



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Il danno da ritardo alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale

di Armando Calogero

ABSTRACT

The action for damages caused by delay or inaction introduced in 2009 by the article 2 bis of Law n. 241/1990 (then procedurally regulated by c.p.a.) is characterized to the inherence to the violation of the terms of the proceedings, now independently from the allocation of favorable decision required by the instance remained unanswered or decided late. In consideration of the interest protected by the norm, any delay in the adoption of necessary acts during the proceedings or at the conclusion of it represents an undue damage as it precludes the actual availability of the legal asset.

The injured party is, also, entitled to obtain damages from loss of business opportunity as holder, not of a mere expectation, but of a situation likely to create an objective reliance on favorable decision.

SOMMARIO: 1. Inquadramento della problematica - 2. Considerazioni di carattere generale - 3. Danno da ritardo, responsabilità per inerzia e legittimo affidamento - 4. Accertamento e risarcibilità della chance quale conseguenza della protratta inerzia della P.A.

1. Inquadramento della problematica.

Come è noto, la certezza del tempo dell'agire amministrativo costituisce un principio fondamentale dell'attività amministrativa ed il parametro di valutazione della qualità dell'azione amministrativa.

Non a caso, sin dall'originaria formulazione della legge sul procedimento, l'obbligo di concludere il procedimento entro il termine stabilito è collocato dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, nel capo relativo ai principi, tuttavia il legislatore non faceva discendere alcuna sanzione specifica per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, ovvero di mancata o ritardata adozione del provvedimento.

Da allora lo scenario è completamente mutato: la riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi, la modifica della disciplina del silenzio e l'elaborazione giurisprudenziale di un'autonoma categoria di "danno da tempo perduto" si muovono nella direzione della tutela dell'interessato rimarcando la meritevolezza dell'interesse tutelato dagli artt. 2 e 2-bis della legge n. 241 del 1990 che all'obbligo giuridico di provvedere correlano non una "mera aspettativa di provvedimento", bensì un interesse qualificato e differenziato all'osservanza delle regole procedurali e, in particolare, alla tempestività dell'azione amministrativa.

Giova, in proposito, evidenziare che l'art. 2 bis della legge n. 241 del 1990 nel solco tracciato dall'art. 2 della stessa legge, conferma e rafforza l'idea secondo cui la certezza dei tempi del procedimento da cui dipende la salvaguardia della progettualità del privato e l'assetto degli interessi che matura nel corso del procedimento siano meritevoli di tutela nei confronti del ritardo e del silenzio che costituiscono le principali cause dell'inefficienza, le figure sintomatiche del cattivo uso del potere e denotano l'incapacità dell'amministrazione di far fronte ai propri obblighi.

La stessa disposizione che richiama tra i livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. l'obbligo della P.A. di provvedere nel termine stabilito; la esplicita previsione dei tempi di durata massima dei procedimenti, risponde appunto ad esigenze acceleratorie, "comporta(ndo) la qualificazione come inadempimento del fatto stesso dell'inutile spirare di tale termine (...) qualora sull'istanza di parte non sia stato emesso alcun provvedimento positivo o negativo"¹.

Ciò a prescindere dal fatto che l'amministrazione sia rimasta del tutto inerte ovvero abbia assunto un atteggiamento dilatorio tale da procrastinare *sine die* la durata del procedimento.

Il tempo costituisce, altresì, l'indice in base al quale misurare l'attitudine del sistema giurisdizionale a consentire la soddisfazione piena, puntuale ed integrale (oltre che tempestiva) dell'interesse leso dal comportamento o dal provvedimento impugnato, il grado di accesso alla tutela giurisdizionale e la qualità della stessa.

In tale contesto si collocano le non del tutto convincenti disposizioni del codice del processo amministrativo che, innestandosi in un panorama già assolutamente incerto e frammentato, disegnano un quadro completamente nuovo e di non facile lettura, come si evince chiaramente dalle tutt'altro che univoche pronunce giurisprudenziali in materia.

2. Considerazioni di carattere generale

La varietà e complessità delle questioni connesse al tema principale dell'indagine impone di svolgere, sia pur brevemente, alcune considerazioni di teoria generale in relazione alla concezione della responsabilità ed alla nozione di danno.

¹ Così, TAR Sicilia, sez. II, 8 aprile 2011, n. 703; Id., 23 giugno 2011, n. 1160 e giurisprudenza ivi richiamata.

In tale ipotesi il danno si configura e va risarcito "in presenza di una condotta della p.a. improntata ad un atteggiamento dilatorio che, attraverso decisioni soprassessorie ingiustificate (...), ha tenuto pendente il procedimento amministrativo oltre ogni ragionevole e tollerabile tempistica (...)". Così, TAR Abruzzo – L'Aquila, sez. I, 14 gennaio 2010, n. 2. In precedenza, cfr., TAR Calabria, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 75.

La nota sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 ha segnato il definitivo abbandono della concezione sanzionatoria della responsabilità, grazie soprattutto all'opera meritoria della giurisprudenza di merito che nel frattempo aveva ammesso alla tutela risarcitoria non solo la lesione dei diritti assoluti e di credito, ma anche alle aspettative ed alle posizioni di fatto. Di qui il riconoscimento all'art. 2043 c.c. della funzione precettiva, non più intesa come norma punitiva della violazione di prescrizioni *aliunde* poste dall'ordinamento giuridico a tutela di diritti assoluti, bensì come prescrizione essa stessa attributiva di un autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno subito dall'intrusione illecita nella sfera giuridica altrui.

La S. C. riconosce “che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia “ingiusto”, mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità.

L'area della risarcibilità (...) è quindi definita (...) da una clausola generale, espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure (...) che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (...). Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è una norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante”².

Di ciò la giurisprudenza amministrativa ha preso atto, quando ha rilevato che un ulteriore titolo di responsabilità della pubblica amministrazione poteva essere indicato nell'art. 1337 c.c., sostanzialmente individuato proprio per qualificare quella particolare relazione che si instaura tra privato e pubblica amministrazione, tenuta ad un comportamento secondo buona fede³.

² Cfr., *amplius*, FRANZONI, *L'ingiustizia del danno e le clausole generali nel diritto privato*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni – *L'illecito*, I, Milano, 2010, 891 ss.

³ Cfr., TAR Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761 annotata da Molaschi, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 3. CASSETTA – FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, secondo cui “incombe in responsabilità da contatto amministrativo qualificato, funzionalmente omogenea alla

Nel solco tracciato dalla Suprema Corte, ed in ossequio a tale rinnovata impostazione, dottrina e giurisprudenza hanno focalizzato l'attenzione sulla persona del danneggiato e sul carattere *non jure* del danno subito abbracciando così la funzione cd. riparatoria, in cui il risarcimento assolve il compito fondamentale di ristorare il danneggiato dalla lesione subita, in relazione alla quale il risarcimento viene parametrato, senza più essere inteso, quindi, come semplice reazione dell'ordinamento avverso il comportamento illecito del danneggiante ricollegato alla sola lesione di diritti soggettivi assoluti.

In questa prospettiva funzionale la responsabilità è volta a sanzionare il danno *contra jus* e *non jure* che in senso lato può essere definito come il pregiudizio arrecato alla sfera giuridico-economica di un soggetto, quale perdita economicamente rilevante conseguente alla lesione di un bene o di un interesse.

Nell'impostazione classica il pregiudizio ristorabile consiste esclusivamente nel danno patrimoniale consequenziale al comportamento illecito e non comprende il cd. danno evento, cioè l'illecito in sé considerato, privo di conseguenze patrimoniali accertabili.

Nella struttura sintattica e semantica dell'art. 2043 c.c. il danno costituisce al tempo stesso il presupposto e l'oggetto della tutela accordata dall'ordinamento al soggetto leso dall'altrui comportamento illecito, da cui origina l'obbligo di risarcire il danno.

Il concetto di danno appare strettamente connesso a quello di risarcimento; il primo, infatti, "si sostanzia in quel fenomeno nei confronti del quale l'ordinamento appresta quel particolare rimedio che è il diritto del danneggiato al risarcimento"⁴.

