario.

di ottenere l'indennizzo, l'istante è tenuto ad azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 9-bis della legge n. 241 del 1990 nel termine perentorio di **venti giorni**⁹ dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Nel caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni, l'interessato presenta istanza all'amministrazione procedente, che la trasmette al titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo. I soggetti, di cui all'art. 1 comma 1-ter, della medesima legge individuano a tal fine il responsabile del potere sostitutivo».

Dal tenore letterale della citata disposizione emerge un primo dato di rilievo: **l'attivazione del potere sostitutivo** è condizione necessaria affinché l'istante possa chiedere ed ottenere l'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo.

Ciò posto, ai fini di un inquadramento di carattere generale, è utile osservare che il potere sostitutivo è un rimedio che si colloca nell'ambito delle **c.d. forme di tutela successiva avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione**, distinguendosi pertanto dalle **forme di tutela preventiva** che, in quanto tali, prevengono il rischio di pregiudizio che il silenzio dell'amministrazione può arrecare all'istante¹⁰.

Più nello specifico, il **potere sostitutivo** è da considerarsi **forma di tutela successiva di tipo amministrativo**, perché interna alla Pubblica amministrazione, distinguendosi, per ciò solo, dalla tutela successiva di **tipo giurisdizionale** conosciuta come "rito avverso il silenzio inadempimento". E comunque, detto potere è da aggiungersi al rimedio giurisdizionale di cui all'art. 31 c.p.a. e all'art.117 c.p.a. (il ricorso avverso il silenzio).

Nel nostro ordinamento il potere sostitutivo come *meccanismo rimediabile interno alla Amministrazione con il carattere della generalità è stato introdotto dal Decreto Legge 9 febbraio 2012, n. 5*¹¹, convertito, con modificazioni, in *Legge 4 aprile 2012, n. 35 (Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo)*.

Detto provvedimento (che ha decisamente stravolto il previgente impianto dell'art. 2 della Legge n. 241/1990, sostituendo i precedenti commi 8 e 9 con ben sei nuovi commi – dal comma 8 al comma 9-quinquies –),

⁹ L'art. 28, comma 2, nella precedente formulazione prevedeva che l'interessato, al fine di ottenere l'indennizzo da ritardo era tenuto ad attivare il potere sostitutivo entro il termine decadenziale di sette giorni, che a sua volta iniziava a decorrere dal momento della scadenza del termine di conclusione del procedimento.

¹⁰ La tutela preventiva si ha nei casi in cui il Legislatore, anziché prevedere la tutela successiva a fronte dello stallo procedimentale, assegna un significato al silenzio (silenzio assenso e silenzio rigetto).

¹¹ In Suppl. ordinario n. 26 alla Gazz. Uff., 9 febbraio 2012, n. 33.

nel prevedere il cosiddetto potere sostitutivo, ha stabilito che **all'interno di ciascuna Amministrazione si deve individuare un soggetto titolare del potere sostitutivo, il quale, decorsi invano i termini previsti per l'adozione dei singoli atti di competenza dei singoli uffici all'interno della Pubblica Amministrazione, possa essere sollecitato dal privato, che avendo subito il "silenzio" – anziché ricorrere in prima battuta al giudice, con il rito avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a. – può stimolare l'esercizio del potere sostitutivo.**

Normalmente, il ruolo di **titolare del potere sostitutivo** viene ricoperto da un organo di vertice dell'Amministrazione, il quale adotta, in sostituzione del soggetto avente competenza primaria, l'atto amministrativo, e lo fa in un termine dimezzato rispetto a quello previsto dall'art. 2, comma 1, della L. n. 241 del 1990.

L'attivazione del potere sostitutivo come meccanismo alternativo e non impeditivo del ricorso giurisdizionale si realizza attraverso i seguenti passaggi:

- innanzitutto, è necessaria un'istanza di adempimento inviata dall'interessato alla Amministrazione, con la quale si denuncia l'inadempimento dell'Ufficio che non ha concluso il procedimento;
- a tale istanza segue, poi, la richiesta di attivazione del super-dirigente, o, in caso di omessa individuazione dello stesso da parte della P.A., la sua nomina avverrà così come previsto dall'**art. 2, comma 9-bis**;
- verrà, quindi, ordinato al dirigente dell'Ufficio rimasto inadempiente di provvedere, indicando per il compimento della attività un termine non superiore alla metà di quello previsto ordinariamente per la definizione del procedimento inevaso;
- nell'ipotesi di mancato rispetto anche di questo ulteriore termine, è prevista l'adozione del provvedimento in via sostitutiva ad opera di un **commissario ad acta**.

