Pubblicato il 15/01/2019

N. 00358/2019REG.PROV.COLL.

N. 01645/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1645 del 2017, proposto dai signori Saverio Benavoli, Tommaso Bisanti, Giuseppe Calderaro, Salvatore Faita, Michele Filippetti, Enrico Grande, Alessandro Serratto, Francesco Visciotto, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Marinella Baldi, domiciliati ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della Quarta Sezione del Coniglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Ministero dell'interno e Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Piemonte – Sezione I - n. 996 del 15 luglio 2016, resa tra le parti, concernente risarcimento del danno.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'interno e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati C. Cecchi su delega di Baldi, e Marchini per l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1.Con l'appello in esame, i ricorrenti – Ispettori della Polizia di Stato che affermano di avere rivestito dal 1 gennaio 2002 l'incarico di comandante di ufficio territoriale della Polizia ferroviaria - impugnano la sentenza 15 luglio 2016 n. 996, con la quale il T.a.r. per il Piemonte, sez. I, in accoglimento del ricorso proposto, ha condannato il Ministero dell'interno "al pagamento a titolo di risarcimento del danno da ritardo della somma corrispondente agli interessi sull'indennità per la durata dell'incarico di comando effettivamente esercitato dalla data del 13 ottobre 2013, fino al giorno dell'effettiva liquidazione".

Oggetto originario del ricorso era l'impugnazione del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza volta ad ottenere l'emanazione del decreto interministeriale per il riconoscimento della posizione di comando ai fini della corresponsione della relativa indennità, prevista dall'art. 10 l. n. 78/1983 per il personale dell'Esercito e della Marina che copre posizioni di comando, poi estesa al personale della Polizia dall'art. 3, co. 18, d.l. n. 387/1987.

Successivamente, dopo la pronuncia della sentenza 8 maggio 2014 n. 936 (di accoglimento del ricorso avverso il silenzio), i ricorrenti – preso atto del decreto di ricognizione emanato in data 10 luglio 2015 – hanno coltivato la domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno da ritardo.

1.2. La sentenza impugnata – effettuata una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di risarcimento del danno da ritardo, ex art. 2-*bis* l. n. 241/1990 – afferma, in particolare:

- innanzi tutto (pag. 3 sent.) che "i ricorrenti chiedono anche il risarcimento del danno, senza tuttavia indicare le voci di danno né indicare criteri per quantificare detti danni" e poi (pag. 6) che "i ricorrenti quantificano l'ammontare del risarcimento nella misura dell'indennità che sarebbe loro spettata se la stessa fosse stata corrisposta al 1 gennaio 2002, data di decorrenza del biennio disciplinato dall'accordo sindacale poi recepito dal DPR n 164/2002";
- poiché la disposizione indicata non stabilisce "alcun termine per l'emanazione del decreto interministeriale di individuazione delle posizioni di comando . . . l'inerzia dell'amministrazione comincia ad avere rilevanza dal momento della notifica all'amministrazione della messa in mora da parte dei ricorrenti, notifica avvenuta in data 14 ottobre 2013";
- poiché "i ricorrenti si sono limitati a chiedere il risarcimento da ritardo, senza provare l'ammontare di detto danno . . . il risarcimento dovrà essere commisurato agli interessi per ciascun ricorrente calcolati sull'indennità corrisposta per la durata dell'incarico rivestito dalla data del 14 ottobre 2013 (potendo taluno dei ricorrenti vantare un periodo di comando di durata inferiore), fino al momento del pagamento", e, trattandosi di debito di valore, con "rivalutazione monetaria da calcolarsi dalla data di proposizione del ricorso fino alla data di deposito della presente sentenza", oltre "gli interessi nella misura legale dalla data del deposito della decisione sino all'effettivo soddisfo".