La questione relativa alla selezione delle voci di danno risarcibili ha assunto nel tempo un rilievo centrale dando vita ad un ampio dibattito mai sopito.

Sul punto, infatti, si sono registrate diverse opinioni in dottrina, essenzialmente divisa tra due concezioni di danno difficilmente conciliabili tra loro. Secondo una prima impostazione il danno si identificherebbe con l'alterazione negativa di una determinata situazione della vittima, non necessariamente economica, ma anche fisica o psichica; altri sostengono che esso coincide con la lesione del diritto o dell'interesse protetto⁵.

responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., la p.a. che abbia leso l'affidamento ingenerato nel privato dal rapporto procedimentale".

⁴ Così, in dottrina, SALVI, *Danno*, in *Digesto delle discipline pubbl.*, Torino, 63.

⁵ Idem.

In realtà, tali indicazioni per nulla esaustive non avrebbero potuto di per sé garantire alcuna tutela giurisdizionale in assenza di un giudizio di disvalore che ne costituisce il necessario ed indefettibile presupposto⁶.

Lo stesso concetto di danno è stato variamente interpretato dalla dottrina che l'ha definito "perdita o diminuzione patrimoniale", nonché "prezzo di composizione per il pregiudizio arrecato"⁷.

Secondo la prima impostazione (Differenztheorie) il danno si identifica nella differenza esistente nel patrimonio del danneggiato in conseguenza dell'illecito subito, equivalente alla sottrazione tra l'ammontare del patrimonio del danneggiato in un certo momento storico e la consistenza che il patrimonio avrebbe avuto se non si fosse verificato l'illecito⁸.

Secondo altra impostazione, il danno non è un dato extragiuridico che riceve copertura dall'ordinamento giuridico, bensì è esso stesso un dato normativo, ove ricorrano i presupposti stabiliti dalla legge.

La prima interpretazione non coglie nel segno e presta il fianco a critiche; si potrebbe, infatti obiettare che non tutte le modificazioni peggiorative di una realtà fenomenica trovano un rimedio nell'ordinamento. Spetta esclusivamente alla legge selezionare tra le conseguenze pregiudizievoli quelle meritevoli di tutela risarcitoria.

Il danno rilevante per l'ordinamento, dunque, non è il danno in senso naturalistico, ma il danno in senso giuridico.

La dottrina ha evidenziato che nel linguaggio giuridico il concetto assume diversi significati, evidenziando che "quando si parla del danno in rapporto al risarcimento ... (esso) è rappresentato dalle perdite patrimoniali, dai mancati guadagni, dalle sofferenze morali patite dalla vittima dell'illecito"⁹.

⁶ ALPA, *Danno aquiliano*, in *Contr. impr.*, 1990, 791 ha chiarito "la distinzione tra danni alla persona, danni alle cose (o alla proprietà), danni economici, danni morali, che presso di noi serve solo a chiarire il contesto in cui il danno si sviluppa (...) in *common law* assolve una funzione assai più rilevante, in quanto assurge a criterio selettivo dei danni risarcibili". L'A. chiarisce ulteriormente il suo pensiero e conclude dicendo: "In altri termini, l'operazione concettuale e pratica che presso di noi si articola al livello dell'interesse giuridicamente protetto (identificazione del bene leso), in *common law* si sviluppa ad un doppio livello: identificazione della fattispecie illecita e qualificazione del danno cagionato".

⁷ CRIFO', *Danno (storia)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano 1962, 617 ss., MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 274, nt. 1.

⁸ MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetschke Braunschweig, 1855. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 37; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di G. Scialoja-G.A. Branca, II ed., Bologna-Roma, 1979, 247.

⁹ VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, relazione tenuta al Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989, 706 ss.

“Il concetto di danno ingiusto ex art. 2043, (...) allude all’elemento oggettivo del fatto illecito <<inuria>> e al pregiudizio risarcibile, cui si riferiscono norme come gli artt. 1223, 1225, 1227, 2058, 2059 c.c., norme quest’ultime che presiedono alla valutazione dell’ammontare del danno da risarcire, norme che selezionano le poste di danno risarcibile”¹⁰.

Nel nostro ordinamento il legislatore utilizza il termine per indicare la conseguenza di un fatto umano, di un accadimento fortuito o di un inadempimento¹¹.

Prevalente è l’opinione risalente, ma ancora attuale, secondo la quale il danno è ravvisabile nella lesione dell’interesse leso, inteso come rapporto tra il soggetto ed un bene¹².

Sulla scorta di tali considerazioni, la dottrina ha potuto distinguere le diverse tipologie di danno, precisando che il “danno patrimoniale (comprensivo della cd. perdita di chance e del danno erariale) rientra nell’alveo dell’art. 2043 c.c. (mentre un discorso a parte va fatto per) i danni psichici ed i danni esistenziali”¹³, elaborando, altresì, criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria. In dottrina è stato evidenziato che ricorrendo al principio di solidarietà sociale “qualsiasi interesse potrebbe considerarsi meritevole di tutela”¹⁴, d’altra parte, il criterio della valutazione comparativa degli interessi in gioco alla stregua dei principi

¹⁰ Idem.

¹¹ ALPA, *Danno aquiliano*, cit., 791 ha chiarito che “la terminologia invariabilmente usata indica che questa espressione richiama una nozione unitaria: di volta in volta l’aggettivazione specificherà l’origine del danno (es. contrattuale, extracontrattuale) o il bene affetto dal danno (d. fisico, psichico, morale, economico, alla persona, alla proprietà, alla reputazione e così via), o l’entità del danno (grave, lieve) o il rapporto con il fatto generatore (diretto, indiretto, prevedibile, imprevedibile). In ogni caso, l’espressione danno allude alla *conseguenza* di un accadimento fortuito (sinistro), di un fatto umano, ovvero di un inadempimento contrattuale. DE GIORGI, voce *Danno: Il danno alla persona*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, 2, ha chiarito “si usa l’espressione illecito per designare sia il contrasto tra fatto e diritto, sia all’atto che dà luogo a responsabilità civile ex art. 2043, sia l’inadempimento dell’obbligazione. Nella prima di tali accezioni il significato di illecito coincide con quello di antigiuridicità, categoria di cui si fa rientrare qualsiasi fatto o situazione che non sia conforme a diritto, distinguendovi l’antigiuridicità soggettiva, qualifica riservata ai comportamenti umani imputabili, e quella oggettiva, da riferirsi a fatti in senso stretto, situazioni o comportamenti di soggetti incapaci di agire”. Altri Autori ritengono che il binomio illecito e danno sia inscindibile (cfr., CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 12; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, Padova, 1960, 22 ss.; DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, 20 ss.); altri ancora ritengono che ogni illecito debba essere punito dall’ordinamento a prescindere dalla produzione di un danno (cfr., SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, 169 ss.).

¹² CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 12. Un’altra dottrina afferma che deve intendersi come danno non l’alterazione o pregiudizio di un interesse, ma l’*evento che colpisce un bene*, inteso come “fenomeno che risulta idoneo a soddisfare un bisogno socialmente rilevante, e che si presta a costituire l’oggetto tipico di disciplina e tutela del diritto”. In questo senso, cfr., SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 475. Non a caso, secondo MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 275, “di per sé il termine danno non ha alcuna accezione circoscritta, anzi esso sottintende una nozione assai ampia, di carattere naturalistico, che individua qualunque nocimento o pregiudizio, annientamento o alterazione di una situazione favorevole”.

¹³ MONATERI, *op. cit.*, 275.

¹⁴ BIANCA, *Diritto civile*, V, *la responsabilità*, Milano, 1994, 113.

costituzionali si è rivelato troppo vago ed incerto. Ancora, la valutazione “caso per caso” lascia un margine di discrezionalità troppo ampio al giudice (o alla dottrina) per sottrarre il compito alla legge.

All'incertezza definitoria si contrappone una disciplina precisa e puntuale sui criteri di determinazione del danno, diversificati all'interno dei singoli ordinamenti giuridici le cui disposizioni fanno riferimento al danno inteso sia come lesione, sia come compensazione pecuniaria spettante alla vittima dell'illecito o dell'inadempimento della prestazione nell'ambito di un rapporto sinallagmatico di natura contrattuale.