Per quanto concerne gli aspetti più interessanti contenuti nel comma 9-bis dell'art. 2, c'è da osservare che l'organo di governo in primo luogo deve individuare, nell'ambito delle figure apicali della Amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostituire in caso di inerzia.

Nella ipotesi di omessa individuazione del potere sostitutivo, lo stesso si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o (in mancanza di questo) al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione.

È bene precisare che l'organo di governo, in base alla novella introdotta dal D.L. n. 5 del 2012, può individuare solo un soggetto al quale attribuire i poteri sostitutivi: e solo nell'ipotesi in cui l'organo di governo ometta di provvedere a tale nomina, il potere sostitutivo si considera attribuito al di-

rigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o ancora, in mancanza, al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione.

Del resto è la portata letterale della norma che induce a concludere che solo a fronte della omessa individuazione del soggetto al quale conferire poteri sostitutivi, questi ultimi siano attribuiti a più soggetti *ex lege* individuati.

Tale considerazione è in linea con la *ratio* sottesa alla novella, finalizzata a responsabilizzare il vertice ed assicurargli la cognizione di tutti i casi in cui non è stata rispettata la tempistica prevista per concludere i singoli procedimenti, evitando la dispersione e la frammentazione di notizie.

Si tratta di una *ratio* non dissimile a quella rinvenibile nell'art. 28. Tuttavia, per le considerazioni che ci si appresta a fare nel prosieguo, giova anticipare che **la *ratio* dell'art. 28, comma 2, si rivela altresì multiforme.**

In questo senso, si osserva che, mentre nel comma 9 dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 l'istante, decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o, quello superiore al comma 7, "**può**" rivolgersi al responsabile di cui al comma 2-bis perché concluda il procedimento, nell'ambito della disciplina dell'art. 28, comma 2, l'interessato "**è tenuto**" viceversa ad azionare il potere sostitutivo nel termine perentorio di **venti giorni** dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Pertanto, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 28, l'attivazione del potere sostitutivo è **l'unico rimedio che, in una prima fase, l'interessato può esperire** nel caso in cui si configuri un ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo da parte della P.A.¹².

Risulta di palmare evidenza che il disposto del comma 2 dell'articolo in commento è stato formulato secondo un'ottica che, rispetto a quella dell'art. 2 della L. n. 241/1990, risulta maggiormente propensa ad attribuire particolare rilievo sia al fattore temporale, sia ai principi (costituzionali e comunitari) che animano l'azione amministrativa (celerità, economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa).

A tanto si aggiunge che la portata letterale della norma del D.L. in esame induce a ritenere che il Legislatore abbia voluto, da un lato, limitare il più possibile il ricorso al rito avverso il silenzio, offrendo alle imprese la

¹² In realtà, dal tenore letterale della norma emerge un dato poco comprensibile: in particolare, non risulta chiaro se il responsabile del potere sostitutivo possa discrezionalmente optare per l'adozione del provvedimento o dell'indennizzo, ovvero se debba procedere all'indennizzo solo qualora non provveda ad emanare il provvedimento in via sostitutiva nel termine, ridotto alla metà rispetto a quello originario fissato ex art. 2, comma 9-ter, della legge n. 241 del 1990.

possibilità di usufruire di un meccanismo (quale quello dell'attivazione del potere sostitutivo) molto più celere ed efficace ai fini del raggiungimento del provvedimento richiesto; dall'altro, lo scopo è stato sicuramente quello di favorire la deflazione del contenzioso, nascente dal rito speciale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.¹³.

Che il Legislatore abbia mirato all'obiettivo appena esposto con la stesura dell'art. 28, si evince dalla lettura dei commi 3, 4, e 5 del medesimo.

Invero, dalle citate disposizioni si ricava che il **ricorso ai sensi dell'art. 117 c.p.a. potrà proporsi, in via residuale, solo quand'anche il "titolare" del potere sostitutivo non emani il provvedimento nel termine di cui all'art. 2, comma 9-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e non liquidi l'indennizzo maturato fino alla data della medesima liquidazione.**

Per di più, il giudizio di cui all'art. 117 c.p.a. potrà introdursi congiuntamente alla domanda per ottenere l'indennizzo. Le spese di giustizia, infine, risentono delle scelte fatte dal Legislatore, prevedendo in caso di ricorso al rito avverso il silenzio ed in caso di ricorso per decreto ingiuntivo, un contributo unificato ridotto alla metà: di quanto adesso sbrigativamente riferito, si darà conto in maniera puntuale nel successivo Par. 3.

