

Convegno di Castelfranco Veneto del 29 novembre 2013

Angelo De Zotti

“Le misure per la semplificazione amministrativa: silenzio significativo ed indennizzo da ritardo ex art. 28 D.l. n. 69/13 del FARE”

1. Nel decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (cosiddetto «decreto del fare»), e sulla cui enfatica denominazione, in un intervento (1) che utilizzerò in seguito sia come spunto di confronto e di traccia tematica, ironizza il Prof. Volpe, non poteva mancare, in nome della onnipresente esigenza di semplificazione, una modifica alla legge sul procedimento amministrativo e al codice di rito.

Si tratta, per fortuna, e lo dico senza ironia aggiuntiva, di una modifica (e mi riferisco all'introduzione del diritto all'indennizzo per il ritardo di cui all'art. 28 comma 1^o e 9^o del decreto in commento, di ambito applicativo limitato e di dichiarata “sperimentale” applicazione, che trova, quindi, opportuna collocazione in un decreto che prevede sulla carta una miriade di interventi da attuare nei più disparati settori, e della cui concreta attuazione è doveroso dubitare quantomeno perché, dal ricorrere ubiquo della formula, imposta dalla legge di stabilità, che all'attuazione delle nuove norme “si provvede (o si spera) con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”, si deduce che buona parte del fare resterà verosimilmente sulla carta.

Più che del fare sarebbe stato quindi opportuno denominarlo “decreto del faremo, se potremo”.

A essere colpiti dalle novità legislative di cui mi occuperò - sulla traccia preziosa dell'intervento del Prof. Volpe, che, assecondando il disegno legislativo in punto di semplificazione, ha alleggerito di molto anche il mio intervento - sono l'art. 2-bis della legge del 1990 e, indirettamente gli artt. 31, 117 e 118 c.p.a.

Quanto al primo articolo, la novità sta nel fatto che ad esso si aggiunge un secondo comma denominato «1 - bis», che la previsione del danno da ritardo contenuta al primo comma, così dispone: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

L'estensione di carattere generale dell'indennizzo a qualsiasi procedura che abbia comportato un ritardo, e l'introduzione del relativo diritto, operata con l'art. 28 comma 9^o è quindi, di fatto, rinviata alle norme di attuazione con la seguente formula: “ha diritto all'indennizzo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge (futura) o,

sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17 comma 2 della legge 400/1988".

2. - La novità assoluta è, perciò rappresentata dal disposto dell'art. 28 comma 1[^], che introduce, per la prima volta, e come detto, a titolo dichiaratamente sperimentale, l'indennizzo da ritardo riferito "ai (soli) procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa iniziati successivamente all'entrata in vigore del decreto legge" e che, essendo norma compiuta, è, quindi, allo stato, immediatamente applicabile.

Gli spunti innovativi che inducono ad una prima analisi di carattere generale su tale novità sono i seguenti:

- il nuovo comma 1[^] introduce il diritto all'indennizzo, come vedremo in seguito, per il solo fatto del ritardo, e quindi indipendentemente dalla circostanza che l'istante riesca a dimostrare o comunque affermi di avere subito un effettivo danno;

- il nuovo istituto non sembra, in apparenza, suscettibile di applicazione a carattere generale. Esso, per effetto dell'inserzione nel nuovo art. 2 bis della l. 241/90, si applica, in teoria, a qualsiasi procedura e a qualsiasi soggetto, che abbia sofferto un ritardo, ma, in realtà, come sopra osservato, essendo le modalità di applicazione dell'istituto ancora da definire con legge o in base alla legge, non si profila la possibilità di una applicazione pratica dell'istituto, donde il più appropriato "faremo" di cui il decreto avrebbe dovuto fregiarsi.

- non c'è ragione di occuparsi del silenzio qualificato, quantomeno ai fini dell'indennizzo, poiché, per l'evidente ragione che il ritardo è escluso a priori dalla effettualità (positiva o negativa) del silenzio, mancano le condizioni per configurare la situazione di fatto, vale a dire il ritardo nella conclusione del procedimento, che giustifica la domanda di indennizzo.

