GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Ancora sulle tutele dell'interesse al (tempestivo) esercizio di poteri a carattere vincolato

Nota a Tar Lazio, Roma, Sez. III, 2 maggio 2022, n. 5419

di Marco Ragusa

16 giugno 2022

Sommario: 1. La fattispecie – 2. Semplicità dell'accertamento e potere vincolato: i motivi dell'accoglimento della domanda di adempimento – 3. Potere vincolato e struttura dell'illecito: i motivi del rigetto della domanda risarcitoria – 4. Brevi conclusioni

1. La fattispecie

La sentenza che si annota ha definito il giudizio instaurato da una cittadina brasiliana, proprietaria di un apparecchio a motore per il volo da diporto o sportivo (VDS), la quale, presentata (circa quattro mesi prima del deposito del ricorso al Tar) un'istanza volta all'iscrizione del mezzo nel registro tenuto dall'Aero Club d'Italia (Ae.C.I.)[1] e al rilascio del certificato di identificazione e della targa[2], aveva visto decorrere infruttuosamente i trenta giorni entro i quali il procedimento avrebbe dovuto essere concluso.

Un mese dopo la scadenza di questo termine, l'interessata aveva domandato all'Ae.C.I. l'attivazione dei poteri sostitutivi per l'adozione del provvedimento e la liquidazione di un indennizzo ai sensi dell'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990.

Trascorsi altri quindici giorni (termine per provvedere differito *ex* art. 2, c. 9 *ter*, l. proc.), tuttavia, il Direttore generale dell'ente, non definendo il procedimento, si era limitato a richiedere un parere al Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili in merito alla possibilità di procedere alla iscrizione nel registro di un apparecchio VDS appartenente a un cittadino di un Paese extra-Ue.

Con ricorso *ex* artt. 31 e 117 c.p.a., l'interessata ha così agito innanzi al Tar, chiedendo la condanna dell'amministrazione sia alla conclusione del procedimento con l'adozione di un provvedimento assentivo (art. 31, c. 3, c.p.a.), sia al risarcimento del danno da ritardo (art. 2 *bis* l. n. 241/1990).

La pronuncia in commento accoglie integralmente la prima domanda e respinge, invece, quella risarcitoria.

Nonostante la semplicità dei fatti oggetto di giudizio (intorno ai quali la motivazione non dà peraltro notizia di alcuna contestazione *inter partes*), gli stessi sembrano valutati in modo radicalmente differente da ciascuno dei capi della sentenza: su questo duplice criterio di lettura si concentrano le brevi notazioni che seguono.

2. Semplicità dell'accertamento e potere vincolato: i motivi dell'accoglimento della domanda di adempimento

I presupposti necessari per l'iscrizione nel registro degli apparecchi VDS sono (indirettamente) elencati dall'art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010, mediante l'enumerazione degli allegati che gli interessati devono porre a corredo della propria istanza: una documentazione fotografica idonea a identificare il modello del velivolo, un'autocertificazione del proprietario che attesti la conformità del mezzo a uno dei tipi di cui alla l. n. 106/1985**[3]**, alcuni ulteriori documenti tecnici nel caso in cui sia richiesta l'iscrizione dell'apparecchio come "avanzato" (art. 8 d.p.R. cit.).

Ai sensi del comma 4 dell'art. 7 cit., l'Ae.C.I. deve provvedere all'iscrizione (e rilasciare all'istante il certificato di identificazione e la targa) a seguito di un semplice accertamento di "regolarità" della documentazione presentata, potendo poi lo stesso verificare, "in qualsiasi momento, la

conformità tra la dichiarazione del proprietario dell'apparecchio e le caratteristiche oggettive dello stesso".

Si è in presenza, insomma, di una fattispecie normativa che ingloba all'interno di una struttura procedimentale ordinaria alcuni elementi tipici di modelli non-provvedimentali, quali le dichiarazioni, denunce o segnalazioni certificate di inizio attività.

In primo luogo, infatti, la legge dispensa l'amministrazione (in deroga al principio di completezza dell'istruttoria e all'art. 6, c. 1, lett. *b)* l. n. 241/1990) da un esaustivo accertamento dei fatti che costituiscono i presupposti per l'iscrizione: a tenere luogo (almeno interinalmente) di tale accertamento sono le dichiarazioni e la documentazione fornite dal privato in sede di presentazione dell'istanza. In secondo luogo, anche a seguito della conclusione del procedimento (e dunque dell'avvenuta produzione di effetti nella sfera giuridica del destinatario), l'amministrazione può svolgere ulteriore attività istruttoria e rivedere la propria decisione senza necessità di fare ricorso ad atti di secondo grado.

Può, certo, escludersi che il descritto procedimento e il relativo provvedimento siano in astratto surrogabili tramite una dichiarazione o una segnalazione certificata di inizio attività.

Ma tale infungibilità non deriva tanto da una sostanziale differenza tra il tipo di presupposti richiesti dalla legge per l'iscrizione nel registro VDS e quelli propri dei *topoi* provvedimentali contemplati, innanzitutto, dal comma 1 dell'art. 19 l. proc.: anche quella dell'art. 7 d.p.R. n. 133/2010 è una fattispecie in cui il potere attribuito dalla legge all'amministrazione ha carattere interamente vincolato, poiché l'iscrizione è esclusivamente subordinata all'accertamento "di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale" e per essa non è previsto "alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale"**[4]**.

Più semplicemente, la infungibilità tra il procedimento di cui all'art. 7 cit. e uno dei richiamati schemi non-provvedimentali risiede nella circostanza che, perché possa circolare, un apparecchio VDS iscritto in registro deve altresì essere munito di una targa (art. 7, c. 5) e a bordo deve essere custodito il certificato di identificazione rilasciato dall'amministrazione (art. 7, c. 7).

L'attività che l'interessato è abilitato a svolgere al termine del procedimento (l'adibizione del suo apparecchio alla circolazione aerea: art. 7, c. 1) deriva, insomma, da un adempimento dell'Ae.C.I. che consiste sì, in parte, in una prestazione di *facere* (l'iscrizione al registro), ma per altra parte ha a oggetto un *dare* (la consegna del certificato e della targa metallica), prestazione a cui l'interessato non potrebbe supplire con dichiarazione, segnalazione o certificazione alcuna.

Per il resto, il tipo di presupposti elencati dall'art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010 e il fatto che il loro accertamento d'ufficio sia previsto solo in via eventuale e differita (essendo sufficiente, in prima battuta, la verifica di "regolarità" della domanda presentata del privato) attestano una sostanziale corrispondenza tra l'iscrizione nel registro VDS e il tipo di provvedimenti dei quali l'art. 19, in ragione del carattere integralmente vincolato, consente una sostituzione tramite s.c.i.a..