2. Il danno da ritardo

Le disposizioni che tutelano e valorizzano "**il fattore tempo**" come elemento imprescindibile dello svolgimento dell'azione amministrativa, sono molteplici e si rinvencono tanto nella L. 241 del 1990 (che reca la disciplina sostanziale), tanto nel Codice del processo amministrativo (che regola gli aspetti processuali della materia).

Nella sua dimensione sostanziale, la disciplina del danno da ritardo è ospitata nell'art. 2-bis della L. 241 del 1990 che, sotto la rubrica "*Conseguenze per il ritardo della amministrazione nella conclusione del procedimento*", al comma 1 prevede espressamente che «le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti **al risarcimento del danno ingiusto** cagionato in conseguenza della inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

Detta disposizione, che correla all'inosservanza del termine di conclusione finale di un procedimento significative conseguenze sul piano della

¹³ Sono noti, infatti, tanto il numero elevato dei giudizi pendenti dinanzi ai Tribunali Amministrativi, quanto, soprattutto, i costi e le spese di giustizia di cui si deve far carico l'interessato che adisce il Giudice al fine di accertare l'inerzia della P.A.

responsabilità civile dell'amministrazione, è stata oggetto di modifiche da parte dell'art. 28, comma 9, del *Decreto del fare*, che dopo il comma 1 dell'art. **2-bis** della L. 241/1990 **aggiunge il seguente comma 1-bis**: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 ed a esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

L'intervento del Legislatore del 2013, stante l'inciso "*fatto salvo quanto previsto dal comma 1*", impone innanzitutto un'indagine sul **danno da ritardo** e sulle **tappe che ne hanno caratterizzato la sua evoluzione**.

Come è noto, solo dopo la cristallizzazione nell'art. 2 della L. n. 205 del 2000, del **rito del silenzio** e, nell'art. 7 della stessa normativa, del **principio di piena responsabilità della P.A.** per danni derivanti dal patologico esercizio della funzione pubblica, in sede interpretativa si è posto con prepotenza il seguente interrogativo: *l'inosservanza del termine del procedimento comporta in capo alle amministrazioni un automatico obbligo risarcitorio conseguente al danno da violazione dell'art. 2 della Legge n. 241 del 1990?*

Dopo una serie di pronunce che hanno sancito l'obbligo per l'amministrazione di risarcire l'inutile decorso del tempo, in conseguenza dell'inosservanza dolosa e colposa della conclusione del procedimento, si è passati, in una seconda fase, a collocare il tema della **pregiudiziale amministrativa** nell'ambito del rapporto tra l'azione di accertamento dell'inerzia amministrativa e l'azione di risarcimento dei danni eventualmente subiti, ritenendosi quindi che per esperire l'azione di condanna fosse necessario la preventiva impugnazione del silenzio.

Successivamente, il dibattito è oscillato tra le due seguenti (e contrapposte) posizioni: secondo una prima tesi, nella fattispecie il danno è risarcibile *ex se*; secondo un'altra opzione, invece, ai fini del risarcimento occorre accertare pure la spettanza del bene della vita oggetto della istanza del privato.

Ad oggi, il dibattito interpretativo sembra essersi assestato sui tre seguenti punti fermi:

1) in primo luogo, il **ritardo eventualmente risarcibile è quello che produce un danno ingiusto in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa dei termini a provvedere**: pertanto, il risarcimento potrà aversi qua-

lora si configurino tanto il danno evento (inteso come lesione della propria sfera giuridica), quanto il danno conseguenza (inteso come conseguenza pregiudizievole derivante dalla lesione): da tanto deriva che il danno da ritardo risarcibile **non è il “tempo perso in sé”**, ma la conseguenza dannosa che la lesione del bene tempo ha sortito nella sfera giuridica del soggetto danneggiato;

2) in secondo luogo, posto che il danno e l'ingiustizia non possono presumersi in relazione esclusivamente al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo, il danneggiato dovrà provare, oltre al danno, anche il dolo o la colpa della P.A., nonché il nesso causale tra danno ed evento¹⁴;

3) in terzo luogo, in omaggio ai principi originariamente espressi dalle Sezioni Unite della Cassazione con la storica sentenza n. 500 del 1999, occorre che risulti lesa, per effetto della attività illegittima della pubblica amministrazione, **l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla**, e che detto interesse risulti **meritevole di tutela secondo l'ordinamento**.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, occorre adesso indagare il **rapporto tra l'indennizzo ed il danno da ritardo**.