1.3. Avverso tale decisione vengono proposti tre autonomi motivi di appello (da pagina 5 a pagina 24 del gravame), sintetizzabili come segue:

a) *error in iudicando*; violazione dei termini procedimentali e dell'obbligo di avvio e di conclusione del procedimento imposto dall'art. 13, co. 3, d. lgs. n. 164/2002;

violazione art. 97 Cost. e art. 2, co. 1, l. n. 241/1990; ciò in quanto "è proprio con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 164/2002 che in capo all'amministrazione è sorto, ex art. 13, co. 3, l'obbligo di avviare, *ex officio*, il procedimento di individuazione dei titolari di comando e, ex art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, di concluderlo con l'adozione del provvedimento ricognitivo imposto"; d'altra parte, "essendo l'indennità *de quo* beneficio retributivo scaturente da accordi sindacali in vigore dall' 1 gennaio 2002, essa si sarebbe dovuta pagare proprio a partire da tale data, di talché il provvedimento avrebbe dovuto dispiegare i suoi effetti proprio a partire da tale data" (di modo che non avrebbe dovuto essere considerata "la sola inerzia dell'amministrazione successiva alla diffida notificata il 6 novembre 2013");

b) *error in iudicando*, in relazione alla quantificazione del risarcimento per danno da ritardo (art. 2043 c.c.; art. 2-*bis* l. n. 241/1990); ciò in quanto "la natura di danno patrimoniale, derivato dal mancato pagamento per tempo dell'indennità, è stata chiaramente dichiarata dagli appellanti", i quali, ai fini della quantificazione, hanno indicato i relativi criteri "riconducendoli, per ogni ricorrente, al numero di mesi per i quali l'indennità non è stata corrisposta"; a tale "danno certo" occorre aggiungere l'ulteriore danno costituito "dal mancato incremento, in prospettiva, dell'assegno pensionistico e del T.F.S. (liquidazione)". Nel caso di specie, "la domanda risarcitoria dei ricorrenti (contiene) in sé tutti gli elementi richiesti" (prova del danno, suo ammontare, sua ingiustizia, nesso causale tra la condotta dell'Amministrazione e il danno". In definitiva, "il mancato esercizio dell'attività amministrativa imposta all'amministrazione dall'art. 13, co. 3, d. lgs. n. 164/2002 fa ricadere l'inerzia sotto la previsione ex art. 30, co. 2, prima parte, Cpa", poiché l'amministrazione "con la sua ultradecennale inerzia . . . ha negato agli appellanti il diritto a beneficiare dell'indennità a partire dalla data di sua istituzione, violando gli accordi sindacali che, peraltro, godevano delle necessarie coperture finanziarie". Né può ritenersi che vi sia concorso del fatto colposo del creditore nell'*eventum damni* (con conseguente

riduzione della misura del risarcimento, ex art. 1227 c.c.) poiché "l'esercizio dell'azione giudiziaria costituisce una mera facoltà e non un obbligo del titolare, sicché il mancato ricorso all'autorità giudiziaria non integra un concorso colposo del danneggiato". In definitiva, nel caso di specie "più che un danno da mero ritardo, il quale determina un risarcimento teso a ripagare il danno dell'attesa, ossia il valore del tempo in sé, gli appellanti hanno lamentato un danno cagionato dal ritardo, ben più grave di quello da mero ritardo, un danno cioè determinato dalla condotta dell'amministrazione, la quale illegittimamente, pur essendo tenuta *ex lege* a riconoscere l'indennità di comando a partire dal biennio 2002-2003 di istituzione, ha omesso di farlo, ritardando l'emanazione del provvedimento di ben tredici anni".

1.4. Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'interno ed il Ministero dell'economia e delle finanze, i quali ha preliminarmente eccepito:

- l'irricevibilità dell'appello per tardività, poiché la sentenza è stata impugnata oltre il termine decadenziale di sei mesi, scadente il 15 febbraio 2017, con ricorso notificato solo in data 17 febbraio 2017;
- l'inammissibilità dell'azione risarcitoria del danno da ritardo provvedimentale "per assoluta inesistenza, nel testo dell'art. 13, co. 3, DPR n. 164/2002, di alcun elemento indicativo della volontà negoziale di fissare o individuare un termine conclusivo del procedimento . . . suscettibile di dar luogo ad eventuali ritardi e inosservanze";
- in via subordinata, inammissibilità dell'azione risarcitoria poiché la stessa – laddove si supponesse esistente un termine di conclusione del procedimento - risulterebbe proposta ben oltre la scadenza del termine di 120 giorni, di cui all'art. 30, co. 3 e 4, seconda parte, Cpa (decorrente per gli odierni appellanti dal 16 settembre 2010 e scadente il 14 gennaio 2011). Il termine decadenziale risulterebbe spirato anche laddove "per pura ipotesi si fosse potuto benevolmente riconoscere agli attori il più ampio e favorevole termine di un anno e 120 giorni dall'entrata in vigore del Cpa per la proposizione dell'azione risarcitoria di cui all'art. 30, co. 4, Cpa", poiché, in

quest'ultimo caso, essa avrebbe dovuto essere promossa entro la metà di gennaio 2012;

- inammissibilità della domanda risarcitoria "in considerazione dell'insussistenza di qualsiasi profilo di responsabilità addebitabile all'amministrazione per la presunta inosservanza colposa del termine di conclusione del procedimento…, nonché per l'assenza di qualunque altro tipo di condotta negligentemente inadempiente, omissiva e/o dilatoria".