Se ciò è vero, non pare che la soluzione adottata dal TAR potesse essere differente.

Per quanto, infatti, il potere di pronunciare sulla fondatezza dell'istanza, ai sensi dell'art. 31, c. 3, c.p.a. sia talora esercitato dal giudice amministrativo con estrema cautela (quasi che, anche a fronte di attività vincolata, la condanna all'adempimento prevista dalla norma costituisse una mera facoltà**[5]**), non può ignorarsi come questa ritrosia a predeterminare in sede giudiziale il contenuto del provvedimento amministrativo sia fondata su una sistematica, su opzioni interpretative e su concrete preoccupazioni che poco o nulla hanno a che vedere con la fattispecie in esame.

Ci si riferisce, in particolare, all'indirizzo, diffuso in giurisprudenza, secondo cui, se "l'adozione della determinazione conclusiva richiede il previo svolgimento di adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione"**[6]**, alla sentenza che definisce il giudizio avverso il silenzio sarebbe precluso disporre intorno alla fondatezza dell'istanza: principio talora applicato dal giudice amministrativo in difetto di una previa indagine (e di una congrua motivazione) sulla natura dell'adempimento istruttorio che la specifica azione *ex* art. 31, c. 3, richiederebbe (prescindendo, cioè, dal fatto che l'attività procedimentale ancora ineseguita da parte della P.A. consista in una valutazione discrezionale – pura o tecnica – o in un mero accertamento di presupposti fattuali) **[7]**.

In questi casi, il (pur criticabile) indirizzo richiamato muove, sul piano sistematico, dal presupposto di una sostanziale eterogeneità tra accertamento amministrativo e accertamento giudiziale**[8]**; sul piano interpretativo, esso antepone il divieto di cui all'art. 34, c. 2, c.p.a. alla lettera dell'art. 31, c. 3 (e dell'art. 34, c. 1, lett. *b)*)**[9]**; sul piano pragmatico, avverte il rischio di fare del processo (anziché del procedimento) la sede per lo svolgimento di adempimenti istruttori che, ancorché non discrezionali, possono rivelarsi complessi**[10]**.

Nella fattispecie risolta dal Tar Lazio, all'evidenza, nessuno di questi ostacoli concettuali avrebbe potuto condurre alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di condanna *ex* art. 31, c. 3, c.p.a..

Non quello di carattere sistematico, perché la fungibilità tra accertamento amministrativo e auto-dichiarazione del privato, presupposta dall'art. 7 d.p.R. n. 133/2010, fuga (almeno per transitività) ogni possibile dubbio sulla surrogabilità al primo di un accertamento disposto dal giudice.

Non quello di carattere interpretativo, poiché la condanna all'iscrizione dell'apparecchio al registro VDS non intacca la titolarità in capo alla P.A. di "poteri amministrativi non ancora esercitati" (art. 34, c. 2, c.p.a.), giusto il disposto dell'art. 7, c. 4 cit. che consente all'Ae.C.I., anche successivamente all'scrizione (e senza previsione di termini analoga a quella dell'art. 19, c. 3, l. n. 241/1990), di accertare la conformità tra le dichiarazioni del proprietario e le effettive caratteristiche dell'aeromobile e, quindi, di esercitare i "poteri amministrativi" consequenziali.

Non, infine, quello di carattere pragmatico, poiché l'ordine di procedere all'iscrizione potrebbe essere disposto dal giudice senza necessità di alcun approfondimento istruttorio degno di nota, ma sulla base della semplice verifica di "regolarità" di documenti e dichiarazioni allegati all'istanza (unico accertamento a cui l'art. 7 subordina l'esercizio del potere amministrativo): e ciò pare abbia fatto nella specie il Tar, la cui sentenza non dà conto dell'espletamento di verificazioni, consulenze tecniche, o altri mezzi istruttori.

Il provvedimento di cui la sentenza in commento ordina l'emanazione si inscrive, in altri termini, in quel nucleo minimo di atti vincolati per i quali negare l'applicabilità dell'art. 31, c. 3, c.p.a. equivarrebbe a una *interpretatio abrogans* della norma**[11]**. All'interno degli (angusti) limiti tracciati dalla specialità di fattispecie quali quella in esame**[12]**, infatti, anche gli orientamenti più limitativi del potere del giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza non potrebbero condurre a una dichiarazione di inammissibilità dell'azione se non privando di significato quell'espresso riferimento alla "attività vincolata" che, nella norma, rappresenta un presupposto distinto dalla non necessarietà di "adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"**[13]**.

E di ciò mostra implicitamente consapevolezza la motivazione, che si dilunga in (più e meno puntuali) precisazioni sugli specifici caratteri della fattispecie, quasi a giustificare, oltre ogni dubbio, la pronuncia di condanna all'adempimento disposta.

Afferma, infatti, la sentenza che l'iscrizione nel registro VDS (come il rilascio del certificato di identificazione e della targa) non sarebbe sussumibile nel *genus* delle autorizzazioni, rappresentando piuttosto un "mero accertamento costitutivo"**[14]**; all'interno di questa categoria, il provvedimento si caratterizzerebbe per avere a oggetto "un accertamento "*in rem*

"[...] scevro da discrezionalità"**[15]**, il quale integra un "atto dovuto, subordinato al mero accertamento della regolarità della documentazione a corredo dell'istanza"**[16]**. Per tali caratteristiche, afferma il Tar, il provvedimento che dispone l'iscrizione al registro e il rilascio di certificato e targa dell'apparecchio si distinguerebbe dall'attestato di idoneità al pilotaggio contemplato dall'art. 11 dello stesso d.p.R. n. 133/2010, il quale invece "postula una valutazione "*in personam*", demandata all'Aeroclub d'Italia in ordine ai requisiti dell'aspirante pilota, e costituisce oggetto di un provvedimento discrezionale"**[17]**.

Argomenti, questi, senz'altro sovrabbondanti e, a ben guardare, non condivisibili, se è vero che un "mero accertamento" può costituire il presupposto per l'adozione di provvedimenti pacificamente qualificabili come "autorizzazioni" (macro-categoria di atti a carattere ampliativo di cui quella individuata in sentenza costituisce piuttosto una *species*) e che lo specifico oggetto di un accertamento (si tratti di *res* o *personae*) non trae con sé un differente statuto giuridico del potere che per suo tramite è esercitato**[18]**: lo stesso art. 11 d.p.R. n. 133/2010 – richiamato, per contrapposizione all'art. 7, in sentenza – non pare del resto attribuire all'amministrazione alcuna discrezionalità (se non per la diversa ipotesi di abilitazione al volo in formazione, per il cui rilascio è previsto il superamento di un esame: art. 11 cit., c. 14).