3. - Già colta in sé, nondimeno, la disposizione crea alcuni problemi interpretativi.

Il primo è di carattere terminologico ed è rappresentato dal termine indennizzo. Come osserva correttamente il Prof. Volpe, si definisce indennizzo, un ristoro monetario che corrisponde ad un danno non iniuria datum, laddove nel caso previsto dalla nuova norma, quel ristoro è, di fatto, la conseguenza della violazione di un dovere procedimentale, e quindi la sanzione per un comportamento in sé antigiuridico (nè importa qui definire la natura dell'antigiuridicità e della conseguente responsabilità, vale a dire se di matrice contrattuale, extracontrattuale o atipica, essendo l'indennizzo predeterminato, e comunque ancorato a criteri oggettivi, dal legislatore.

L'indennizzo è, infatti, dovuto, stando alla formulazione della norma, anche per l'ipotesi in cui il ritardo non costituisca ex se fonte di danno ingiusto e quindi illecito.

La novità legislativa appare, allora, inquadrabile più che nel sistema delle misure risarcitorie in quello delle c.d. astreintes, già introdotte dall'art. 614 bis c.p.c. come

specifico strumento a carattere generale per coartare la volontà del debitore e per indurlo ad adempiere al provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile.

Dal punto di vista effettuale le *astreintes*, come i *punitive damages*, del sistema anglosassone, costituiscono, infatti, condanne punitive a carattere eccezionale, che in quanto tali risultano, non solo terminologicamente ma anche funzionalmente, estranee al modulo dell'illecito aquiliano tipizzato nell'art. 2043 c.c., posto che, come si desume con evidenza dalla norma, più che a risarcire un danno da fatto illecito esse rispondono ad una funzione latamente sanzionatoria del comportamento antigiusuridico della p.a., nei termini definiti dal legislatore (nella specie l'indennizzo previsto è di 30 euro per diem e può giungere sino ad un massimo di euro 2000).

Infatti, nelle *astreintes*, proprio perché misure a carattere sanzionatorio, più che il danno del richiedente rilevano il ritardo o le inadempienze dell'obbligato (soprattutto se si tratta di eseguire ordini del giudice), e in particolare, nel caso della nuova norma, come risulta evidente dal collegamento tra la misura della sanzione e il tempo della sua commisurazione, la ritardata conclusione del procedimento rispetto alla scadenza del termine previsto ex lege.

Evento nel quale si concretizza e dal quale scaturisce il diritto all'indennizzo, senza che rilevino e/o debbano essere provati o allegati elementi di pregiudizio concretamente subiti dal richiedente né il rapporto eziologico (o meglio la ragione) del ritardo e l'imputabilità d'esso alla condotta dell'amministrazione responsabile.

Ne consegue che diventa del tutto irrilevante, ai fini del diritto all'indennizzo, anche la ricerca e la prova dell'elemento psicologico del soggetto agente (il comportamento doloso o colposo) posto che ex lege ciò che rileva è unicamente il fatto oggettivo del ritardo nella conclusione del procedimento.

Il che è, poi, quanto diversifica, come vedremo, l'indennizzo introdotto dalla norma in commento dal "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento" previsto dal comma 1 dell'art. 2 bis della legge 241/1990.

Infatti, in quest'ultimo caso il potere del giudice di disporre il risarcimento non si radica ex se con il ritardo ma solo se e quando sussistono tutte le condizioni specifiche della c.d. responsabilità aquiliana, secondo i parametri di cui all'art. 2043 c.c. e quindi un pregiudizio dimostrato, il rapporto eziologico tra questo e la condotta dell'inadempiente e la qualificazione essenziale della stessa condotta in termini di colpa o dolo.

D'altra parte molti dei dubbi sollevati sulla legittimità delle *astreintes* nel nostro ordinamento sono già stati dissipati proprio all'esito della riforma attuata con l. 18.06.2009, n. 69, che, come ricordavo in precedenza, sul modello delle *astreintes* francesi, ha introdotto all'art. 614 bis c.p.c. uno specifico strumento a carattere generale per coartare la volontà del debitore e per indurlo ad adempiere al provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile.