Infine, il Ministero dell'interno ha comunque concluso richiedendo il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

1.5. Dopo il deposito di ulteriori memorie, all'udienza pubblica di trattazione del 21 giugno 2018, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata, con le precisazioni ed integrazioni di motivazione di seguito esposte.

Tale conclusione rende superfluo l'esame delle eccezioni preliminarmente avanzate dal Ministero dell'interno (due delle quali, peraltro – e precisamente la seconda e la quarta di quelle innanzi riportate – pur indicate come eccezioni di inammissibilità, più che attenere al difetto di condizioni dell'azione afferiscono a profili di infondatezza della domanda).

3. Al fine di meglio definire il *thema decidendum* della presente controversia, il Collegio ritiene necessario procedere ad alcune puntualizzazioni in ordine alle vicende processuali del presente giudizio.

3.1. Occorre innanzi tutto precisare che il presente giudizio, pur dando luogo a due distinte sentenze (la n. 936/2014, non impugnata, e la n. 996/2016, oggetto del presente giudizio di appello), scaturisce da un unico ricorso (r.g. n. 229/2014).

Con tale ricorso, gli attuali appellanti richiedevano:

- l'accertamento e la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato a seguito del procedimento avviato su loro istanza, volto ad ottenere l'emanazione della determinazione interministeriale ai fini del riconoscimento della posizione di comando, con la corresponsione della relativa indennità, ex art. 13, co. 3, DPR 18 giugno 2002 n. 164;
- l'accertamento e la declaratoria dell'obbligo delle intimate amministrazioni, di concerto tra loro, di adottare la determinazione interministeriale di cui all'articolo citato, entro un termine non superiore a trenta giorni, con nomina di commissario ad acta per il caso di perdurante inerzia;
- l'annullamento e/o la disapplicazione di eventuali atti ostativi;
- "la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni tutti, per equivalente".

La condotta causativa del danno era individuata dai ricorrenti nell' "avere omesso di corrispondere l'indennità di comando (previa emanazione della determinazione ministeriale finora omessa) e (nell') inerzia anche rispetto alla diffida in data 6 novembre 2013"; tali fatti, secondo i ricorrenti, "obbligano l'amministrazione intimata al risarcimento del danno, che si richiede per equivalente, in via equitativa", fornendo a tal fine "parametri di riferimento" (pag. 15 ric.), sostanzialmente riconducibili ai ratei dell'indennità non percepiti.

Inoltre, i ricorrenti hanno specificato che "ai fini della quantificazione del danno subito dal singolo ricorrente, si osserva come l'indennità di comando in parola avrebbe *ex se* inciso positivamente sulla retribuzione percepita dai ricorrenti, producendo, inoltre, effetti positivi sul futuro trattamento di quiescenza, indennità di buonuscita, etc." (pag. 16), procedendo (pagg. 16 – 21) alla quantificazione di quanto loro spettante, ivi comprese le somme a titolo di risarcimento del danno patito.

3.2. Con la sentenza 8 maggio 2014 n. 936, il T.a.r. per il Piemonte "definitivamente pronunciando" ha accolto il ricorso relativamente alla declaratoria di illegittimità del silenzio, poiché "il termine di conclusione del procedimento è scaduto, senza un atto di riscontro".

Inoltre, la sentenza ha precisato:

"Il Collegio ritiene invece di non pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa: secondo l'art. 31, comma 3, del c.p.a., il Giudice, con riguardo alla azione avverso il silenzio, può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione. Il G.A., non potendo sostituirsi all'Amministrazione negli accertamenti e nelle scelte ad essa riservati, non può infatti, in nessun caso, "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", come dispone il comma 2 dell'art. 34 del c.p.a, come nel caso di specie".