Il rilievo secondo cui l'art. 7 d.p.R. n. 133/2010 non consente accertamenti "*in personam*", nulla aggiunge insomma al carattere vincolato del provvedimento e alla possibilità per il giudice di emanare una pronuncia di condanna *ex* art. 31, c. 3, c.p.a.: tale puntualizzazione, piuttosto, potrebbe acquisire importanza nella ricostruzione delle modalità attraverso cui, *de facto*, si è prodotta l'inerzia provvedimentale dell'amministrazione. Quest'ultima, infatti, senza ricercare alcun appiglio nella norma attributiva del potere**[19]**, ha mostrato di ritenere (prima informalmente**[20]** e poi mediante la richiesta di un parere ministeriale) che la cittadinanza brasiliana posseduta dalla ricorrente potesse ostare all'emissione del provvedimento richiesto e sulla scorta di questa (tanto gratuita, quanto erronea) convinzione si è astenuta dal provvedere.

La considerazione della superfluità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Ae.C.I., in sintesi, sarebbe apparsa senz'altro più pertinente all'interno del secondo capo della sentenza, relativo alla pretesa risarcitoria: ma qui, come subito si vedrà, essa è stata in parte trascurata e, per altra parte, ha assunto un valore diametralmente opposto a quello cui or ora si è accennato.

3. Potere vincolato e struttura dell'illecito: i motivi del rigetto della domanda risarcitoria

Il commercio di apparecchi VDS (classe a cui pacificamente appartiene il deltaplano biposto a motore di cui la ricorrente aveva richiesto l'iscrizione in registro) è in Italia un'attività libera.

Chiunque può acquistare un siffatto mezzo aereo ma, da proprietario, non può godere del proprio bene, adibendolo alla circolazione a cui esso è destinato, se non ottenendo la previa iscrizione nel relativo registro, il certificato di identificazione e la targa (art. 7, c. 1, d.p.r. n. 133/2010).

L'iscrizione ha, inoltre, un riflesso sulle facoltà di disposizione del proprietario, in quanto – sebbene la disciplina applicabile in materia sia derogatoria (e senz'altro meno formale e rigorosa) rispetto a quella dettata dal Codice della Navigazione (artt. 749 ss. e 861 ss.) in materia di immatricolazione degli aeromobili e di trascrizione sul registro aeronautico nazionale, tenuto dall'ENAC – sul registro VDS sono annotati i passaggi di proprietà degli apparecchi (art. 7, c. 8, d.p.R n. 133/2010).

Nessun dubbio, dunque, che la mancata conclusione del procedimento amministrativo da parte dell'Ae.C.I. rappresenti, sul piano materiale, una condotta idonea a produrre un danno all'interesse dell'istante: alla stregua dell'omessa consegna di un bene oggetto di compravendita da parte del venditore, infatti, la mancata iscrizione nel registro determina l'impossibilità per il proprietario di trarre dalla sua cosa le utilità (funzionali ed economiche) che essa è in grado di produrre.

Nel caso di specie, la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente *ex* art. 2 *bis* l. n. 241/1990 è stata respinta dal Tar Lazio sulla scorta di due argomenti.

Tra questi, quello senz'altro più solido è rappresentato dalla mancata prova del danno effettivamente subito dall'attrice: se quest'ultima, come si afferma in sentenza, ha in effetti omesso di allegare elementi idonei a dimostrare, anche solo presuntivamente, l'esistenza e l'entità del pregiudizio subìto (quali la diminuzione di valore del deltaplano sul mercato dell'usato, le spese sostenute per la custodia nelle more dell'inutilizzabilità del veicolo o il corrispettivo offerto da eventuali imprese interessate per la locazione di apparecchi VDS da destinare al noleggio), pare in effetti che la pretesa risarcitoria non potesse trovare accoglimento né qualificando il danno come contrattuale**[21]**, né riconducendo la responsabilità dell'amministrazione al modello aquiliano, opzione a cui aderisce la sentenza**[22]**.

Qualche perplessità, sul punto, potrebbe sorgere intorno al rito seguito dal Tar per decidere sulla domanda risarcitoria**[23]** e alla possibilità di procedere alla liquidazione del risarcimento in via equitativa.

Tali dubbi sono tuttavia secondari e ai medesimi si tornerà ad accennare nel paragrafo conclusivo, occorrendo prima prendere in considerazione la principale (e più discutibile) ragione che impedisce, a detta del Tar, l'accoglimento della domanda risarcitoria: ragione che avrebbe avuto il medesimo effetto ostativo anche qualora la ricorrente avesse adeguatamente assolto all'onere di provare l'esistenza e l'entità del danno subìto.

Secondo la motivazione, tra gli elementi richiesti dall'art. 2043 c.c., difetterebbe nella fattispecie la "imputazione soggettiva della responsabilità, quanto meno a titolo di colpa semplice"**[24]**.

È tra i (succinti) motivi impiegati in sentenza per sostenere tale conclusione che si annida una lettura dei fatti accertati del tutto differente (e, a ben guardare, incompatibile) con quella posta a fondamento dell'accoglimento dell'azione di adempimento.

Centrale, per comprendere l'impostazione adottata dal Tar, è l'affermazione secondo cui "non si può dire che l'ente abbia agito con malizia"**[25]**: essa rivela chiaramente l'equivoco di fondo in cui il giudice è incorso nel dare un corretto inquadramento giuridico al problema del danno da ritardo.

E ciò non tanto perché, rispetto alla struttura dell'illecito aquiliano, l'assenza di "malizia" potrebbe al più escludere la sussistenza del dolo dell'Ae.C.I. nella diretta produzione del danno (lasciando del tutto impregiudicata la possibilità di configurare l'elemento psicologico in termini di colpa), ma soprattutto perché, nell'ambito del danno da ritardo, la condotta di cui occorre giudicare l'illiceità ha carattere puramente omissivo e il danno non è dunque riconducibile al fatto che l'amministrazione abbia "agito" in modo illecito, ma alla circostanza che *non* abbia agito.

In altri termini, affermare che l'amministrazione non abbia "agito con malizia" non consente di ignorare il fatto che la stessa abbia scientemente violato il termine del procedimento (o che, quantomeno, ne abbia con negligenza ignorato la cogenza), facendolo spirare senza adottare la decisione finale: nel disposto dell'art. 2 *bis*, c. 1, l. n. 241/1990 i requisiti del dolo o della colpa non sono infatti riferiti alla produzione del danno (come la pronuncia sembra presuppore), ma appunto alla "inosservanza [...] del termine di conclusione del procedimento".