Anche nel nuovo cod. proc. amm. esiste, peraltro, una norma (e precisamente l'art. 114 comma 4^a lettera e) che ha introdotto, di fatto, nel processo amministrativo l'istituto c.d. delle astreintes (o "penalità di mora").

E, ai fini che qui rilevano, la giurisprudenza ha chiarito che detta misura assolve ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato (nella specie) dall'esecuzione della sentenza quanto a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011 n. 6688; T.A.R. Puglia, Bari, 26 gennaio 2012 n. 259).

In altri termini, l'indennizzo introdotto dalla norma in commento costituisce una penalità e non un risarcimento.

Ne è riprova ulteriore anche il fatto che la quantificazione dell'ammontare della sanzione, è stabilita ex lege ed è fissa e definita nel massimo, laddove la misura risarcitoria non ammette, per definizione, parametri di quantificazione che prescindano dalla dimostrata entità del danno, e anche laddove questo non è esattamente determinabile e viene liquidato in via equitativa dal giudice la determinazione della misura è comunque rapportata ad un danno presunto e stimato con criteri di equità e ragionevolezza.

E' chiaro quindi, ed implicita la conclusione che se ne trae, che diversamente dal primo comma dell'art. 2-bis, che ricollega la pretesa risarcitoria all'«ingiustizia del danno» ed alla sussistenza dell'elemento psicologico, l'indennizzo previsto dal nuovo comma è dovuto anche quando l'istanza provvedimentoale "non avrebbe potuto avere alcuna felice sorte" o anche quando il ritardo non sia derivato dalla colpa o dal dolo del funzionario.

Pertanto il soggetto che ai sensi dell'art. 28 co. 2 deve accertare il ritardo nella conclusione (doverosa) del procedimento ai fini della liquidazione dell'indennizzo ed esercitare gli eventuali poteri sostitutivi, vale a dire il "titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo" è tenuto a provvedere all'emanazione del provvedimento (ossia a concludere il procedimento nei termini di cui all'art. 2 comma 9 ter della legge 241/1990) e a liquidare l'indennizzo, senza dovere o potere indagare sulle ragioni del ritardo stesso, ragioni che comunque non possono essere giustificate.

4) Il secondo problema interpretativo che pone la nuova norma, seguendo la traccia dell'intervento del Prof. Volpe, attiene al previsto possibile concorso tra domanda di risarcimento del danno (ai sensi del primo comma dell'art. 2-bis) e la richiesta di indennizzo ex art. 1 bis di cui alla novella, che peraltro sembra apparentemente riguardare solo il futuro modello generale di indennizzo, vale a dire quello che attende le norme di attuazione ex art. 28 co. 9^a e non quello sperimentale introdotto con l'art. 28 comma 1^a.

Invero, nel prevedere che le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo vengano detratte dal risarcimento la norma sembra lasciare intendere quanto segue: se un danno vi è stato (ed esso si sia dimostrato ingiusto, oltre che colposo o

doloso, secondo lo schema del 2043 c.c.), il nuovo secondo comma non aggiunge alcun ristoro all'istante e quindi l'indennizzo già liquidato verrà assorbito (ossia detratto) dal risarcimento.

In realtà, la ragione per la quale l'astreinte, se tale come si è detto è la natura dell'indennizzo, va sottratta dal risarcimento non sembra essere del tutto coerente, a mio avviso, con lo scopo e la funzione della norma che l'ha introdotta, poiché una cosa è l'indennizzo, a titolo di sanzione per il ritardo nella conclusione del procedimento ed altra cosa è, ontologicamente e funzionalmente, il risarcimento del danno eventualmente subito dal titolare della situazione giuridica soggettiva violata per effetto della ritardata o omessa conclusione del procedimento.

Non si vede, e comunque io non ravviso, alcuna coerente ragione nella compensazione dell'indennizzo con il risarcimento.