Le problematiche definitorie che accomunano l'ordinamento civile e quello amministrativo, si riverberano inevitabilmente sulla individuazione dei criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela e, di conseguenza, delle fattispecie all'interno delle quali è possibile distinguere diverse ipotesi di danno risarcibile¹⁵.

3. *Danno da ritardo, responsabilità per inerzia e legittimo affidamento.*

Un esempio di questo tipo è rappresentato dal danno da ritardo che si presta a diverse classificazioni, potendo esso derivare tanto dal ritardo, tanto dall'inerzia (o rifiuto di provvedere).

Con la locuzione danno da ritardo ci si intende riferire sia al ritardo con cui l'amministrazione ha emanato l'atto richiesto, a seguito della rimozione dell'originario provvedimento sfavorevole, nel qual caso il danno è connaturato al tardivo conseguimento del bene della vita legittimamente anelato, sia all'ipotesi in cui il procedimento si conclude in ritardo con l'emanazione di un provvedimento negativo, pur se legittimo, ma anche all'inerzia dell'amministrazione in relazione alla quale si è posto il problema della risarcibilità del danno derivante dalla violazione del termine per provvedere, a prescindere da qualunque indagine circa la spettanza del provvedimento richiesto e dal successivo esito del procedimento, ovvero, in altri termini, dell'interesse legittimo pretensivo di cui il ricorrente è (o assume di essere) titolare¹⁶.

¹⁵ Cass. 17 maggio 2004, n. 9345 ha chiarito che “avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via presuntiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, un'esigenza di protezione”.

¹⁶ Cfr., di recente, TAR Abruzzo, sez. I, 21 novembre 2011, n. 548, ha, in proposito, chiarito: “Orbene, non c'è dubbio che il danno da ritardo quale componente risarcibile, per equivalente, della lesione di un interesse legittimo pretensivo è concetto cui sono riconducibili diversi contenuti che spaziano da diritto ad una prestazione (la tempestiva conclusione del procedimento) all'interesse al bene della vita che l'esecuzione della

Tale classificazione, come si avrà modo di chiarire in seguito, produce importanti conseguenze anche sotto il profilo probatorio. Ciò non tanto nella prima ipotesi in cui il ritiro del provvedimento sfavorevole presuppone il riconoscimento implicito della spettanza del bene della vita, quanto negli altri due casi che impongono il ricorso ad un giudizio prognostico diretto a verificare l'incidenza dell'*agere* amministrativo illegittimo nella causazione del danno¹⁷.

Ben prima della legge n. 69/2009, da più parti ci si era interrogati sul valore da attribuire al tempo e sulle conseguenze che sarebbero potute derivare dalla sua violazione. Già allora, configurare il tempo come bene della vita autonomo, suscettibile di tutela risarcitoria a prescindere dalla spettanza del bene della vita equivaleva ad ammettere l'esperibilità di un'azione risarcitoria nei confronti dell'inerzia, indipendentemente dall'impugnazione del silenzio rifiuto.

Ciò sul presupposto che nell'ambito degli interessi procedurali occorrerebbe distinguere le situazioni meramente strumentali, prive di autonoma rilevanza e, quindi insuscettibili di tutela se non previa impugnazione dell'atto, da quelle che di per sé costituiscono un bene della vita, nelle quali rientra l'interesse al rispetto dei termini procedurali la cui lesione determina l'insorgenza di un danno risarcibile *ex se*, a prescindere dalla verifica della spettanza del bene della vita.

A tale impostazione si contrapponeva un orientamento più rigoroso inaugurato nel 2005 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁸ il quale, richiamando l'art. 17, comma 1, lett. f) della legge n. 59/1997, ha chiarito che in assenza di un'esplicita previsione normativa, la tutela dell'interesse procedimentale non può che passare attraverso il riconoscimento della spettanza del bene della vita.

Così opinando, in caso di perdurante silenzio, il risarcimento del danno sarebbe ammissibile solo a condizione che – a seguito di un giudizio prognostico – il giudice sia in grado di stabilire con un buon grado di probabilità, la spettanza del bene medesimo, sempre che ciò ovviamente non involva valutazioni di natura discrezionale naturalmente riservate alla P.A. e precluse all'A.G. Ad avviso del Consiglio di Stato, una diversa conclusione non sarebbe neanche immaginabile, a meno che non si voglia introdurre *ex novo* rimedi ulteriori specificamente volti a sanzionare l'inerzia non previsti dall'ordinamento.

prestazione soddisfa (il rilascio del provvedimento favorevole)". Si segnala un recente caso trattato da Cour administrative d'appel de Marseille, 2° ch., 7 juin 2011, n° 09MA00751 a proposito de *La réparation des conséquences d'un retard dans le reclassement d'une infirmière*, in *AJFP*, n° 2/2012 (Mars – Avril 2012), 80 ss.

¹⁷ Cfr., in proposito, di recente, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; Id., 28 febbraio 2011, n. 1271.

¹⁸ Ad. Plen. 15 settembre 2005, n. 7.

L'Adunanza Plenaria ha ricondotto la responsabilità per danno da ritardo nell'alveo della giurisdizione di legittimità in applicazione dei principi sanciti dalla Corte Costituzionale nelle note sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006, recentemente ribaditi dalla Suprema Corte nelle ordinanze del 13 giugno 2006 nn.13659 e 13660 in base alla "inerenza dell'attività che si incentra sull'esercizio del potere pubblico".

Il silenzio, infatti, costituisce "omesso esercizio del potere", specularmente ad esso e, pertanto, non può essere considerato "alla stregua di un mero comportamento, cioè di un provvedimento svincolato dall'esercizio di un potere autoritativo, cui consegue la devoluzione della controversia al giudice ordinario"¹⁹.

Il ritardo, quindi, si identifica con il "mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento delle funzioni amministrative", a fronte di "interessi pretensivi del privato che per loro stessa natura ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo"²⁰.

Del resto, venuto anche già meno il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, l'obbligo di concludere il procedimento nel termine stabilito e con un provvedimento espresso è stato ricondotto nell'ambito del rapporto in cui si confrontano il potere pubblico e l'interesse legittimo.

Ciò posto, a sostegno dell'autonomia dell'azione risarcitoria, la dottrina ha chiarito che in caso di lesione dell'interesse alla tempestiva conclusione del procedimento il danno risarcibile non è più legato al mancato guadagno sofferto a causa del mancato rilascio del provvedimento favorevole, ma discende dal tempo perduto e dall'incertezza protrattasi a causa dell'inosservanza, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento²¹.

¹⁹ Cfr., Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65.

²⁰ Così, TAR Puglia – Bari, sez. III, 4 marzo 2009, n. 455.

²¹ DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 1133 secondo cui "La norma individua, infatti, nel fattore tempo, di per sé considerato, il bene della vita la cui violazione fonda l'azione risarcitoria promossa nei confronti della pubblica amministrazione inadempiente, a prescindere da ogni valutazione, anche solo probabilistica, sulla spettanza dell'utilità finale cui l'istante mirava al momento dell'avvio del procedimento. D'ora in poi, dunque, come è stato correttamente rilevato, il giudice adito in sede risarcitoria condurrà il giudizio prognostico sulla spettanza al privato dell'utilità finale avuta di mira ai soli fini della determinazione del *quantum debeatur*, posto che tale valutazione non potrà più incidere sull'*an* della pretesa azionata. Sembra perciò di potersi concludere che il danno da mero ritardo ha oggi una piena autonomia strutturale dalla fattispecie procedimentale da cui scaturisce". Nello stesso senso, cfr. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in R. CARANTA, *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010. La risposta al quesito "se sia risarcibile il mero danno da ritardo, cioè se sia risarcibile oggettivamente <<il danno subito dal privato in conseguenza dell'inerzia protratta dall'amministrazione oltre un certo termine, normativamente prefissato>>, ovvero <<se il danno sia risarcibile ove sussista la "spettanza del bene della vita" avendo il privato titolo al rilascio del provvedimento richiesto>>, dipende essenzialmente dall'importanza che si intende attribuire all'esaltazione e alla specificazione del valore tempo nello svolgimento dell'azione amministrativa, dal disvalore che si vuole riconnettere al silenzio ed all'inerzia dell'agire pubblico, cui si correla l'interesse legittimo

Ciò sul presupposto che la certezza ed il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa costituiscono un autonomo bene della vita, sul quale il privato, tanto più se operatore economico, deve poter fare ragionevole affidamento al fine di autodeterminarsi ed orientare la propria libertà economica²².