È singolare, allora, che il Tar non abbia dato rilievo alla circostanza che, nella fattispecie, l'Ae.C.I. avesse violato l'obbligo di provvedere non una, ma due volte, essendo rimasto inerte anche a

seguito dell'istanza *ex* art. 2, c. 9 *ter*, l. proc. presentata dalla ricorrente: circostanza che avrebbe dovuto condurre il giudice a qualificare quella di restare in silenzio come una vera e propria scelta, una "inosservanza dolosa [*id est*: intenzionale] del termine di conclusione del procedimento". A confermare tale lettura avrebbe concorso anche il fatto che, alla scadenza del (secondo) termine procedimentale, il titolare dei poteri sostitutivi non ignorasse affatto la pendenza del procedimento, avendo posto in essere, proprio nel momento in cui avrebbe dovuto adottare il provvedimento di iscrizione (o quello di diniego), un'ulteriore attività istruttoria, fuori da ogni previsione di legge.

Quest'ultima circostanza è invece impiegata in motivazione quale argomento per escludere tanto la colpa, quanto la "malizia" dell'amministrazione: il Tar valorizza l'episodio rilevando che "l'Aero Club d'Italia ha ritenuto di dover richiedere un parere al Ministero vigilante, vicenda, questa, per cui, sia pur tardivamente, tale Ente ha voluto esser confortato e ha inteso condividere la risoluzione d'una fattispecie per esso con ogni evidenza inusuale o malintesa"**[26]**.

In questo modo, il Tar ha manifestamente ignorato quanto dallo stesso affermato poche righe prima e cioè che la natura vincolata del provvedimento di iscrizione non consentisse all'amministrazione di valutare e di attribuire rilievo – né "con malizia" né in modo innocente – ad altri elementi se non a quelli individuati come presupposti dalla norma attributiva del potere (art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010).

Che la fattispecie (iscrizione nel registro VDS) fosse per l'Ae.C.I. (ente preposto per legge a esercitare in via esclusiva il relativo potere) "con ogni evidenza inusuale o malintesa", al punto di volere essere "confortato" da un parere dell'organo tutorio, non è dunque indice, per il collegio, di alcuna negligenza o imperizia, ma dell'assenza di una "malizia" idonea a fondare una condanna al risarcimento del danno.

I paradossi a cui un siffatto argomentare può condurre sembrano di tutta evidenza. Se la non 'usualità' della fattispecie consisteva (così per l'Ae.C.I., come per il Tar) nella cittadinanza extra-Ue dell'istante, allora ogni elemento fattuale, per quanto giuridicamente irrilevante, potrebbe giustificare l'inerzia provvedimentale dell'amministrazione e una sua iperattività endo-procedimentale, volta a fugare gratuite incertezze: il fatto che un istante non sia di razza caucasica, il suo essere affetto da qualche forma di disabilità, il colore inconsuetamente appariscente dell'apparecchio, il prezzo abnorme pagato dal proprietario per l'acquisto di quest'ultimo.

A ben vedere, il perimetro entro il quale potrebbe ravvisarsi la colpa dell'amministrazione finirebbe, così, col coincidere con le sole ipotesi di "malizia" del funzionario competente: ed è singolare che la sentenza, accennando al fatto che anche una simile doglianza fosse stata in effetti mossa dalla ricorrente, ne abbia rilevato "l'irrilevanza e l'estraneità alla *res in iudicium deducta*"**[27]**, pronunciandone l'assorbimento ai motivi posti a base della condanna *ex* art. 31, c. 3, c.p.a..

4. Brevi conclusioni

Chi volesse sondare, sulla base della decisione in commento, quale sia la effettiva consistenza della tutela oggi offerta dall'ordinamento all'interesse a una tempestiva conclusione del procedimento amministrativo, valutando la reale portata innovativa degli strumenti a tal fine contemplati dal codice del processo amministrativo (art. 31, c. 3) e dalla legge sul procedimento (art. 2 *bis*), potrebbe limitarsi a pochi elementari rilievi.

A fronte di un termine di trenta giorni previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento richiesto, la ricorrente ha ottenuto l'iscrizione (o meglio la sola condanna dell'amministrazione a eseguirla e a rilasciare il certificato di identificazione e la targa) a distanza di circa un anno dalla presentazione dell'istanza.

Basterebbe questa considerazione per comprendere come il *booster* di tutela che l'art. 31, c. 3, c.p.a. intende fornire al cittadino non sia *ex se* idoneo a garantire il suo interesse a una decisione tempestiva.

Non v'è dubbio, infatti, che tale strumento sia in grado di incidere sui tempi dell'amministrazione, scongiurando il rischio di (ulteriori) comportamenti dilatori a seguito della decisione giudiziale. Esso consente all'amministrato di ottenere in via coattiva l'adozione non di *un* provvedimento – art. 117, c. 3, c.p.a. – ma dello *specifico* provvedimento di accoglimento dell'istanza, che egli potrà pretendere deducendo innanzi al giudice dell'ottemperanza – art. 114, c. 4, lett. *b)* c.p.a. – la nullità di una eventuale difforme determinazione della P.A.**[28]**.

Altrettanto indubbio è, però, che la condanna all'adempimento (come la sua eventuale esecuzione forzosa) è un rimedio che interviene in un momento in cui l'interesse del privato a una decisione tempestiva è già definitivamente compromesso, essendo l'azione esperibile soltanto a seguito dell'infruttuoso decorso dei termini fissati *ex* art. 2 l. n. 241/1990.

È appena il caso di rilevare, peraltro, che anche questa (limitata) capacità dell'art. 31, c. 3, c.p.a. di incidere sui tempi dell'amministrazione non pare discostarsi tanto da quella propria degli strumenti di tutela tradizionali. Nel caso risolto dal Tar Lazio, in particolare, il carattere integralmente vincolato dell'accertamento rimesso all'amministrazione avrebbe consentito alla ricorrente di ottenere il medesimo risultato anche se la tutela apprestata dall'ordinamento fosse stata quella dell'impugnazione del silenzio-rigetto: nell'ambito di un siffatto giudizio, infatti, l'interessata avrebbe comunque potuto dimostrare la regolarità dell'istanza presentata all'amministrazione e la conseguente illegittimità del (tacito) diniego; ottenuto l'annullamento (e in forza del suo effetto conformativo) avrebbe poi avuto accesso al giudizio di ottemperanza in modo pressoché identico a quello garantito dalla condanna all'adempimento disposta dalla sentenza in commento**[29]**.

Non pare, insomma, che la garanzia di decisioni più celeri (e soprattutto di decisioni tempestive, cioè rispettose dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241/1990) possa essere affidata ad altri rimedi se non quelli a carattere compensativo previsti dall'art. 2 *bis* della legge sul procedimento: soltanto il rischio effettivo di sopportare un costo per il ritardo, non quello di una condanna a provvedere (generica o specifica che sia), potrebbe infatti condurre le amministrazioni a prendere sul serio i limiti temporali fissati dalla legge per l'esercizio dei poteri pubblici, mutando il generico dovere di provvedere in un obbligo che fronteggia una specifica situazione giuridica di vantaggio del cittadino.