E ciò lasciando il disparte la questione tuttora controversa se il risarcimento del danno sia riferito (e riferibile) alla c.d. responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) ovvero se esso consegua ad una forma di responsabilità sui generis della P.A. (quasi contrattuale o da contatto qualificato) e quindi inerisca alla conversione del valore del bene della vita in denaro laddove la pretesa sostanziale dedotta in giudizio non possa o non voglia essere soddisfatta in forma specifica dalla P.A. (ad esempio con il rifiuto di rilasciare un permesso di costruire o un qualsiasi altro titolo che inerisca ad interessi pretensivi riconosciuto dalla sentenza, ovvero con il ritardato rilascio).

Cionondimeno, e quindi pur dubitando della coerenza della scelta del legislatore sull'assorbimento dell'indennizzo nell'eventuale risarcimento, non sono dell'avviso espresso dal Prof. Volpe, che in tal modo venga fortemente limitato il risarcimento del danno, legato alla perdita delle c.d. chance.

E ciò per il fatto, e mi scuso se la cosa appare ripetitiva, che indennizzo e risarcimento ineriscono a domande diverse, indipendenti tra loro e, per quanto dirò, a domande che, quantomeno per ciò che concerne l'indennizzo, non vanno azionate necessariamente davanti al giudice ma rivolte, e normalmente soddisfatte, dalla stessa amministrazione, nella persona del titolare del potere sostitutivo.

L'indennizzo, infatti, va richiesto, nel termine perentorio di 20 giorni dalla mancata conclusione del procedimento, al "titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo" e solo ove quest'ultimo non dovesse riconoscerlo (disconoscendo in via di mera ipotesi il ritardo o quantificando erroneamente la sanzione) la domanda verrebbe proposta al giudice amministrativo autonomamente ovvero unitamente al prevedibile giudizio sul silenzio, da instaurare ex art. 117 c.p.a..

Assunto, questo, che trova conferma nel disposto dell'art. 28 comma 4, dove è previsto che "Nel giudizio di cui all'art. 117 del c.p.a. può proporsi, congiuntamente al ricorso avverso il silenzio, domanda per ottenere l'indennizzo. In tal caso, anche tale domanda (a differenza della domanda risarcitoria, che implica la conversione del rito) è trattata con rito camerale e decisa con sentenza in forma semplificata.

Non mi sembra quindi, come sembra ritenere il Prof. Volpe, che la nuova misura, "assunte le mentite spoglie di una disposizione volta a favorire il cittadino, possa tradursi, di fatto, in una limitazione delle sue attuali forme di tutela".

Infatti, l'indennizzo per il ritardo, il cui ammontare non può superare la somma di duemila euro, pur se conteggiato e assorbito nel risarcimento, non può surrogare alcuna pretesa risarcitoria, e in particolare quella riferita alla perdita di chance, che resta una domanda problematica, soggetta com'è, alla assai controversa, dialettica probatoria riferita al danno virtuale, al nesso di causalità, all'elemento della condotta colposa o dolosa della P.A. e in ultimo alla prova diabolica del quantum e alla relativa determinazione.

La circostanza che l'eventuale indennizzo già versato si detragga dal risarcimento è certamente frutto di una incoerenza normativa ma non è un elemento che possa far presumere la possibile identificazione in via surrettizia del risarcimento per perdita di chance con il diritto al modesto, se non trascurabile, indennizzo per il ritardo".

Se questa fosse, invero, la formula semplificativa e risolutiva riscontrabile nella futura giurisprudenza ci sarebbe sin d'ora certamente spazio per sottoporla a critiche severe, ma il dubbio che la tesi del Prof. Volpe solleva sulla natura surrettizia dell'indennizzo e sulla sua capacità di neutralizzare la domanda di risarcimento da perdita di chance mi sembra, allo stato, più (intellettualmente) provocatorio che concreto.

5. - A questi, preliminari, problemi, la novella operata all'art. 2- bis della legge sul procedimento aggiunge, nella traccia che continuo a seguire, ulteriori spunti di riflessioni, ove la si colleghi a quant'altro stabilisce lo stesso art. 28 del decreto legge.