Ebbene, anticipando delle considerazioni che solo per motivi di opportunità vengono svolte nel presente paragrafo anziché nel successivo (dedicato appunto al tema dell'indennizzo), è lecito rilevare che la locuzione *“fatto salvo quanto previsto dal comma 1”* contenuta nell'*incipit* del **nuovo comma 1-bis** aggiunto all'originario art. 2-bis della L. n. 241/1990 sta a significare che, **qualora l'amministrazione si renda inosservante del termine previsto per la conclusione del procedimento, per il quale sussiste l'obbligo di provvedere, l'interessato potrà attivarsi innanzitutto per chiedere l'indennizzo da ritardo; nel caso in cui l'inosservanza del termine risulti essere pure dolosa o colposa, rimane comunque ferma la strada del risarcimento del danno**.

Detto altrimenti, l'art. 28 offre due rimedi, **concorrenti ma non cumulabili**, avverso l'inerzia della P.A.:

- 1) **l'indennizzo**, istituito finalizzato al rispetto dei termini di conclusione del procedimento amministrativo;
- 2) **il risarcimento del danno da ritardo**, nel caso in cui il ritardo sia **anche doloso o colposo**.

La **non cumulabilità** dei due rimedi va meglio spiegata nei seguenti termini: in base alla disciplina recata dall'art. 28, **il risarcimento del danno e l'indennizzo da ritardo**, seppure siano entrambi dei rimedi au-

¹⁴ In questo senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 26 ottobre 2011, n. 4942.

tonomi e diversi nei presupposti, **arrivano quasi a “coordinarsi” sotto il profilo del quantum della pretesa monetaria**: invero, una volta accertato che l’interessato ha il diritto a vedersi liquidato l’indennizzo per l’inservanza del termine nella conclusione del procedimento, le somme che vengono corrisposte a tale titolo devono essere detratte dal risarcimento eventualmente dovuto. E tanto per evitare, evidentemente, che dal ritardo dell’Amministrazione consegua per il privato una sorta di locupletazione, non potendosi invero ammettere che il privato, per la medesima causale, ottenga un doppio pagamento.

L’introduzione del comma 1-bis nell’art. 2-bis della L. n. 241/1990 offre il destro ad ulteriori considerazioni.

Si osserva, in specie, che il **comma 10 dell’art. 28** espressamente stabilisce che «le disposizioni del presente articolo si applicano **in via sperimentale** e dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ai procedimenti amministrativi relativi all’avvio e all’esercizio della attività di impresa **iniziati successivamente alla medesima data di entrata in vigore**».

Cosicché si profilerebbe un problema di coordinamento **non solo** tra la citata previsione di cui al comma 10 dell’art. 28 e le altre previsioni del medesimo articolo, **ma anche** tra il disposto di cui al comma 1 dell’art. 2-bis (applicabile a tutti i procedimenti) ed il novello comma 1-bis della medesima disposizione, che invece dovrà operare solo nei procedimenti inerenti l’avvio e l’esercizio dell’attività di impresa.

Peraltro c’è pure da osservare che, al comma 9 dell’art. 28, il Legislatore non fa neppure menzione del limite di applicazione per i procedimenti di avvio ed esercizio dell’attività di impresa; così come pure non si rinviene alcuna menzione del preciso ammontare dell’indennizzo, stabilendosi all’uopo un mero richiamo al concetto di “*condizioni e modalità stabilite dalla legge o da regolamenti*”: da qui, un evidente problema di coordinamento tra detta disposizione in commento e le restanti disposizioni di cui all’art. 28.

In realtà, sul punto è il caso di segnalare che il problema del dialogo tra i due nuovi commi dell’art. 2-bis della L. n. 241/1990, invero **non si poneva** nella prima stesura del *Decreto del fare*, in quanto il comma 9 dell’art. 28 di tale decreto non era stato concepito dal Legislatore per introdurre un nuovo comma nel citato **art. 2-bis**, ma per introdurre il comma 9-sexies nell’**art. 2** della stessa L. n. 241/1990.

3. La nuova disciplina dell’indennizzo da ritardo

La previsione di un *indennizzo da ritardo*, così come proposta dall’art. 28 del *Decreto del fare*, non rappresenta una novità assoluta nel panorama