Come illustrato al precedente paragrafo, la sentenza in commento ha negato la tutela risarcitoria mediante argomenti, relativi alla colpa dell'amministrazione, che ne descrivono la fruibilità come eccezionale, dipendente da elementi il cui ricorso non è di certo consueto e la cui dimostrazione imporrebbe comunque, nella gran parte dei casi, una *probatio diabolica*.

Un siffatto approccio non è affatto originale o isolato**[30]**.

Esso si inscrive, al contrario, in un diffuso filone interpretativo che sembra fondato sul fraintendimento di un'impostazione in sé e per sé senz'altro condivisibile: quella secondo cui la tutela risarcitoria ha una funzione supplementare rispetto a quella costitutiva o, nel caso del silenzio, rispetto alla condanna a provvedere**[31]**.

Se correttamente intesa, questa impostazione implica esclusivamente che la previsione normativa di una tutela risarcitoria non possa intaccare né il primato di quella di annullamento, né, più in generale, la regola secondo cui è la decisione amministrativa a dovere soddisfare in prima battuta l'interesse dell'amministrato: la funzione della tutela risarcitoria è quella di

compensare l'interesse del privato per i (soli) pregiudizi che l'effetto ripristinatorio dell'annullamento (o la condanna a emanare il provvedimento) non è in grado di rimuovere**[32]**.

Dal richiamato insegnamento non dovrebbe, invece, trarsi l'ulteriore corollario secondo cui un'azione amministrativa palesemente illegittima non è mai *ex se* sufficiente a integrare il requisito dell'illiceità della condotta e l'elemento soggettivo la cui sussistenza è richiesta dall'art. 2043 c.c..

Potrebbe, infatti, dubitarsi di questo automatismo a fronte di fattispecie in cui la complessità dei dati dell'istruttoria è esposta a fisiologici travisamenti o in cui l'equivocità del dato normativo comporta un'estrema difficoltà interpretativa ai fini della sua applicazione, non invece quando un'elementare disciplina legale del potere configuri quest'ultimo come vincolato a un accertamento di altrettanto elementari fatti, né, soprattutto, quando non si controverta della legittimità di un provvedimento, ma della sua mancata adozione.

D'altro canto, dire che, in questi ultimi casi, l'illegittimità del provvedimento o il silenzio attestano direttamente l'illiceità della condotta dell'amministrazione e la sua colpa non equivale affatto a riconoscere al risarcimento del danno un carattere altrettanto automatico. Anche in questi casi, infatti, il principale ostacolo alla fruibilità della tutela risarcitoria è rappresentato dalla necessità per il danneggiato di dimostrare l'esistenza del pregiudizio patito e la sua entità: è la prova del danno che consente di accertare la sussistenza (e la misura) di una componente dell'interesse leso dall'amministrazione che rimane sacrificata anche a seguito dell'annullamento del (o della condanna ad adottare il) provvedimento**[33]**.

Ciò è tanto più vero nell'ambito del silenzio-inadempimento, ove il tempo è sì qualificato dalla disciplina del procedimento come un valore in sé, come un'utilità la cui sottrazione alla sfera giuridica del privato è attestata *ipso facto* dalla mancata adozione della decisione amministrativa entro i termini di legge; ma la misura del sacrificio imposto a tale utilità è, nella gran parte dei casi, difficilmente dimostrabile.

È questa, del resto, la principale funzione della tutela indennitaria prevista dall'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990, per accedere alla quale il cittadino è dispensato dall'onere di provare non solo la colpa o il dolo della P.A., ma anche gli elementi che ne consentono la quantificazione.

Questa forma di tutela, come in altra occasione si è avuto modo di rilevare, ha tuttavia, a oggi, un ambito di applicazione soggettivo e oggettivo estremamente limitato**[34]**: a essa, nel caso che ci occupa, non avrebbe potuto avere accesso la ricorrente, che, infatti, pur avendo richiesto la liquidazione dell'indennizzo all'amministrazione in sede di istanza *ex* art. 2, c. 9 *ter*, l. n.

241/1990, non ha poi proposto in giudizio una corrispondente azione di condanna.

Chi abbia a cuore l'interesse del cittadino alla tempestiva conclusione dei procedimenti che lo riguardano deve allora domandarsi se, in difetto di una tutela indennitaria fruibile in via generale, non sia possibile individuare, in via interpretativa, soluzioni che consentano *aliunde* una compensazione del tempo perduto senza la necessità di offrite una rigorosa prova in giudizio dell'entità dei pregiudizi patiti.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di procedere alla liquidazione del risarcimento del danno *ex* art, 2 *bis*, c. 1, in via equitativa, commisurandone l'entità all'indennizzo di cui all'art. 28, c. 1, d.l. n. 69/2013: ciò alla sola condizione della dimostrazione, da parte dell'amministrato, degli ulteriori presupposti che la legge richiede per la tutela risarcitoria (e non, invece per quella indennitaria) e fatta salva, in ogni caso, la possibilità per il ricorrente di dar prova del maggior danno subìto**[35]**.

In fattispecie quali quella in esame, inoltre, non sarebbe peregrino ipotizzare che, per la liquidazione equitativa del danno, il giudice possa prendere a diretto riferimento il valore della situazione giuridica sostanziale alla quale l'esercizio del potere amministrativo è strumentale.

Non v'è dubbio che, con riferimento agli interessi pretensivi, non sia tendenzialmente identificabile "un bene della vita che possa essere leso, dato che la sua acquisizione passa necessariamente per (è condizionata dal) l'adozione di un provvedimento amministrativo che accolga la domanda del privato": tanto che, con specifico riferimento al danno da ritardo, il diritto al risarcimento può astrattamente sussistere anche nel caso in cui il provvedimento (tardivamente) emanato sia un provvedimento di rigetto dell'istanza**[36]**.

D'altro canto, malgrado la natura pretensiva dell'interesse, non può escludersi che "al danno (da ritardo) propriamente riferibile alla lesione dell'interesse legittimo [possa aggiungersi] anche un danno riferibile al(la aspettativa al) bene della vita" in sé e per sé considerata: ciò accade quando, come nel caso qui in esame, la disciplina positiva, precludendo all'amministrazione qualsiasi valutazione discrezionale, fornisca un parametro legale (e certo) "sul grado di "spettanza" del bene richiesto"**[37]**.

In queste ipotesi, qualora la "aspettativa" del privato sia passibile di valutazione economica (nel nostro caso, il valore di un bene di cui il proprietario non può godere e disporre liberamente in difetto del provvedimento), non sarebbe irragionevole riconoscere al giudice il potere (e il dovere) di procedere a una valutazione equitativa del danno e di liquidarne il risarcimento in una misura percentuale di quel valore**[38]**.