Il legittimo affidamento nella certezza dei tempi dell'azione amministrativa costituisce di per sé un interesse meritevole di tutela, ontologicamente diverso da quello al conseguimento dell'utilità finale. Ne deriva che l'interesse all'evasione tempestiva dell'istanza è cosa diversa dal soddisfacimento dell'interesse sostanziale sotteso alla stessa²³.

Sulla spinta dell'ordinamento comunitario, il legittimo affidamento è assunto ormai a principio fondamentale dell'azione amministrativa, canone imprescindibile di condotta, parametro di legittimità dell'esercizio della funzione, strumento di tutela volto a stigmatizzare comportamenti irragionevoli e contraddittori.

Nel linguaggio comune, esso indica la garanzia e la sicurezza nelle possibilità di riuscita²⁴; per quanto qui interessa, esso si riferisce alla fiducia riposta dal privato sull'adempimento dell'amministrazione cui l'ordinamento accorda tutela perché, nella specie, l'intento del legislatore è, appunto, quello di proteggere la buona fede di chi è stato indotto ad un certo comportamento dall'atteggiamento o dalla condotta della P.A. o ha confidato in un certo

al corretto svolgimento dell'azione amministrativa ed al rispetto dei tempi procedurali, cioè ad ottenere <<una risposta certa e tempestiva a prescindere dal contenuto della stessa>> (Così, Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248. Il dibattito è ancora acceso, a dimostrazione del fatto che “la questione della risarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi pretesivi, cui si ricollega il tema del ritardato o omesso esercizio del potere amministrativo (...) non sembra ancora aver completamente individuato gli amplissimi ambiti che la riguardano” (Così, SALTELLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omissione o ritardo nell'esercizio del potere*, in Atti del LIV Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 2008, Milano 2009, 161). LUMETTI, *Violazione dell'interesse legittimo e danno risarcibile*, Milano, 2008.

²² C.G.A.R.S. n. 1368/2010 ha affermato: “In questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. “rischio amministrativo” e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento”. Ne deriva che “il tempo previsto per la conclusione del procedimento costituisce lo spazio di possibile franchigia per l'Amministrazione per restare indenne rispetto all'obbligo di non violazione, mentre il suo superamento colpevole (ossia non altrimenti giustificato dall'ordinamento) la espone alle conseguenze risarcitorie derivanti dalla lesione di una situazione soggettiva giuridicamente tutelata” (Così TAR Abruzzo - Pescara, sez. I, 21 novembre 2011, n. 548). Nello stesso senso, cfr., Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271; Id., 21 marzo 2011, n. 1739 annotata da T. BONETTI, *Pubblica amministrazione e danno da ritardo: il fattore <<temporale>> come bene della vita*, in *Giurisprudenza italiana* – febbraio 2012, 448 e ss. TAR Sardegna, sez. I, 21 aprile 2011, n. 423; C.G.A.R.S., 24 ottobre 2011, n. 684.

²³ GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.* 2008, 4, 757 ss. Viene qui in rilievo la lesione dell'affidamento e, quindi, della certezza del tempo: la norma mira, infatti, a responsabilizzare l'autore dell'illecito ed a mantenere indenne il cittadino dal costo del cattivo esercizio dell'attività amministrativa. Cfr., COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 12.

²⁴ SACCO, *Affidamento* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 661 ss.; PIETROBON, *Affidamento* (voce), in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.

risultato²⁵, configurando una responsabilità per il danno da ritardo per l'autore di comportamenti dolosi o colposi contrari alle regole di correttezza e buona fede e, in quanto tali, lesivi della aspettativa qualificata al provvedimento nel termine stabilito in virtù del principio di autoresponsabilità che trova applicazione anche nei confronti della P.A. sulla quale grava, pertanto, l'obbligo di mantenersi coerente alla propria precedente condotta che ha generato l'aspettativa del privato²⁶.

Nella specie, quindi, prima ancora che l'affidamento riposto sulla “perdurante possibilità (...) di ottenere il provvedimento favorevole, viene in rilievo la concreta aspettativa di ottenere una risposta nel termine stabilito, a prescindere dal suo contenuto”²⁷.

L'art. 2-bis della L. 241/90, introdotto dalla L. 69/2009, successivamente abrogato dal Codice del processo amministrativo, ha esaltato l'importanza del tempo che assurge ad autonomo bene giuridico meritevole di tutela, la cui lesione è ex se rilevante ai fini risarcitori,

²⁵ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, ult. ed., 180 ss.

²⁶ MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni <<trenta>> all' <<alternanza>>*, Milano, 2001, 31 ss. A partire dal 1990 e soprattutto di recente con la legge n. 69/2009, il legislatore ha manifestato un atteggiamento più garantista nei confronti del cittadino coerente con lo stato attuale del processo di trasformazione istituzionale e in linea di continuità con i precedenti interventi normativi che hanno segnato le tappe più significative del cambiamento. Così, anche il legittimo affidamento che in un primo tempo ha stentato ad affermarsi è stato definito come “l'incarnazione di un principio non scritto di cui tutti parlano”, ovvero “un bene irrinunciabile, posto a tutela dei cittadini” (Cfr., *ex multis*, CGARS, 27 giugno 1978, n. 120; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 1992, n. 201; Id., sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136; TAR Sicilia-Catania, sez. III, 28 gennaio 2003, n. 130; Cons. Stato, sez. IV, 16 settembre 2008, n. 4362). Più precisamente, esso costituisce un principio generale, universale e trasversale che, in conformità con i principi fondamentali fissati dall'art. 97 Cost., obbliga l'amministrazione ad improntare la sua azione non solo ai principi di legalità, imparzialità e buona andamento, ma anche al principio generale di comportarsi secondo buona fede e, quindi, di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che ha suscitato nel cittadino un affidamento incolpevole. Cfr., Corte conti, S. R. QM7/2007 ha chiarito che “in buona sostanza l'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 (...) ha innovato non con riguardo all'obbligo - già esistente - di portare a compimento atti dovuti, quanto rispetto alle modalità stesse dell'adempimento, per le quali ora vige il dovere di adottare un provvedimento espresso entro il termine univocamente applicabile (...). L'affidamento nella sicurezza giuridica costituisce un valore fondamentale dello Stato di diritto costituzionalmente protetto nel nostro ordinamento (...), ora ancor più rilevante considerato che lo stesso legislatore prescrive che l'attività amministrativa sia retta (anche) dai principi dell'ordinamento comunitario (soprattutto ad opera della giurisprudenza) in un'ottica di accentuata tutela dell'interesse privato nei confronti delle azioni normativa e amministrativa delle istituzioni comunitarie (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 luglio 2004, causa C459/02; 14 febbraio 1990, causa C350/88; 3 maggio 1978, causa 112/77). In dottrina, cfr., *amplius*, G. GRASSO, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in www.giustamm.it, ha evidenziato che i giudici amministrativi, superando le resistenze della dottrina tradizionale, “attraverso il sindacato sull'eccesso di potere sotto i profili della contraddittorietà, illogicità e disparità di trattamento, nei fatti aveva(no) applicato detto principio, inteso come dovere di coerenza procedimentale e provvedimentale”.

²⁷ D'altra parte, già il disegno di legge Nicolais, mai attuato, aveva previsto l'introduzione dell'art. 2 bis nella legge 241/90 sancendo l'obbligo della P.A. di risarcire “il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, indipendentemente dalla spettanza del provvedimento finale”, ponendo a carico della P.A. l'obbligo di corrispondere alla vittima del ritardo una somma di danaro in misura fissa ed eventualmente progressiva aumentata in ragione dell'accumularsi del ritardo per il fatto in sé della violazione dei termini procedurali.

con la conseguenza che sono risarcibili tutte le conseguenze dannose, ivi compresi i danni non patrimoniali subiti dal ricorrente in ragione dell'illegittimo ritardo dell'amministrazione²⁸.