Il primo: è solo al comma 10 dell'art. 28, (e non si capisce, effettivamente, perché non lo si dica nella norma specifica), che si apprende che la previsione indennitaria si applica ai soli procedimenti «relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa» e che solo al termine della fase sperimentale di 18 mesi, impregiudicato l'esito, l'indennizzo potrà essere esteso, con regolamento autorizzato, anche a diversi tipi procedurali (art. 28 comma 12).

Ne consegue, ove non si voglia forzare la norma, come dirò in seguito, che per il momento, l'impatto della riforma, nella parte in cui introduce il pur modesto indennizzo sino a 2000 euro, non può che risultare di scarso rilievo, in quanto limitato ai procedimenti anzidetti.

Resta il fatto e con esso il dubbio, se nel concetto generico di procedimenti «relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa» possano farsi rientrare, pur se con qualche forzatura, anche provvedimenti diversi dall'attivazione dell'impresa in senso proprio ma che implicino attività d'impresa (ad esempio autorizzazioni commerciali, permessi di costruire e altre autorizzazioni finalizzate all'esercizio di attività genericamente imprenditoriale).

Si tratta, in tutta onestà, di un tentativo che il dato letterale certamente non sorregge ma che, come mi pare sostenga il Prof. Volpe, potrebbe essere giustificato dal carattere

tendenzialmente generale della riforma, che si ricava dal rimodellato art. 2-bis della legge sul procedimento.

Sul punto occorre rimettersi quindi, prudentemente alla giurisprudenza che certamente si formerà su tale aspetto della questione.

6. – In ultimo non sembrano di trascurabile rilievo neppure i profili procedurali che pur si traggono dall'art. 28.

Il diritto all'indennizzo, infatti, non è, come già evidenziato, conseguenza automatica del ritardo nella conclusione del procedimento.

L'istante che intenda conseguirlo «è tenuto», il che significa che è suo specifico onere attivarsi, a chiedere che sulla domanda procedimentale si attivi il titolare dei poteri sostitutivi. Il che è da farsi nel termine, perentorio, di 20 giorni (in origine sette) dalla scadenza del termine per la conclusione dell'iter.

La circostanza che l'anzidetto termine (perentorio) sia particolarmente ristretto, dove prima era iugulatorio, non è forse senza ragione, perché è evidente che ove questo fosse rimesso al privato questi potrebbe lucrare sul ritardo, quantomeno per racimolare la somma massima di 2000 euro, e quindi che il legislatore, che non è necessariamente stupido, abbia inteso con ciò far sì che chi ha interesse alla definizione del procedimento si attivi al più presto per sollecitarne la conclusione.

Interessante appare, ancora, l'osservazione che, ai sensi dell'art. 28 comma 3, solo «nel caso in cui anche il titolare del potere sostitutivo non emani il provvedimento nel termine o non liquidi l'indennizzo maturato a tale data» l'istante potrà proporre ricorso «ai sensi dell'art. 117» c.p.a. o agire con il rito monitorio ai sensi dell'art. 118 c.p.a.

In realtà qui mi pare che la norma intenda affermare che il ricorso al giudice (beninteso solo per conseguire l'indennizzo) può essere esperito, se e quando il titolare del potere sostitutivo non emani il provvedimento richiesto nel termine di cui all'art. 2 comma 9-ter della legge 241/90 ovvero non liquidi l'indennizzo sino a quel momento maturato.

Nel che è già implicito che il diritto all'indennizzo sorga per il fatto che l'amministrazione «di primo grado» non abbia rispettato il termine di conclusione procedimentale e non per il fatto che sia rimasto inerte anche l'organo sostitutivo; circostanza quest'ultima che rileva invece ai fini della successiva azione contro il silenzio e per l'eventuale mancato pagamento dell'indennizzo.

Quanto al rapporto che sussiste tra la richiesta di intervento dell'organo sostitutivo e l'instaurazione della successiva lite, mi sembra di poter affermare quanto segue:

Stando a quanto stabilito all'art. 2, comma 9-ter, il rivolgersi all'organo sostitutivo è, per l'istante, una mera facoltà («il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis»). Ciò indica che nulla impedisce che l'istante, anziché rivolgersi all'organo sostitutivo, avvii immediatamente l'azione sul silenzio, ex artt. 31 e 117 c.p.a.