[1] Art. 5 dello Statuto dell'Ae.C.I., approvato con d.p.R. 18 marzo 2013, n. 53 (in G.U. n. 116 del 20 maggio 2013) e art. 7, c. 3, d.p.R. 9 luglio 2010, n. 133 (Nuovo regolamento di attuazione della legge 25 marzo 1985, n. 106, concernente la disciplina del volo da diporto o sportivo).

[2] Art. 7, cc. 4 e 5 d.p.R. n. 133/2010 cit.

[3] Legge 25 marzo 1985, n. 106 (Disciplina del volo sportivo o del diporto sportivo): v. in particolare l'Allegato della legge, contenente l'elencazione di tipi di apparecchi VDS e l'indicazione delle rispettive caratteristiche tecniche. Ai sensi dell'art. 7, c. 3, d.p.R. n. 133/2010, la dichiarazione del proprietario deve specificare "1) struttura dell'apparecchio (monoposto o biposto); 2) nome del costruttore; 3) modello e potenza del motore, peso massimo al decollo, dimensioni (lunghezza, larghezza e altezza) espresse in centimetri, ubicazione del posto principale di pilotaggio, tipologia dei comandi (tre assi, due assi, pendolare, elicottero, autogiro, mongolfiera, dirigibile); 4) modello dell'apparecchio, eventuale installazione del gancio per il traino nonché l'eventuale numero seriale ove trattasi di prodotto industriale".

[4] Né una incompatibilità tra i due schemi (provvedimento di iscrizione/s.c.i.a.) potrebbe giustificarsi – al netto della riferibilità dell'art. 19 l. proc. ai soli provvedimenti autorizzatori necessari all'avvio di un'attività di impresa – sul piano della 'sensibilità' degli interessi in gioco: il fatto che l'effetto ampliativo dell'iscrizione consista nell'ammettere un mezzo alla circolazione aerea (attività pericolosa che coinvolge interessi quali salute e pubblica incolumità) potrebbe, infatti, spiegare la non riconducibilità del silenzio dell'Ae.C.I. all'ambito di applicazione dell'art. 20 l. n. 241/1990, non invece l'estraneità del provvedimento al novero di quelli sostituibili con segnalazione certificata. Mentre, infatti, l'art. 20, c. 4, l. n. 241/1990 esclude l'applicazione della disciplina sul silenzio-assenso "agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e

paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità [...]", l'art. 19 dispone l'esclusione dall'ambito della s.c.i.a. "dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria". Il pericolo che possa derivare alla salute (non però alla pubblica incolumità) rileva invece, ai sensi dell'art. 19, c. 3, in sede di esercizio del potere di sospensione dell'attività in pendenza del termine assegnato dalla P.A. al privato per conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente. V. N. Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 349.

[5] In questi termini l'*obiter dictum* di Consiglio di Stato, III, 8 settembre 2016, n. 3827, ove si afferma che, anche a fronte di attività vincolata, "*il* giudice "può" e non 'deve' valutare se sia il caso di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa". Per una ipotesi di ammissione dell'azione *ex* art. 31, c. 3, c.p.a. (anch'essa all'insegna della facoltatività) ove il giudice ravvisi la manifesta *infondatezza* dell'istanza, cfr. Consiglio di Stato, IV, 29 maggio 2015, n. 2688.

[6] Per questa formulazione T.A.R. Lazio, Roma, II, 11 dicembre 2017, n. 12204: fattispecie in cui l'accertamento rimesso all'amministrazione (e ritenuto insurrogabile dall'istruttoria processuale) è rappresentato da una misurazione di distanze.

[7] Afferma espressamente che "sono inammissibili, ai sensi artt. 30, comma 1, e 31 comma 3, c.p.a., le azioni di condanna, anche in sede di giurisdizione esclusiva, ad un facere che implichi [...], anche in presenza di provvedimenti vincolati, l'esercizio di un'attività istruttoria a cura della pubblica amministrazione" Consiglio di Stato, IV, 30 maggio 2022, n. 4357. V. anche T.A.R. Lazio, Roma, II, 22 febbraio 2021, n. 2173, che ritiene ostativa alla condanna di adempimento la

necessità di svolgere ulteriori adempimenti istruttori ai fini della qualificazione di un abuso edilizio (per il quale era richiesta una rettifica della concessione in sanatoria) alla luce delle tipologie elencate dalla tabella allegata alla legge 28 febbraio 1985, n. 47. Nel senso, invece, della piena ammissibilità della prova, da parte del ricorrente, in ordine alla sussistenza di presupposti non ancora accertati dall'amministrazione, ai fini dell'accoglimento della domanda *ex* art. 34, c. 3, lett. *c)*, alla sola condizione che la legge non ne consenta espressamente una valutazione discrezionale, T.A.R Toscana, 14 marzo 2017, n. 392. Non è inconsueto rinvenire il riconoscimento della piena capienza dell'istruttoria processuale rispetto agli accertamenti non eseguiti dall'amministrazione quando una domanda in tal senso *non* sia stata proposta in giudizio: così, ad es., C.G.A.R.S. 18 luglio 2016, n. 214, che, nel motivare l'inammissibilità dell'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara da parte dell'impresa terza classificata, la quale aveva omesso di richiedere l'accertamento dell'anomalia dell'offerta presentata dalla concorrente in grado poziore (accertamento non compito dalla P.A.), afferma che la regola di cui all'art. 34, c. 2 c.p.a. "non deve essere enfatizzata o assolutizzata ma deve, piuttosto, essere letta nel quadro generale di un giudizio amministrativo i cui contorni fondamentali sono andati mutando nel corso del tempo ed il cui oggetto è andato spostandosi, per così dire, dall'atto al rapporto amministrativo"; in concreto, la conseguenza di tale lettura è che "deve ritenersi che l'odierna ricorrente ben potesse articolare le proprie censure anche nei confronti della seconda classificata, chiedendo al giudice di accertarne l'anomalia dell'offerta economica" (punti 5.1.e 5.4.).

[8] Frequente è l'ancoraggio di questa convinzione al principio di separazione dei poteri e della riserva di amministrazione (v. ad es., da ultimo, T.A.R. Lazio n. 2173/2021 cit.), di cui anche l'art. 34, c. 2, c.p.a. (v. subito *infra*, nel testo) rappresenterebbe una specificazione: in tal senso anche Consiglio di Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5. Sulla non riconducibilità della *ratio* della norma a detti principi v. invece M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento ai poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2018, 67 ss. Sul rapporto tra la tradizionale regola della *décision préalable* e gli accertamenti prodromici alla

decisione ancora non eseguiti dalla P.A. (anche con specifico riferimento all'azione di adempimento) v. *ibid.*, 95 ss.