L'assenza di specificazione dei criteri di computo e di qualsiasi automatismo forfettario a titolo di indennizzo non ha inficiato la rilevanza della disposizione in esame alla quale va senz'altro riconosciuto il merito di aver ampliato il novero degli interessi risarcibili aprendo la strada a pronunce significative dei giudici amministrativi che, sia prima che dopo la riforma del Codice del processo amministrativo, hanno ammesso la risarcibilità del danno ingiusto da ritardo anche a prescindere dall'indagine sulla fondatezza dell'istanza e dalla spettanza del bene della vita ad essa sotteso, ad eccezione dei danni connessi ad istanze palesemente pretestuose o infondate²⁹.

Sovente, tuttavia, si finisce per sovrapporre i due piani asserendo, nel solco tracciato dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, che il mancato rispetto dei tempi del procedimento nel caso di mero ritardo qualifica il danno cagionato come ingiusto e legittima ad agire per il risarcimento, nella specie qualificato, anche nel *quantum*, a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il silenzio, in ossequio alle regole risarcitorie previste dall'art. 30 c.p.a.³⁰ Tale disposizione, come è noto, nel ricondurre anche tale ipotesi risarcitoria nell'alveo

²⁸ Di recente, TAR Abruzzo, sez. I, 10 novembre 2012, n. 768 ha ribadito che "l'azione, introdotta nel 2009 con l'art. 2 bis della legge 241/90 (poi processualmente ridisciplinata dal CPA), si caratterizza proprio per afferire alla violazione dei termini del procedimento, ormai a prescindere dalla spettanza o dall'avvenuto riconoscimento del bene della vita, richiesto con l'istanza rimasta inevasa o riscontrata tardivamente (...). La disposizione in esame ha, altresì, chiarito la natura extracontrattuale dell'illecito richiamando esplicitamente il concetto di danno ingiusto riferito all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Stando alla previsione di legge la lesione dell'interesse legittimo alla tempestiva definizione del procedimento determinerebbe comunque l'insorgenza di un diritto soggettivo al risarcimento del danno da far valere dinanzi al G.A. chiamato ad accertare la sussistenza del danno che potrà essere provato anche ricorrendo a presunzioni, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c.

²⁹ *Ex multis*, C.G.A.R.S. 4 novembre 2010, n. 1368, cit.; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, cit. Da ultimo, cfr., TAR Calabria - Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450 ha affermato: "dai principi di efficienza, economicità, imparzialità, correttezza dell'azione amministrativa derivano per l'amministrazione regole ed obblighi che, se violati senza alcuna giustificazione o senza aver di mira il perseguimento di un interesse pubblico superiore, comportano una responsabilità per l'amministrazione stessa. Ciò avviene anche per l'ipotesi di violazione delle regole poste a tutela della partecipazione procedimentale ovvero delle norme che impongono la conclusione nei termini di legge dei procedimenti amministrativi".

³⁰ Cfr., art.30, comma 3, c.p.a. e art. 133, comma 1, lett. a), n. 1 che conferma la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie risarcitorie. Da ultimo si segnala il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 che, proprio con riguardo alle controversie in materia di silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3. C.p.a. sembrerebbe attrarre nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie in materia di silenzio-rifiuto. Ciò, evidentemente, costituisce una novità di non poco rilievo, se solo si considera che l'unica previsione in tal senso contenuta nell'art. 2-bis della legge n. 241/90 (poi trasfuso nell'art. 133, co. 1, lett a) concerneva le sole ipotesi di risarcimento del danno da silenzio o da inerzia. In linea con la legge n. 69/2009, tale previsione ha comportato la definitiva consacrazione del diritto ad ottenere una risposta nel termine stabilito che individua una posizione soggettiva autonoma diversa e distinta dall'interesse legittimo al bene della

della responsabilità extracontrattuale, impone al privato di provare il danno con riferimento sia al danno emergente che al lucro cessante, nonché l'imputabilità dello stesso alla P.A. a titolo di dolo o colpa³¹, non desumibili dal mero dato oggettivo della illegittimità dell'azione amministrativa e, dunque, sulla base del mero superamento dei termini procedurali, ma dalla violazione delle regole procedurali e dei principi che regolano l'azione amministrativa³².

vita, con il quale convive ed è inscindibilmente connesso. In precedenza, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 15 settembre 2005, n. 7 aveva, altresì, escluso il risarcimento del danno da ritardo della p.a. in caso di provvedimento tardivo sfavorevole non tempestivamente impugnato dall'interessato. La giurisprudenza successiva è rimasta dello stesso avviso, negando la risarcibilità del danno da ritardo puro (cfr., TAR Liguria – Genova, sez. I, 1° dicembre 2010, n. 10721). A ben vedere, tuttavia, la rinnovata configurazione del rito sul silenzio lasciava intravedere una diversa conclusione: era, infatti, incongruo vincolare l'accertamento della responsabilità risarcitoria al previo esperimento del rimedio processuale. In assenza di un provvedimento espresso, difettava il presupposto in base al quale accertare l'illegittimità della condotta.

L'adesione all'una o all'altra tesi poteva rilevare ai fini dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria. La regola della pregiudizialità postulava che il termine decorresse dal passaggio in giudicato della sentenza che accertava la spettanza del bene della vita ovvero dal momento in cui la P.A. avesse spontaneamente provveduto ad emanare il provvedimento favorevole o, ancora, dal passaggio in giudicato della sentenza che avesse accertato l'obbligo di provvedere. Negli altri casi, il termine sarebbe decorso dal momento in cui l'interessato avesse avuto la consapevolezza della verifica del danno.

Attualmente, nel calcolo dell'entità del ritardo il *dies a quo* (di decadenza) coincide con il giorno successivo in cui è scaduto il termine annuale a disposizione dell'amministrazione per provvedere.

La verifica della spettanza del bene della vita sarebbe preclusa al G.A. alla luce dell'art. 34, comma 2, c.p.a. che testualmente recita: "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", nemmeno ai soli fini risarcitori, soprattutto se l'emanazione del provvedimento postula valutazioni ed apprezzamenti di natura discrezionale, per loro stessa natura riservati alla P.A. In questo senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2535. In precedenza, cfr., TAR Lombardia – Milano, sez. I, 16 gennaio 2012, n. 58.

³¹ Giova, comunque, evidenziare che, il requisito della colpevolezza può essere agevolmente acclarato dall'ostinata inerzia dell'amministrazione anche nei riguardi della sentenza che, preso atto del silenzio rifiuto, ha affidato vanamente la P.A. a provvedere in via definitiva.

³² Sulla natura della responsabilità, cfr., Cass., 10 gennaio 2003, n. 157 annotata da Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività procedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78 ha chiarito che "il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. Ne è corollario l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nella misura in cui la coincidenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico è un mero accidente, che non infirma la preponderanza di questo su quello". Cfr., di recente sul tema, DEL GIUDICE, *P.A. e responsabilità ex art. 2043 c.c.*, in *Trattato dei nuovi danni*, diretto da P. Cendon, *Danni da reato responsabilità processuale pubblica amministrazione*, VI, Padova, 2011, 25 ss. In giurisprudenza, cfr., da ultimo, TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450. In precedenza, *ex multis*, cfr., TAR Toscana, sez. I, 31 agosto 2010, n. 5145; Id., sez. II, 5 febbraio 2010, n. 190; TAR Lazio, sez. I, 22 settembre 2010, n. 32382; TAR Veneto, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 197; TAR Lombardia – Milano, sez. I, 12 giugno 2009, n. 4005. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162; Id., sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5266; Id., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242.

Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1672 ha escluso la risarcibilità del danno non patrimoniale da ritardo consistito in meri disagi o fastidi, non scaturenti da lesioni di diritti costituzionalmente garantiti (Cass. civ., sez. IV, 9 aprile 2009, n. 8703). In applicazione del cd. criterio della vicinanza della prova, spetta comunque al ricorrente dimostrare la sussistenza e l'ammontare dei danni non patrimoniali azionati in giudizio. Sebbene la prova possa essere fornita anche in via presuntiva, la stessa deve pur sempre fondarsi su

L'ipotetico rapporto di presupposizione tra l'impugnazione del silenzio ed il risarcimento del danno da ritardo che, per quanto anacronistico ed inaccettabile soprattutto dopo la novella del 2009³³, tuttavia è stato confermato anche di recente dal Consiglio di Stato in quanto dettato da “esigenze di preservazione dei rapporti pubblicistici e di prevenzione dei comportamenti opportunistici” (che) “(sarebbero) soddisfatte, in modo più convincente, (tra l'altro) con l'applicazione delle norme di cui all'art. 1223 e ss. cc. in materia di causalità giuridica”, tra cui, in particolare quella consacrata nell'art. 1227, comma 2, “che considera non risarcibili i danni evitabili con un comportamento diligente del danneggiato” (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 3/2011)³⁴.

circostanze di fatto concrete e certe, integranti un quadro indiziario connotato da elementi plurimi, precisi e concordanti che consentano di risalire, in via inferenziale e secondo un criterio di ragionevolezza e di normalità, al fatto ignoto costituente l'oggetto principale di prova (nella specie, alla sussistenza e all'ammontare dei danni non patrimoniali). Dunque, la pretesa risarcitoria – ove non si sia verificato un mero disagio o fastidio – esige un'allegazione di elementi concreti e specifici da cui desumere, secondo un criterio di valutazione oggettiva, l'esistenza e l'entità del pregiudizio subito, il quale non può essere ritenuto sussistente *in re ipsa*, né è consentito l'automatico ricorso alla liquidazione equitativa (Cass. SS.UU., 16 febbraio 2009, n. 3677; Cass. Sez. Lav., 17 settembre 2010, n. 19785).

La diligenza probatoria esperita dal ricorrente non esclude, comunque, la possibilità di individuare parametri certi di quantificazione del danno ai sensi dell'art. 34 comma 4, c.p.a.

³³ In proposito, SALTELLI, op. cit., 183 ha osservato che “limitare nei sensi indicati (dalla Plenaria) la tutela dell'interesse pretensivo significa scomporre artificialmente la realtà della vita di relazione e soprattutto negargli dal punto di vista della tutela ciò che il sistema gli riconosce dal punto di vista sostanziale”, laddove, invece, occorrerebbe “recuperare all'effettività della tutela, come interesse meritevole, il tempo come “funzione” del potere pubblico (...)”.

³⁴ Tra i commenti alla decisione si segnala, PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in Giustamm.it; SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni* (brevi note a margine di Cons. Stato, Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU. 23 marzo 2011 nn. 6594,6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli), in www.federalismi.it.

Corte Conti, sez. riun., 13 aprile 1985, n. 412/A ha chiarito che “l'art. 1227, comma 2°, c.c., (...) trova applicazione anche in materia di responsabilità amministrativa (ed) attiene al rapporto tra evento ed effetti dannosi, (esso) appare proiezione del principio di autoresponsabilità del creditore nonché di quelli di correttezza e cooperazione, secondo buona fede, con il debitore”. Cass., 7 aprile 1983, n. 6468, ha sottolineato che “l'art. 1227, richiamato per la responsabilità extracontrattuale dal successivo art. 2056 c.c., impone al danneggiato un obbligo di comportamento che, ben lungi dal limitarsi all'inerzia o alla mera astensione dall'arrecare pregiudizio con fatto proprio, richiede, secondo le circostanze del caso, anche una condotta positiva, senza peraltro giungere ad esigere attività gravose, implicanti spese di rilievo o rischi”. Cass. 9 febbraio 2004, n. 2422 ha, chiarito il concetto affermando che “il principio di cui all'art. 1227, comma 2°, c.c. (stabilisce che) in base alle regole dell'ordinaria diligenza il creditore ha il dovere di non aggravare con il fatto proprio il pregiudizio subito, pur senza essere tenuto all'esplicazione di un'attività straordinaria e gravosa e, cioè, ad un facere non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*”.

A proposito delle regole della causalità giuridica, cfr., MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 34; BERETTA, *Sui criteri di determinazione del danno da inadempimento*, nota a Trib. Roma, 16 gennaio 2006, in *Giur. It.*, 2007, 877. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 65 ss.; ALPA – BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Tratt.dir.priv.*, diretto da Rescigno, XIV, Torino, 1982, 94 ss. In senso critico, cfr., FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 5 e 33, il quale denuncia il rischio di demandare al giudice ogni valutazione, senza la possibilità di poter esercitare un adeguato

controllo normativo. PUCELLA, *La causalità <<incerta>>*, Torino, 2007, 244, ha criticato l'accostamento della "regolarità" al concetto di "conseguenze immediate e dirette". Il danno per essere risarcibile è il risultato del giudizio di causalità da effettuarsi caso per caso, giacché non esistono danni che per loro natura si possano qualificare diretti o indiretti, mediati o immediati. In questo senso, cfr., VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, 608 ss.; LAGOSTENA BASSI – RUBINI, *La liquidazione del danno*, I, Milano, 1974, 81; GIUSANA, *Il concetto di danno giuridico*, Torino, 65; DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, 236. Così opinando la giurisprudenza è giunta ad ammettere la risarcibilità del danno mediato e diretto purchè sia prodotto da una serie normale di eventi che traggono origine dal fatto originario. Cfr., *ex multis*, Cass., 4 luglio 2006, n. 15274; Cass., 19 agosto 2003, n. 12124. Cfr., inoltre, REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 92 ss.; BARCELLONA, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. Dir. civ.*, 1973, I, 349 ss. Id., *Funzione e struttura della responsabilità civile. Considerazioni preliminari sul <<concetto>> di danno aquiliano*, in *Riv. Critica dir. privato*, 2004, 211 ss.

Sul tema della pregiudizialità amministrativa, TAR Campania, sez. VIII, 9 febbraio 2012, n. 689 ha ricostruito la problematica evidenziando che in passato la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 marzo 2003 n. 4) ha affermato che necessaria condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria è l'utile esperimento, nel termine di decadenza, della tutela demolitoria, evidenziandosi, altresì, che l'annullamento deve essere richiesto in via principale nel termine di decadenza, atteso che al giudice amministrativo non è consentita la cognizione incidentale della illegittimità dell'atto e che il medesimo organo giurisdizionale non ha il potere di disapplicazione dell'atto illegittimo. Pur dopo il contrario orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ordinanze 13 giugno 2006 n. 13659 e n. 13660 e del 15 giugno 2006 n. 13911), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (22 ottobre 2007 n. 12) ha ribadito la regola della necessità, ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria, della previa, tempestiva ed utile proposizione della domanda di annullamento del provvedimento amministrativo pregiudizievole, supportando le conclusioni raggiunte da ulteriori argomentazioni, attinenti alla struttura del processo amministrativo, nel quale viene in considerazione in via primaria la tutela demolitoria e solo in via consequenziale ed eventuale quella risarcitoria; presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, la quale si consolida (trasformandosi da relativa in assoluta) con lo spirare del termine di decadenza per l'impugnativa dell'atto; articolazione della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, la quale, sia in sede demolitoria che risarcitoria, ha ad oggetto sempre la legittimità del provvedimento, con la conseguenza che in sede risarcitoria il danno ingiusto, del quale è elemento fondante l'illegittimità dell'atto, non può essere accertato a seguito della inoppugnabilità del provvedimento che ha comportato la trasformazione della presunzione di legittimità da relativa in assoluta; rilevanza della decadenza (dall'impugnazione del provvedimento) nell'azione risarcitoria, atteso che, in presenza di atti inoppugnabili, non risulta configurabile un presupposto di essa e, cioè, l'ingiustizia del danno.