3.3.1. Successivamente (e precisamente dopo l'emanazione del decreto interministeriale 10 luglio 2015), i ricorrenti depositavano in data 1 febbraio 2016 una "istanza di prelievo" con la quale – premesso che con la sentenza innanzi indicata il Giudice "ha definito con rito camerale l'azione avverso il silenzio", accogliendo le prime due domande, mentre "la domanda risarcitoria non è stata esaminata"; e che in tal modo il Giudice "avendo definito l'azione avverso il silenzio con rito camerale, s'è avvalso della facoltà ex art. 117, co. 6, Cpa" – chiedevano fissarsi l'udienza per la definizione del giudizio anche con riferimento alla proposta domanda risarcitoria, posto che "l'eventuale accoglimento della domanda risarcitoria consentirebbe ai ricorrenti di ottenere un ristoro – anche solo parziale – del danno economico patito a causa dell'ultradecennale ritardo nell'emissione del provvedimento interministeriale che ha loro riconosciuto il diritto all'indennità".

3.3.2. A ciò (e nonostante la prima sentenza fosse pronunciata come "definitiva"), è seguita l'ulteriore fase del giudizio, conclusasi con la sentenza n. 996/2016, impugnata nella presente sede dai ricorrenti in I grado, non soddisfatti della pronuncia favorevole ottenuta.

4. Anche alla luce delle particolari vicende processuali come innanzi descritte, il Collegio ritiene vieppiù necessario procedere alla esatta individuazione di quanto ha costituito oggetto del giudizio conclusosi in primo grado con la sentenza impugnata nella presente sede.

Ciò in quanto – come meglio di seguito esposto – il Collegio rileva come vi sia una evidente "divaricazione" tra quanto oggetto delle due pronunce del primo giudice (rispetto alle domande ad esso rivolte) e quanto ora forma oggetto del presente giudizio di appello, per il tramite dei motivi di impugnazione proposti.

Ed a tal fine appare necessario, innanzi tutto, procedere alla esatta individuazione della azione proposta dai ricorrenti con l'originario ricorso instaurativo del giudizio di I grado (tenendo comunque presente che è comunque preclusa a questo Giudice di appello ogni considerazione in ordine all'ambito del giudicato formatosi sulla prima sentenza pronunciata).

4.1 Gli attuali appellanti – pur avendo (anche in appello) qualificato l'azione come "risarcitoria", riferendola agli artt. 2-*bis*, co. 1, l. n. 241/1990 e 30, co. 4, Cpa – per un verso affermano che essi "hanno lamentato un danno cagionato dal ritardo" (pag. 22 app.); per altro verso affermano come sia "ormai chiarito che il diritto all'indennità preesistesse al provvedimento ricognitivo del 10 luglio 2015 e che quest'ultimo si sia limitato alla mera individualizzazione mediata degli aventi titolo, attuata, cioè, attraverso l'individuazione degli uffici"

Orbene, se il presupposto argomentativo della prospettazione dei ricorrenti è costituito dalla sussistenza di un loro diritto a ricevere l'indennità, che sarebbe direttamente costituito dalla norma (art. 13, co. 3, DPR n. 164/2002), di modo che

il "provvedimento" dell'amministrazione avrebbe solo natura ricognitiva, ne consegue allora che ciò che viene (impropriamente) definita "azione risarcitoria" costituisce invece, più propriamente, un'azione di condanna al pagamento di quanto dovuto dalla data di insorgenza del diritto di credito dei pubblici dipendenti e della contestuale obbligazione pecuniaria pubblica a carico dell'amministrazione; di modo che l'eventuale "danno" si configura solo come evenienza ulteriore derivante dal ritardato adempimento dell'obbligazione (nei limiti della prova della sussistenza del medesimo).

Tanto è, in effetti, quanto effettuato dagli attuali appellanti in I grado, i quali – per il tramite del giudizio del silenzio – hanno richiesto sia la declaratoria di illegittimità di quest'ultimo, sia la corresponsione della relativa indennità, ex art. 13, co. 3, DPR 18 giugno 2002 n. 164 (dalla data di entrata in vigore della norma); sia infine la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno patito, da determinarsi in via equitativa (pur indicando, con qualche contraddizione, come voci di "danno" i ratei di indennità non corrisposta).