[9] Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, 26 aprile 2022, n. 3173, che ritenendo non "condivisibile l'assunto dell'appellante, secondo cui l'art. 31, comma 3, c.p.a. [...] consentirebbe comunque al giudice di sostituirsi alla p.a. in tutte le ipotesi di attività vincolata", afferma che "[se] il giudice fosse costretto a disporre incombenti istruttori, si sostituirebbe *in toto*all'Amministrazione nell'esercizio del potere, aggirando il divieto recato dall'art. 34, comma 2, c.p.a".

[10] Così, ad esempio, Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2022, n. 3317, che, individuata la *ratio* dell'art. 31, c. 3 c.p.a. in "esigenze di economia e celerità processuale e procedimentale, alle quali risulta conforme l'anticipazione della valutazione amministrativa alla sede processuale", esclude l'accessibilità al rimedio in fattispecie in cui la complessità dell'accertamento dimostri la "irrealizzabilità dell'esigenza di concentrazione presa in considerazione dalla norma citata".

[11] Sulla possibilità di considerare gli atti privi di margini di discrezionalità come costitutivi "dei propri effetti" v. per tutti M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 122 ss.

[12] Alla stessa classe sono, ad esempio, riconducibili i casi di mancata adozione di provvedimenti aventi carattere meramente dichiarativo, come l'acquisizione gratuita di un'opera abusiva al patrimonio comunale *ex* art. 31 T.U. edilizia (Consiglio di Stato, VI, 8 maggio 2014, n. 2368): per l'ammissibilità, in questi casi, dell'azione *ex* art. 31, c. 3, c.p.a. proposta dal terzo a fronte dell'inerzia del Comune v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 1 marzo 2019, n. 408.

[13] Ciò è tanto più evidente ove si tenga conto dell'indirizzo secondo cui, ove il provvedimento richiesto dal ricorrente rappresenti il mero adempimento di un'obbligazione *ex lege*, la domanda di condanna non potrebbe essere dallo stesso proposta nella forma dell'azione avverso il silenzio, ritenuta in questi casi inammissibile già ai sensi dell'art. 31, c. 1: in questo senso, da ultimo, Consiglio di Stato, 15 febbraio 2021, n. 1348, in materia di contributi pubblici, ove si

afferma che qualora il beneficio "sia concesso *ex lege*, l'attività richiesta all'Amministrazione non si traduce nella spendita di potestà provvedimentali – risultando la *regula iuris* del rapporto concreto già dettata in via normativa -, bensì afferisce alla materiale esecuzione dell'obbligazione pecuniaria, attraverso il compimento di un mero atto solutorio avente natura di atto giuridico in senso stretto. [In questi casi], spettando all'Amministrazione la sola attività solutoria, non [si è] in presenza di un pubblico potere e, per l'effetto, l'asserita inerzia [non può] qualificarsi come silenzio inadempimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 L. n. 241 del 1990, nonché 31 e 117 c.p.a.". È noto, tuttavia, che la materia dei contributi e delle sovvenzioni è ormai da tempo contraddistinta da una particolare nettezza della distinzione tra fattispecie (discrezionali) in cui l'attività provvedimentale è ricondotta alla nozione di potere amministrativo e fattispecie (vincolate) in cui la stessa attività è considerata mero adempimento di un'obbligazione: su tale distinzione si fonda, infatti, il discrimine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa posto in materia dalla consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite che nella seconda classe di ipotesi reputa l'amministrato titolare di un diritto soggettivo (v. da ultimo Cassazione civile, sez. un., 13 maggio 2022, n. 15370).

[14] Così la motivazione al par. 4.3.

[15] *Ibid.*, *loc cit.* e par. 5

[16] *Ibid.*, par. 4.2.

[17] *Ibid.*, par. 4.3.

[18] Si pensi a un concorso di progettazione, ove i requisiti di partecipazione degli operatori economici costituiscono oggetto di un accertamento ("*in personam*") a carattere vincolato (art. 46, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 e d.m. 2 dicembre 2016, n. 263), mentre la valutazione ("*in rem*") del progetto ha ovviamente carattere ampiamente discrezionale (art. 156, c. 4).

[19] V. *supra*, nota 3.

[20] In motivazione (par. 1) si rappresenta che dalla "corrispondenza multimediale intercorsa tra l'istante e l'intimato ente diregolazione del volo da diporto emerge che il 27 luglio 2021 è pervenuta alla prima la fotografia di una G.U., riproducente l'art. 22 L.24 aprile 1998 che aveva sostituito l'originario art.751 Cod.nav. il quale concerneva la tematica della "nazionalità dei proprietari di aeromobili" (doc.11 produz. ricorr.), messaggio che confermava che l'omessa decisione dell'Ente scaturiva dalla circostanza che la ricorrente avesse cittadinanza brasiliana e dunque non dell'UE". V. anche il par. 5 della decisione.

[21] Cfr. da ultimo Cassazione civ. sez. II, 6 aprile 2022, n. 11126: "Nella vendita di cose mobili, laddove non trovi applicazione l'art. 1518 c.c., in caso di ritardo da parte del venditore nella consegna della merce è onere dell'acquirente provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per la perdita di valore del bene, ovvero per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, con valutazione rimessa al giudice del merito, che può al riguardo avvalersi di presunzioni, anche sulla base di elementi indiziari allegati dallo stesso danneggiato".

[22] È noto che la conferma dell'ascrizione della responsabilità per danno da ritardo al modello aquiliano si deve a Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, sulla quale v. in questa rivista E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*; sulla stabilità delle opzioni ricostruttive offerte dal sistema della responsabilità civile (o meglio dalle letture, talvolta originali, fornitene dalla giurisprudenza amministrativa), v. M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria, ibid.*

[23] Anche la domanda risarcitoria è stata infatti definita dalla sentenza *ex* 117 c.p.a. È noto, al riguardo, che la giurisprudenza amministrativa interpreta il comma 6 dell'art. 117 c.p.a. (ai sensi del quale, se l'azione risarcitoria "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") nel senso che "la trattazione della domanda risarcitoria