Né tale conclusione appare contraddetta da quanto stabilito nel nuovo art. 28, comma 3, che, infatti, esordisce con la formula "al fine di ottenere l'indennizzo" e quindi chiarisce che l'attivazione del potere sostitutivo, prima ed a prescindere dall'avvio dell'azione contro il silenzio, è imposta solo a quel fine e in funzione di tale azione.

Sono quindi perfettamente d'accordo con la conclusione del Prof. Volpe nel senso:

a) che l'art. 28, comma 2, indica che l'attivazione del potere sostitutivo è disciplinato «al fine di ottenere l'indennizzo»; ciò sembra escludere che gli oneri per il privato stabiliti dal medesimo art. 28 valgano al fine di ottenere la mera tutela sul silenzio-inadempimento, per il caso in cui non si intenda far valere anche il diritto all'indennizzo;

b) che l'azione per conseguire l'indennizzo può essere proposta solo aver attivato il procedimento ex art. 28 co. unitamente al ricorso contro il silenzio e con la particolarità che esso non richiede la conversione del rito in ordinario (come per l'azione risarcitoria) ma, ai sensi dell'art. 28 co. 4, è trattata con il rito camerale e decisa con sentenza in forma semplificata.

c) che l'art. 28, comma 5, indica che, nei giudizi di cui al comma 3 (vale a dire i giudizi instaurati ex artt. 117 e 118 c.p.a., a seguito dell'inerzia tenuta anche dall'organo sostitutivo), il contributo unificato è ridotto «alla metà». Si tratta ovviamente della metà del contributo sul silenzio (che già gode di un regime fiscale più agevolato) e di quello previsto per le controversie monitorie.

d) che, anche dopo l'art. 28, d.l. n. 69/2009, le azioni ordinarie sul silenzio potranno continuare ad essere introdotte (versando l'intero contributo dovuto), anche senza essere precedute dall'attivazione dell'organo sostitutivo, purché esse non contemplino la richiesta indennitaria.

e) che il termine di cui all'art. 28 comma 2^a per l'attivazione del procedimento sostitutivo non riguarda l'ordinaria azione risarcitoria, che risponde a regole proprie e che, come sopra rilevato, è funzionalmente e ontologicamente distinta dall'azione indennitaria.

7. -Concordo infine, anche se parzialmente, sulle seguenti conclusioni:

L'azione per ottenere il pagamento dell'indennizzo, si qualifica come azione soggetta ad un rito speciale di giurisdizione esclusiva (avendo ad oggetto l'accertamento del diritto al trattamento indennitario).

Essa può essere presentata in via incidentale, in tal caso, occorrerà farla valere unitamente alle domande sul silenzio (con trattenimento della domanda nel rito camerale), previa tempestiva e inutile attivazione dell'organo sostitutivo.

Diversamente, essa potrà essere fatta valere anche in via autonoma, ma con il solo rito monitorio, rimanendo preclusa l'esperibilità di un'azione di condanna in via ordinaria. Si ricorrerà a questa seconda forma di tutela, evidentemente, quando l'istante non avrà

più alcun interesse ad ottenere una definizione del procedimento amministrativo o abbia già conseguito tale definizione (e intenda o meno impugnarla nelle forme ordinarie).

Ricadrà in regime di autonomia anche la domanda indennitaria, presentata congiuntamente alla domanda sul silenzio, per il caso in cui, appunto, il giudice prenda atto che il ricorrente abbia perduto ogni interesse ad ottenere una risposta alla domanda provvedimentale, analogamente a quanto stabilito, per le controversie risarcitorie, dall'art. 34, comma 3, c.p.a.

In tal caso, ugualmente, la domanda sull'indennizzo verrà definita con lo stesso rito camerale con cui è stata introdotta.