Il G.A. ha largamente condiviso la tesi della pregiudizialità anche successivamente all'ultimo intervento in senso contrario delle SS.UU. del 23 dicembre 2008, adducendo a sostegno diversi argomenti tra cui il principio di certezza delle situazioni soggettive di diritto pubblico; l'obbligo per l'amministrazione di conformarsi al giudicato (Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059). Ad avviso dei giudici, un sistema processuale ancorato alla previa impugnazione del provvedimento amministrativo, al fine di conseguire il risarcimento del danno, risponde al principio di effettività della tutela giurisdizionale e rientra nella scelta discrezionale del legislatore. In definitiva, quindi, il principio di pregiudizialità ben si coordina con i principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di leale collaborazione delle parti.

Sull'argomento, la dottrina è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., PAPPANO, *Il superamento della cd. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giurisprudenza italiana* – Febbraio 2012, 443 e ss. e dottrina ivi citata. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *Giustamm.it*; SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, ivi; D'ANGELO, *Conflitti costituzionali e pregiudiziale di annullamento: un possibile conflitto di attribuzione oltre le questioni di giurisdizione?*, in *Giustizia civile*, 2010, fasc. 5, parte II, 207-216. FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578), in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2010, fasc. 1, 170-201. SORRENTINO, *Interesse legittimo e processo amministrativo di risarcimento (il sindacato sulla funzione oltre la pregiudizialità dell'atto)*, in *Giustamm.it*; QUNINTO, *Pregiudiziale amministrativa: la recta ratio e la misura che la definisce. La giustizia nell'amministrazione, plurime azioni e pluralità di termini*, ivi; CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta»?* in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 4, 933-977. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*,

In particolare, parafrasando l'art. 30 c.p.a., non di rado i giudici preferiscono adottare tale criterio interpretativo precisando che ciò che si risarcisce non è un'aspettativa all'*agere* legittimo dell'Amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui si ambiva al momento della proposizione dell'istanza. Apparentemente, quindi, nel solco della giurisprudenza maggioritaria, la tendenza è quella di allinearsi alla diffusa prassi dei giudici amministrativi di rigettare la domanda nel merito in caso di omessa impugnazione del silenzio, addossando sul danneggiato le conseguenze delle disfunzioni della macchina amministrativa³⁵.

Senza disconoscere la rilevanza diretta del tempo a prescindere dalla fondatezza dell'istanza, i giudici tengono a precisare che l'inutile decorso del tempo non viene risarcito sempre e comunque, per il suo solo trascorrere. Il "ritardo risarcibile" deve innanzitutto produrre un danno considerato ingiusto e cioè (...) sostanziare "la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione" e conseguire all'inosservanza dei termini per provvedere. Diversamente opinando, si finirebbe per accedere ad un'idea *lata* di risarcimento, conseguente al mero decorso infruttuoso del termine di legge per la conclusione del procedimento che, a tutto concedere, appare francamente inammissibile ed ingiustificata³⁶.

Ad avviso di chi scrive, quindi, occorre verificare se, in concreto, ricorrono i presupposti per ottenere il risarcimento individuando una formula di pacifica coesistenza degli strumenti di tutela operanti nel processo, tenuto conto delle reciproche differenze strutturali e funzionali³⁷.

2009, fasc. 4, 897-932. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione* (nota a Cassazione civile, sez.unite, sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254), in *Giornale di dir. amm.*, 2009, 4, 385 ss.

³⁵ In effetti, in applicazione della regola della pregiudizialità amministrativa, la giurisprudenza più recente ha ritenuto che dalla mancata applicazione dell'atto causativo del danno discende l'inaccogliabilità della domanda di risarcimento, considerato che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il preteso risarcimento, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta il rigetto di quella risarcitoria.

In mancanza della previa o contestuale impugnazione del provvedimento, si è ritenuta ammissibile, ma infondata nel merito, la domanda di risarcimento danni (cfr., Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2010, n. 7766; Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917).

D'altra parte, l'art. 30 c.p.a. prevede, da un lato, l'abbandono del rapporto di presupposizione tra le due azioni. Ma, dall'altro, controbilancia l'azione risarcitoria assoggettandola ad un termine decadenziale breve, benché più lungo di quello per l'impugnazione dell'atto lesivo e, soprattutto, escludendo la risarcibilità delle conseguenze dannose che si sarebbero potute evitare se il danneggiato avesse esperito altri strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento.

³⁶ TAR Lombardia – Milano, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 35.

³⁷ In tempi ormai remoti, la Corte Costituzionale aveva sottolineato che la questione risarcitoria rappresenta un "problema di ordine generale (...) richiedente prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina

In alcuni casi, infatti, la stereotipata applicazione di un meccanismo riparatore dei danni basato su una rigida sequenza processuale si traduce, nei fatti, in un diniego di giustizia connaturato alla scelta di subordinare la praticabilità del rimedio risarcitorio non soltanto alla regola della pregiudizialità, ma anche alle valutazioni comportamentali del danneggiato rimesse al G.A. “il quale, come giudice ordinario, (dovrebbe) fa(rsi) giudice del comportamento e non dell’atto”³⁸, con evidenti ripercussioni sulla certezza del diritto e sulla effettività della tutela³⁹.

La questione “non riguarda (soltanto) la possibilità di tener conto delle condotte processuali intraprese o omesse, ma piuttosto l’importanza (in questo caso decisiva) da attribuire alla valutazione di tali condotte in sede di scrutinio sulla domanda risarcitoria”⁴⁰.

In una fattispecie caratterizzata dalla totale omissione di provvedere sull’istanza, alcun valore può attribuirsi ad atti meramente interlocutori che, in quanto tali, sono del tutto inidonei a far cessare l’inerzia, così come al provvedimento volto genericamente ad impedire il rilascio di un titolo abilitativo, ove manchi qualsiasi riferimento all’istanza presentata, nonché la benché minima motivazione.

La Corte di Giustizia non ha mancato di evidenziare che l’attuale disciplina non offre alcuna garanzia in termini di effettività della tutela e di equivalenza dei rimedi giurisdizionali, atteso che “le condizioni stabilite (...) in materia di risarcimento dei danni - imponendo al danneggiato un *iter* procedurale inutile e gravoso – risultano congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento”⁴¹.

In linea di massima, la regola del previo esaurimento dei rimedi processuali mal si attaglia alla fattispecie del danno da ritardo, se solo si considera che a seguito della soppressione del comma 4 dell’art. 112 c.p.a. l’azione di risarcimento per le voci di danno antecedenti (cioè direttamente legate alla illegittimità degli atti annullati dalla sentenza è ormai preclusa.

sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali e nelle scelte tra le misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione” (così, Corte cost., 25 marzo 1980, n. 35).

³⁸ Così, in dottrina, DI MAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A.*, in *Corr.giur.*, 2009, 5, 658.

³⁹ Corte Giust. 6 ottobre 2009, causa C-40/2008, *Asturcom*. I principi della pienezza e della effettività della tutela costituiscono ormai *jus receptum* nella giurisprudenza comunitaria. Cfr., in proposito, Corte Giust., 14 dicembre 1995, causa C-430/93

⁴⁰ Così, GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell’atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in *Il Foro italiano*, n. 1/2012, 46 ss.

⁴¹ Da ultimo, cfr., Corte Giust., Grande Sezione, 26 gennaio 2010, causa C-118/2008, *Transporters Urbanos Y Servicios Generales S.A.L.* In precedenza, Corte Giust., 29 ottobre 2009 causa C-68/2008.

Peraltro, in ossequio ai principi elaborati in materia dalla giurisprudenza comunitaria “quali la tutela del diritto alla difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento”, proprio in considerazione della meritevolezza dell’interesse tutelato, la tutela risarcitoria costituisce “la misura minima e perciò necessaria di tutela (...) e, nel caso di concorso di possibili azioni, spetta al ricorrente scegliere la forma di tutela”⁴² che più e meglio di altre sia in grado di soddisfare la sua pretesa.

Non sempre, tuttavia, come innanzi si è accennato, un’attività palesemente ed ostinatamente illegittima sul piano amministrativo è anche illecita sul piano civilistico, ben potendosi attribuire il giusto peso e significato al comportamento processuale del ricorrente.