4.2. A fronte di ciò, il TAR Piemonte, con la prima delle due sentenze pronunciate, ha:

- in primo luogo riconosciuto l'illegittimità del silenzio, con conseguente obbligo dell'amministrazione a pronunciarsi entro un termine indicato;
- in secondo luogo, non ha ritenuto di pronunciare "sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio" (cioè sulla sussistenza del diritto dei ricorrenti a ricevere l'indennità con conseguente condanna dell'amministrazione al pagamento), e, dunque, ha in sostanza rigettato la relativa domanda;
- infine, non ha pronunciato sulla distinta domanda di risarcimento del danno, da liquidarsi "in via equitativa". E ciò, come è evidente, proprio perché – come dalla stessa sentenza affermato – non si era ritenuto possibile pronunciare "sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio".

4.3. L'unicità del ricorso instaurativo del giudizio e la singolarità del percorso seguito dal giudizio di I grado rendono necessarie alcune puntualizzazioni da parte di questo Giudice di appello.

4.3.1. Occorre premettere che, nella presente sede:

- non è più possibile svolgere alcuna considerazione sulla ammissibilità dell'instaurazione di un giudizio sul silenzio-inadempimento in presenza di rivendicati diritti soggettivi di natura patrimoniale (ammissibilità, come è noto, negata dalla giurisprudenza: Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2018 n. 5184; Sez. III, 22 giugno 2018 n. 3858; Sez. V, 8 maggio 2018 n. 2751 e 6 febbraio 2017, n. 513);
- così come non è più possibile svolgere alcuna considerazione sulla legittimità della seconda pronuncia, dopo che la prima era stata assunta come "definitiva" e dopo che la domanda di risarcimento del danno era stata oggetto di una "non pronuncia" (corrispondente ad una sostanziale reiezione).

Tali considerazioni non possono essere effettuate, sia per effetto del passaggio in giudicato della prima decisione del T.a.r. per il Piemonte, sia per difetto di motivo di appello incidentale sulla seconda decisione.

4.3.2. Appare evidente come con la prima pronuncia il T.a.r. abbia ritenuto (in evidente *favor* per la conservazione del ricorso):

- sussistenti interessi legittimi (altrimenti non avrebbe potuto pronunciare sul silenzio);
- non accertabile la fondatezza della pretesa, poiché, nel caso di specie, non ricorreva attività vincolata, ma discrezionale ed abbisognevole di ulteriori adempimenti istruttori.

In sostanza, occorre osservare:

- o, come sostenuto dagli attuali appellanti, la posizione per la quale si è richiesta tutela per il tramite del giudizio sul silenzio, è di diritto soggettivo (di modo che

l'attività dell'amministrazione era di tipo meramente accertativo), ed allora il ricorso avrebbe – ma non è stato – dovuto essere dichiarato inammissibile;

- ovvero, come desumibile dalla prima sentenza, la posizione era di interesse legittimo, con conseguente censurabilità del silenzio serbato dall'amministrazione (che è stato, per l'appunto, dichiarato illegittimo), dovendosi l'attività di quest'ultima qualificare come di natura costitutiva (e così è stato, avendo il primo Giudice escluso di poter valutare la "fondatezza della pretesa"), ed allora le ulteriori domande proposte non avrebbero potuto trovare accoglimento (così come è stato).

Ciò che si intende affermare è che la sentenza n. 936/2014 - pur dando atto della "concisione" di alcuni passaggi motivazionali della medesima - ha ritenuto ammissibile l'azione sul silenzio ed ha qualificato le posizioni dedotte in giudizio come di interesse legittimo: in tale contesto, la impossibilità di giudicare della "fondatezza della pretesa" (con uso tecnicamente non condivisibile di tale termine) rendeva anche impossibile giudicare della domanda di risarcimento del danno (e non a caso la sentenza n. 936/2014 è definita, nel dispositivo, come "definitiva".

Tali conclusioni cui è pervenuta la citata sentenza n. 936/2014 non coincidono, in realtà, con la prospettazione offerta dai ricorrenti con il ricorso introduttivo, i quali se, per un verso, hanno azionato il giudizio sul silenzio, hanno per altro verso ritenuto (come innanzi esposto), anche testualmente, la propria posizione come di diritto soggettivo di natura patrimoniale, fondato direttamente dalla norma, ed a fronte della quale vi era non già esercizio di potere costitutivo dell'amministrazione, ma mera attività di ricognizione dei (già) aventi diritto e delle somme loro spettanti, per diretto effetto di legge.