8. Non mi trova invece d'accordo l'affermazione che il diritto all'indennizzo è subordinato all'accertamento della «non manifesta infondatezza» e dell'ammissibilità della domanda provvedimentale.

Tale conclusione, si desumerebbe infatti, secondo il Prof. Volpe, dal sesto comma dell'art. 28, cit., il quale prevede che "se il ricorso è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento, il giudice con pronuncia immediatamente esecutiva, condanna il ricorrente a pagare al resistente una somma da due a quattro volte il contributo unificato".

In realtà sembra evidente, quantomeno a chi vi parla, che il ricorso cui fa riferimento la norma citata è verosimilmente il ricorso contro il silenzio o comunque un ricorso che contenga una domanda di annullamento o di accertamento in cui rilevi la presentazione di una istanza di parte, posto che solo per quel tipo di ricorso può parlarsi di manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento.

L'indennizzo resta invece ancorato saldamente al solo ritardo nella conclusione del procedimento; ritardo che non si giustifica, a mio avviso, neppure se la richiesta fosse manifestamente infondata, atteso che, nell'ottica della sanzione introdotta dall'articolo in commento, il termine fissato per la conclusione del procedimento prescinde dal contenuto decisorio del provvedimento finale (peraltro non adottato dall'amministrazione) e quindi dalla ipotetica inammissibilità o infondatezza dell'istanza.

In ogni caso la sanzione di cui all'art. 28 n. 6 è una sanzione speciale inflitta dal giudice all'esito del giudizio e a prescindere dalla natura e dal contenuto dell'azione, per cui è possibile che nello stesso giudizio che abbia ad oggetto la domanda di indennizzo e un'azione di merito tra quelle astrattamente possibili, il giudice possa condannare la p.a. al pagamento dell'indennizzo per il ritardo e il ricorrente al pagamento della sanzione accessoria alla soccombenza di cui all'art. 28 n.6.

Conclusione che applicata al giudizio sul silenzio, cui nella maggior parte dei casi l'azione indennitaria si troverà associata, si traduce nella detta possibilità che il giudice chiamato a giudicare (anche) della fondatezza della domanda, nei casi di attività vincolata, accerti il diritto all'indennizzo per il ritardo nella conclusione del

procedimento e nel contempo applichi la sanzione del comma 6[^] ove, a suo giudizio e in base alla pronuncia di reiezione del ricorso, ne rilevi tutti i presupposti di legge.

L'unica possibilità di escludere il diritto all'indennizzo resta quindi non tanto la pregiudiziale sulla fondatezza della domanda quanto l'eccezione (ove fondata, beninteso) che non sussisteva l'obbligo per la P.A. di attivare qualsivoglia procedimento in relazione alla natura e al contenuto dell'istanza.

Sarei tuttavia prudente anche su tale conclusione perché occorre considerare che in base al disposto dell'art. 2.1. della legge 241/90 "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.(art. 2.1 della legge 241/1990).

E' quindi difficile immaginare in quali casi l'amministrazione possa ignorare l'istanza, se non negando (con conseguente inversione della prova) il fatto che una domanda di qualsivoglia contenuto, implicante l'apertura di un procedimento, le sia pervenuta da parte del sedicente presentatore.

In questo solo caso, se si discute del diritto all'indennizzo, il ricorso sarebbe certamente respinto e forse, in quel solo caso, potrebbe essere prospettata la conseguente irrogazione, al ricorrente, della sanzione ex comma 6[^].

- (1) Mi riferisco all'intervento del Prof. Francesco Volpe "Silenzio inadempimento e tutela indennitaria" (note a margine dell'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69) pubblicato su Lexitalia luglio-agosto 2013
- (2) Nell'ordinamento francese e in quello tedesco, peraltro, il sistema sanzionatorio delle *astreintes* è applicato non tanto e non solo al ritardo nella conclusione del procedimento ma anche nel processo e in particolare per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, in funzione sostitutiva dell'attività del Commissario ad acta, che nei sistemi citati non è riconosciuto, attesa la natura ritenuta infungibile dell'attività amministrativa, pur quando essa è di natura vincolata all'esecuzione della sentenza.