connessa all'azione avverso il silenzio nelle forme del giudizio ordinario costituisce una facoltà discrezionale del giudice adito", poiché nella lettera della norma "il verbo servile "può" [...] regge tanto la proposizione relativa alla definizione della domanda avverso il silenzio quanto quella successiva, concernente la conversione del giudizio nel rito ordinario per la trattazione della domanda risarcitoria". Per tal via, l'art. 117, c. 6 cit. è letto come disposizione derogatoria rispetto alla regola fissata dall'art. 32, c. 1, secondo periodo, del codice, a mente del quale, in ipotesi di cumulo nello stesso giudizio di domande soggette a riti diversi, "si applica quello ordinario", salve le (sole) eccezioni disposte dal Titolo V del Libro IV. Quando, tuttavia, il giudice ritenga di trattare nelle forme del rito speciale anche la domanda risarcitoria, la stessa giurisprudenza precisa che "deve renderne edotte le parti costituite, in analogia con quanto previsto dal combinato dei sopra citati disposti degli artt. 60 e 74 cod. proc. amm." (in questi termini Consiglio di Stato sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5798). Nel caso di specie, né la sentenza, né l'ordinanza interlocutoria da questa richiamata (4 aprile 2022, n. 3885, ove pur facendosi menzione della "richiesta di passaggio in decisione della causa senza discussione prodotta dalla ricorrente", nulla si dispone in merito) danno contezza della previa comunicazione alle parti della decisione del Tar di definire il giudizio a seguito della trattazione camerale: tale omissione potrebbe ritenersi limitativa del diritto di difesa della ricorrente, la quale avrebbe potuto confidare, in ipotesi, nel termine *ex* art. 73 c.p.a. per il deposito di documenti attestanti l'entità del danno patito.

[24] V. par. 8.1.

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.*

[27] Così la sentenza al par. 4.

[28] Per un generale e approfondito inquadramento del tema v. A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, *passim* e, con riferimento all'azione di

adempimento nell'ambito del rito avverso il silenzio, 202 ss.;

[29] M. Mazzamuto, *op. cit*., 87 ss.

[30] Com'è noto, la tesi dell'insufficienza dell'illegittimità dell'azione amministrativa ai fini del risarcimento del danno risale già a Cass. civ. 22 luglio 1999, n. 500, secondo cui "l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa [...] che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità". Tale impostazione è rimasta sostanzialmente costante anche a seguito della devoluzione al G.A. della giurisdizione sul risarcimento dei danni derivanti da lesione di interesse legittimo: cfr. da ultimo Consiglio di Stato V, 31 dicembre 2021, n. 8746, dalla cui motivazione la colpa della P.A. necessaria ai fini della configurazione dell'illecito viene espressamente qualificata come colpa grave: "in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione per danno da lesione di interessi legittimi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 23 aprile 2021, n. 7) la sussistenza della colpa va dimostrata ed accertata in modo rigoroso e l'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo non costituisce di per sé prova della sussistenza [...] dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo siano conseguenza della *grave* violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede". V. anche Consiglio di Stato, III, 15 maggio 2018, n. 2882 e 30 luglio 2013, n. 4020; il condivisibile principio di diritto secondo cui per la "configurabilità della colpa dell'Amministrazione [...] occorre avere riguardo, anzitutto, 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" (Consiglio di Stato sez. III, 5- giugno 2019, n. 3799) risulta richiamato esclusivamente da pronunce che, alla stregua del citato precedente, escludono la risarcibilità del danno individuando margini di discrezionalità amministrativa nella fattispecie controversa: anche a fronte del richiamo del condivisibile principio, esso si risolve *de facto* nella *regula iuris* secondo cui "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 abbia disatteso, in maniera *macroscopica* ed *evidente*, i criteri della buona fede e dell'imparzialità, restando *ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile*" (in questo senso, richiamando Cons. St. n. 3799/2019 cit., Consiglio di Stato, III, 24 febbraio 2022, n. 1320).

[31] E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 23 ss..

[32] Cfr. F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa Rivista, febbraio 2021: "La tutela risarcitoria è la trappola perfetta per il giudice amministrativo e la strada dell'ibridazione è la pericolosa scorciatoia che vi conduce: espone il giudice amministrativo al perenne e carsico contrasto con le Sezioni Unite nel momento in cui l'ibridazione tende a costruire una tutela risarcitoria che è un surrogato di quella fruibile nel sistema della tutela civile dei diritti, sistema che è fondato sul principio della responsabilità patrimoniale del debitore proprio per garantire la tutela per equivalente monetario come misura generale; lo allontana da quella che è la sua mission istituzionale (e costituzionale), assicurare cioè giustizia nell'amministrazione, che rappresenta la sua stessa ragion d'essere".

[33] Osserva M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., nt. 52: "Allo stato del diritto positivo, se si vuol dar consistenza alla pretesa risarcitoria collegata alle mere situazioni procedimentali, si dovrebbe accentuare la funzione punitivo-sanzionatoria della responsabilità, poiché ciò consentirebbe di condannare al risarcimento l'amministrazione che non rispetti le situazioni procedimentali anche indipendentemente dall'eventuale pregiudizio patrimoniale patito dal singolo".

[34] Cfr. M. Ragusa, *Forme di tutela dell'interesse alla (tempestiva) conclusione del procedimento (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 aprile 2021, n. 4597)*, in questa Rivista, giugno 2021, segn. § 4.

[35] Interessante, in questa prospettiva, la proposta di F. Patroni Griffi (*A 20 anni dalla sentenza n. 500-1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019) relativa alla possibile introduzione di "una forfettizzazione tabellare dei danni risarcibili nelle ipotesi più frequenti di illegittimo esercizio del potere che abbia conseguenze "illecite" sul piano civilistico, conseguenze che le tecniche costitutive e ordinatorie non siano in grado di riparare e che comunque non soddisfino pienamente il soggetto leso. Si tratterebbe invero non di indennizzo in senso tecnico ma di una predeterminazione della quantificazione del danno, rispetto alla quale il soggetto leso, se non soddisfatto, potrebbe comunque rivolgersi al giudice civile, dando la prova, nei tempi del relativo giudizio, dell'ulteriore danno, rispetto a quello "tabellare", subìto".

[36] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Torino, 2017, 311 ss. Nello stesso senso pare l' *obiter dictum* di Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che trattando di "responsabilità da comportamento scorretto" afferma che la responsabilità da ritardo si configura "a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo".

[37] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, *loc. cit.*

[38] Così ad es., da ultimo, Cass. civ., VI, ord. 13 maggio 2019, n. 12630, ove si rileva "che la lesione della proprietà [...] è di per sé produttiva di danno, che consiste proprio nel mancato

godimento delle facoltà tipiche della proprietà per effetto dell’altrui illegittimo comportamento (tra le molte, Cass. 31/08/2018, n. 21501; Cass. 16/12/2010, n. 25475)” e si conclude “che, pertanto, una volta accertata l’esistenza della lesione è esclusa la necessità di specifica attività probatoria, mentre l’obiettiva difficoltà di determinazione del *quantum* impone che il giudice proceda alla liquidazione equitativa, ai sensi dell’art. 1226 c.c., adottando eventualmente, quale adeguato parametro di quantificazione, quello correlato ad una percentuale del valore reddituale dell’immobile, la cui fruibilità sia stata temporaneamente ridotta (cfr. Cass. 03/04/2012, n. 5334; Cass. 27/03/2008, n. 7972)”.