Tuttavia, le conclusioni cui è pervenuta la prima sentenza non hanno formato oggetto di impugnazione, avendo gli attuali appellanti, mediante l'istanza di prelievo del 1 febbraio 2016, richiesto la pronuncia del primo Giudice sulla (a loro dire non esitata) domanda di risarcimento del danno.

Ma giova subito osservare che qualificare – come fanno gli appellanti - come "risarcitoria" l'azione ed assumere l'esistenza di un "danno" corrispondente, sostanzialmente, ai ratei dell'indennità non percepiti ed alla "maggior somma" da determinarsi a fini pensionistici e di buonuscita, significa implicitamente ritenere che la posizione giuridica di diritto soggettivo patrimoniale venga costituita dal provvedimento dell'amministrazione, sussistendo prima della sua emanazione solo una posizione di interesse legittimo in capo a soggetti che assumono di poter essere beneficiati dall'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione medesima, all'emanazione del provvedimento (il decreto interministeriale).

Ma tali premesse conducono proprio ad escludere la sussistenza di un "diritto" a percepire l'indennità fin dal 2002 e, dunque, la sussistenza di una lesione (e quindi del diritto al risarcimento del danno) di una posizione non ancora costituita.

4.4. Proprio tenendo conto di quanto desumibile dalla prima delle sentenze pronunciate sul medesimo ricorso (in disparte ogni altra considerazione impedita dal giudicato), si riesce a comprendere:

- sia, sul piano processuale, la nuova fissazione di udienza per decidere sulla domanda di risarcimento del danno (che i ricorrenti definiscono "tuttora pendente"), pur impropriamente affermandosi, in sentenza, che i ricorrenti avrebbero richiesto, con l'istanza del 1 febbraio 2016 (che è una istanza di prelievo), la "conversione del rito";

- sia, sul piano sostanziale, le ragioni che hanno portato la sentenza impugnata (pur senza che la stessa ne faccia oggetto di specifica argomentazione):

- per un verso, a prendere atto che "i ricorrenti quantificano l'ammontare del risarcimento nella misura dell'indennità che sarebbe loro spettata se la stessa fosse stata corrisposta dal 1 gennaio 2002" e, posto che "l'indennità è stata corrisposta, possono essere risarciti solo i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha riscontrato la domanda dei ricorrenti";

- per altro verso, ad affermare (in apparente contraddizione) che i ricorrenti "chiedono anche il risarcimento del danno, senza tuttavia indicare le voci di danno né indicare criteri per la quantificare detti danni".

Tali ragioni sono da ricercare nel fatto che, ritenute le posizioni azionate come di interesse legittimo e quindi l'attività dell'amministrazione, in attuazione dell'art. 13, co. 3, DPR n. 164/2002, come di natura costitutiva, il primo Giudice ha ritenuto di non poter accogliere la domanda riferita alla corresponsione delle indennità antecedenti al decreto interministeriale:

- sia in quanto tale domanda non ha fondamento (se il decreto ha natura costitutiva, è dalla sua adozione che sorge il diritto patrimoniale alla percezione dell'indennità), che si qualifichi detta domanda come domanda di condanna all'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, ovvero come domanda di condanna al risarcimento del danno;

- sia in quanto il primo Giudice, non pronunciandosi su di essa per le ragioni addotte, la aveva già sostanzialmente respinta (nell'ambito e nei limiti del giudizio sul silenzio).

Viceversa, la sentenza impugnata ha – proprio in coerenza con le premesse innanzi esplicitate – riconosciuto la sussistenza di un danno, ma affermando che, poiché "l'indennità è stata corrisposta, possono essere risarciti solo i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha riscontrato la domanda dei ricorrenti" (determinandosi tali danni negli interessi al tasso legale su quanto corrisposto, incrementato della rivalutazione monetaria nei termini indicati).

5. Tutte le ragioni innanzi esposte rendono evidente l'infondatezza dei motivi di appello sintetizzati (sub lett. a) e b) dell'esposizione in fatto), poiché l'esistenza di un danno come lamentato e quantificato dagli appellanti "urta" con la natura costitutiva dell'attività dell'amministrazione, già affermata nella prima delle due sentenze pronunciate nel giudizio di I grado, residuando nella "seconda parte" del giudizio

solo i profili (ulteriori) che hanno formato oggetto della decisione stessa e della conseguente condanna dell'amministrazione, nei limiti nella medesima sentenza indicati.