D’altra parte, come è noto⁴³, ai fini dell’accertamento della illegittimità del silenzio-rifiuto ai sensi dell’art. 117 c.p.a. è essenziale la sussistenza in capo alla P.A. dell’obbligo giuridico di provvedere sull’istanza del privato che, come è noto, anche a prescindere da un’esplicita previsione di legge, si rinviene “comunque in tutte quelle ipotesi in cui, in relazione al dovere di correttezza e buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) di quest’ultima”⁴⁴. Nelle altre ipotesi, viene in rilievo la lesione di un’aspettativa di mero fatto, insuscettibile in quanto tale di creare un affidamento non essendo, nella specie, ravvisabile un preciso onere di diligenza in capo alla P.A. tale da farla assurgere a garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima e tempestiva conclusione.

4. Accertamento e risarcibilità della chance quale conseguenza della protratta inerzia della P.A.

Resta, a questo punto da chiarire se ed in che misura il danneggiato, vittima dell’inerzia o del ritardo, ha diritto di conseguire il risarcimento del danno da perdita di *chance* in quanto titolare non già di una mera aspettativa o di “generiche ed astratte aspirazioni di lucro”⁴⁵,

⁴² Cass., 23 dicembre 2008, n. 30254.

⁴³ TAR Puglia, sez. III, 7 luglio 2011, n. 1496.

⁴⁴ TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 gennaio 2012, n. 32.

⁴⁵ Così, Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2011, n. 3243. Trib. Piacenza, 11 gennaio 2011 n. 11; Id., 24 maggio 2011, n. 448 secondo cui “la chance è una forma di danno che può essere definita come occasione favorevole di conseguire un risultato vantaggioso, sotto il profilo dell’incremento di un’utilità o della sua mancata diminuzione, diversa dalla mera aspettativa di fatto”. Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, con nota di BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle <<regole>> - Ma quanto vale un’occasione?* il quale cita altri precedenti giurisprudenziali, tra cui Cass., 10 novembre 1998, n. 11340; Cass., 15 marzo 1996, n. 2167; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506.

bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento (aspettativa di diritto, legittima e risarcibile) al rilascio del provvedimento favorevole⁴⁶.

“L’esame della risarcibilità del pregiudizio consistente nella perdita di una *chance* costituisce un punto di vista privilegiato per rivedere i criteri esaminati in precedenza al fine di descrivere il danno ed, al tempo stesso, per segnalare i principi che valgono per stimarlo e per liquidarlo”⁴⁷.

E’ pacifico che la perdita di *chance*, considerata come perdita della concreta ed effettiva occasione di conseguire un determinato bene “o di evitare un effetto non voluto”⁴⁸ rientra tra i pregiudizi risarcibili.

In tali ipotesi il risarcimento, ove spettante, andrebbe commisurato alla probabilità (possibilità, eventualità) di realizzare l’occasione favorevole più che al vantaggio sperato, sul presupposto che “la domanda di risarcimento da perdita di *chance* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato”⁴⁹.

A conferma di ciò, giova richiamare una decisione del Consiglio di Stato che a proposito del risarcimento del danno da perdita di *chance* ha chiarito che “ciò che conta è la valutazione della probabilità perduta, non la certezza del conseguimento del vantaggio sperato”⁵⁰, che tuttavia deve fondarsi su dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire il risultato utile. Ciò, indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della *chance* avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione, perché ai fini dell’*an* del risarcimento è essenziale dimostrare

⁴⁶ BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, c. 47 ss. Aveva escluso il risarcimento del danno da perdita di *chance* ritenendo che essa si riferisse ad un interesse di mero fatto. Nello stesso senso, PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 111 aveva escluso il risarcimento per non avere la *chance* un elevato valore di mercato.

⁴⁷ Così, in dottrina. FRANZONI, *L’illecito*, cit., 80.

⁴⁸ PUCELLA, *La causalità <<incerta>>*, cit., 81.

⁴⁹ Così, Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2002, n. 686. Nello stesso senso, cfr., Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2011, n. 3243, cit. ha, in proposito, chiarito “Trattasi, pertanto, di un pregiudizio che si configura come danno attuale e risarcibile, sempreché ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, sicché alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell’art. 1226 c.c., al contrario diretta a fronteggiare l’impossibilità di provare non la esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare”.

l'esistenza di una possibilità non trascurabile e non del tutto irrisoria di conseguire il risultato utile, all'uopo ricorrendo ad un calcolo probabilistico o anche per presunzioni⁵¹.

Deve trattarsi, quindi, di un danno non meramente ipotetico o eventuale, bensì concreto e attuale, commisurato alla mera possibilità di conseguire il risultato utile; ciò in quanto, ponendosi la *chance* quale "entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita della possibilità di conseguire un qualsivoglia risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura una lesione all'integrità del patrimonio la cui risarcibilità è, quindi, conseguenza immediata e diretta del verificarsi di un danno concreto ed attuale"⁵².

La Cassazione ha, altresì, chiarito che il pregiudizio non consiste "in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita della possibilità attuale, e non di un futuro risultato"⁵³.

La nota sentenza della Cassazione a SS. UU. n. 500 del 1999 ha aperto la strada al risarcimento di nuovi danni, tra cui anche quelli derivanti da perdita di *chance*, quale conseguenza del provvedimento o del comportamento illegittimi lesivi di interessi legittimi pretensivi⁵⁴ nell'ipotesi in cui essa sia suscettibile di determinare nell'interessato un oggettivo affidamento circa il conseguimento di un esito favorevole, secondo un criterio di normale probabilità⁵⁵.

E' evidente, quindi, che anche l'inerzia o il ritardo ben possono considerarsi fonte di danno da perdita di *chance*, nei limiti ed alle condizioni innanzi illustrate, sempre che l'istanza

⁵¹ L'onere probatorio si appunta sulla dimostrazione della probabilità in percentuale di conseguire l'occasione favorevole. Cfr., Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619 "in ambito civilistico l'imputazione del nesso causale opera anche in termini di possibilità del conseguimento di un diverso risultato ..., da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì, come sacrificio della possibilità di conseguirlo".

Cass., sez. III, 28 gennaio 2005, n. 1752; in senso conforme, Cass. sez. III, 11 dicembre 2003, n. 18945 secondo cui, il creditore avrebbe l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, "la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita dalla quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta".

⁵² Così, Cass. 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.

⁵³ Così, Cass., 21 luglio 2003, n. 11322. In precedenza, Cass., 25 settembre 1998, n. 9598 aveva attribuito alla *chance* la natura di danno futuro assimilandola al lucro cessante; Cass., 25 maggio 2007, n. 12243.

⁵⁴ TAR Lombardia, sez. III, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *Danno e resp.*, 2000, 310, annotata da CARBONE, *Rivincita del cittadino e fine di un privilegio: prime condanne della pubblica amministrazione a risarcire la lesione di interessi legittimi*, in *Corriere giur.*, 2000, 391, annotata da DI MAJO, *danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione degli interessi legittimi*; TAR Toscana, sez. I, 21 ottobre 1999, n. 766, in *Foro it.*, 2000, III, c. 1999, annotata da CARROZZA e FRACCHIA, *Art. 35 d.leg. 80/98 e risarcibilità degli <<interessi meritevoli di tutela>>: prime applicazioni giurisprudenziali*.

⁵⁵ Cass. 29 marzo 2006, n. 7228, in *Danno e resp.*, 2007, 154, annotata da GIAZZI, *Tra le pieghe della pubblica amministrazione: risvolti dell'agire colposo e ingiustizia del danno*; TAR Abruzzo – Pescara, 30 giugno 2006, n. 367, in *Urb. e app.*, annotata da MADDALENA, *legittima partecipazione alla gara, ammissibilità del ricorso e del danno da perdita di chance*.

presentata avrebbe potuto essere accolta; diversamente, infatti, non potrebbe fondatamente ritenersi sussistente la perdita della possibilità di un risultato favorevole non potendo l'istante, neanche astrattamente, conseguirlo.