6. In ogni caso, i motivi di appello sono infondati anche per le ulteriori, concorrenti ragioni di seguito esposte.

6.1. Come è noto, l'art. 2-*bis* l. n. 241/1990 prevede due distinte ipotesi di risarcimento del danno:

- la prima, afferente al "danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento" (art. 2-*bis*, co. 1, l. n. 241/1990);
- la seconda afferente al danno derivante di per sé dal fatto stesso di non avere l'amministrazione provveduto entro il termine prescritto, nelle ipotesi e alle condizioni previste (art. 2-*bis*, co. 1-bis).

6.1.1. Orbene, l'art. 2-*bis*, co. 1, prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4028).

Il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'*an* che sul *quantum* (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2016 n. 3059), deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'amministrazione. E ciò sempre che, nell'ipotesi ora considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un'ipotesi di silenzio significativo (Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2016 n. 2019).

In particolare, come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (cfr. C.g.a., 16 maggio 2016 n. 139; Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2016 n. 1768; sez. V, 9 marzo 2015 n. 1182; sez. IV, 22 maggio 2014 n. 2638): "l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono in linea di principio presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)"

In definitiva, benché l'art. 2-*bis* cit., rafforzi la tutela risarcitoria del privato nei confronti della pubblica amministrazione, "la domanda deve essere comunque ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità".

Tale impostazione ha ricevuto l'avallo indiretto della Corte di Cassazione (cfr. Sezioni unite civili, ordinanza 17 dicembre 2018, n. 32620 che hanno confermato la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 22 settembre 2016, n. 3920); nella fattispecie è stato chiarito, sia pure nella peculiare prospettiva del giudizio su questione di giurisdizione, che:

a) il riconoscimento del danno da ritardo - relativo ad un interesse legittimo pretensivo - non è avulso da una valutazione di merito della spettanza del bene sostanziale della vita e, dunque, dalla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento fosse probabilmente destinata ad un esito favorevole, posto che l'ingiustizia e la sussistenza del danno non possono presumersi *iuris tantum* in relazione al mero fatto temporale del ritardo o del silenzio nell'adozione del provvedimento;

b) l'ingiustizia del danno non può prescindere dal riferimento alla concreta spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato (nella specie

era incontroverso che l'originario progetto non era stato autorizzato e non avrebbe potuto esserlo stante il negativo giudizio su di esso espresso dalla direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici del Molise).

6.1.2. Tale configurazione del danno da ritardo non muta alla luce della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018 n. 5, secondo la quale, con l'art. 2-*bis* cit. "*il legislatore – superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).*

Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.

Non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 213, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo

e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere……

….l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 . . . sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo".

Come è dato osservare, l'Adunanza plenaria riconosce il danno da ritardo "a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento", ricollegandolo alla "lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale" e subordinandolo, comunque, a rigorosi oneri di allegazione e prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità.

Tale ricostruzione presuppone di regola, come è evidente, la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo (Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2018 n. 6266; Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, 23 giugno 2017, n. 3068, 2 novembre 2016, n. 4580, 6 aprile 2016, n. 1371).

6.1.3. Perché, dunque, possa parlarsi di una condotta della Pubblica Amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una fondata posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato.

E tale obbligo di provvedere sussiste, ai sensi del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990, laddove vi sia un obbligo di procedere entro un termine definito ("ove il provvedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio . . .").

Al contempo, deve ritenersi che – sussistendo i suddetti presupposti – il danno da ritardo, di cui all'art. 2-*bis* l. n. 241/1990, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio (e, dunque, vi sia l'obbligo di concluderlo).

Ciò si desume, oltre che da ragionevoli argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2-*bis*, dove solo il secondo di essi (co. 1-bis), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte.

Ma, in questo caso, occorre sia la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all'art. 2, co.2, l. n. 241/1990), sia l'esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimentale dell'atto medesimo.

6.2. Nel caso di specie, non ricorre alcuno dei due presupposti innanzi indicati.

6.2.1. L'art. 13, co. 3 DPR 18 giugno 2002 n. 164 (recante "Recepimento dell'accordo sindacale per le Forze di polizia ad ordinamento civile e dello schema di concertazione per le Forze di polizia ad ordinamento militare relativi al quadriennio normativo 2002-2005 ed al biennio economico 2002-2003"), prevede:

"Ai fini della prevista corresponsione dell'indennità di comando navale per il personale che riveste funzioni e responsabilità corrispondenti al comando di singole unità o gruppi di unità navali, di cui all'articolo 10 della legge sulle indennità operative, si provvede all'individuazione dei titolari di comando con determinazione delle singole Amministrazioni interessate di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze".

In modo analogo dispone il successivo art. 52, con riferimento specifico alle Forze di Polizia.

Orbene, né le disposizioni innanzi indicate, né l'art. 10, l. 23 marzo 1983 n. 78, cui le stesse fanno riferimento, impone alla Pubblica Amministrazione un termine per l'avvio obbligatorio del procedimento volto all'individuazione dei titolari di comando".

Anzi, a ciò va aggiunto che il successivo art. 9, co. 35 d.l. 31 maggio 2010 n. 79 (conv. in l. 30 luglio 2010 n. 122) prescrive che l'art. 52, co,. 3, cit. "si interpreta nel senso che la determinazione ivi indicata, nell'individuare il contingente di personale, tiene conto delle risorse appositamente stanziate".

6.2.2. Tale ultima disposizione costituisce, a tutta evidenza, conferma della natura discrezionale del potere di individuazione attribuito all'amministrazione, come tale di natura costitutiva, e quindi dell'insussistenza di un preteso diritto all'indennità derivante direttamente dal DPR n. 162/2002.

D'altra parte, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (tra le molte, Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2014 n. 4174; 6 aprile 2012 n. 2049; 2 febbraio 2012 n. 610), ha già avuto modo di affermare che l'individuazione degli ufficiali e sottufficiali che espletano funzioni di comando, presupposto indefettibile ai fini della corresponsione dell'indennità supplementare di comando di cui al più volte menzionato art. 10, non discende direttamente dalla suddetta legge, ma passa attraverso un atto di normazione secondaria, che si esplica mediante un provvedimento amministrativo di natura costitutiva e non meramente ricognitiva.

Si è a tal fine precisato:

"*La giurisprudenza in materia, dalla quale questo Collegio non ritiene di discostarsi, si fonda sull'affermazione che l'individuazione degli ufficiali e sottufficiali che espletano funzioni di comando, presupposto indefettibile ai fini della corresponsione dell'indennità supplementare di comando di cui all'art. 10 comma 2, l. 23 marzo 1983 n. 78, non discende direttamente dalla suddetta legge, ma*

passa attraverso un atto di normazione secondaria, che si esplica mediante un provvedimento amministrativo di natura costitutiva e non meramente ricognitiva; pertanto, il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione, procedendo direttamente all'individuazione predetta (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4608). In dettaglio, l'individuazione delle funzioni di comando a cui connettere la detta indennità richiede un provvedimento amministrativo di natura costitutiva e non meramente ricognitiva, così che il decreto interministeriale attuativo . . . rappresenta un passaggio obbligato per rendere operativa la previsione normativa primaria".

Né risulta praticabile "un'estensione dell'ambito applicativo della norma in base alla mera interpretazione ed applicazione di una circolare, emanata peraltro da un organo sotto ordinato"

6.2.3. Appare evidente come, fintanto che non vi sia stata l'adozione del previsto decreto interministeriale di adozione, non sorga, in capo ai soggetti preposti agli uffici individuati, il diritto di credito inerente l'indennità in esame. Né, a maggior ragione, in difetto di posizione soggettiva costituita, può sussistere un danno da ritardo.

E ciò anche in ulteriore considerazione della mancata previsione di un termine entro il quale l'amministrazione avrebbe dovuto adottare l'atto di ricognizione.

7. Per tutte le ragioni esposte, i motivi di appello sono infondati e devono essere, pertanto, respinti, con conseguente conferma della sentenza impugnata, con le integrazioni di motivazione innanzi riportate.

8. Stante la novità e complessità delle questioni trattate ed il peculiare andamento del processo in primo grado, sussistono eccezionali motivi per compensare tra le parti spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Benavoli Saverio ed altri, come in epigrafe

indicati (n. 1645/2017 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti spese ed onorari del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giovanni Sabbato, Consigliere

L'ESTENSORE
Oberdan Forlenza

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO