

Publicato il 15/01/2024

N. 00513/2024REG.PROV.COLL.
N. 02681/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2681 del 2016, proposto da CBH - Città di Bari Hospital Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Abbattista, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arturo Sforza in Roma, via Ettore Rolli, 24-C/11;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Lioce, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Caiaffa in Roma, via Nizza, 53;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 1262/2015, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2023 il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come in atti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La parte appellante ha agito davanti al T.A.R. della Puglia sia per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Bari sull'istanza di autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria specialistica (endoscopia), sia per il risarcimento del danno e per l'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento.

Il T.A.R. con la sentenza gravata, adottata all'esito del giudizio condotto in camera di consiglio con rito speciale *ex* artt. 87 e 117 cod. proc. amm., ha accolto il ricorso avverso il silenzio, ma ha rigettato sia la domanda di risarcimento del danno, che quella di indennizzo *ex* art. 2-*bis*, comma 1-*bis*, l. 241/1990: la prima per difetto di prova degli elementi costitutivi la fattispecie di responsabilità; la seconda per difetto di "prova dell'imputabilità del ritardo a comportamento colpevole dell'Amministrazione".

La ricorrente in primo grado ha impugnato tale sentenza con ricorso in appello, censurando la pronuncia del primo giudice in relazione a questi due capi, anzitutto nella parte in cui le relative domande non sono state decise mediante conversione del rito; ha quindi insistito per l'accoglimento di tali domande.

Il Comune di Bari si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

Il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 30 novembre 2023.

2. In rito deve anzitutto osservarsi che all'udienza del 20 ottobre 2022 alla parte ricorrente è stata indicata alle parti – ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm. - la possibilità che il giudizio possa essere deciso sulla base di una questione rilevabile d'ufficio, da individuarsi nella possibile tardività del gravame, nei termini seguenti: "*il Presidente, ai sensi dell'art. 73 cpa, rileva un profilo*

di tardività dell'appello in quanto sarebbe stato notificato oltre i termini previsti di legge. (...) il Collegio rinvia le cause all'udienza pubblica che sarà individuata con separato decreto presidenziale per permettere alle parti di dedurre sul profilo della tempestività dell'atto di appello”.

La sentenza gravata è stata pubblicata il 24 settembre 2015; il ricorso in appello risulta notificato il 23 marzo 2016 e depositato il successivo 6 aprile.

La notifica è pertanto tempestiva secondo il termine relativo al c.d. rito ordinario, mentre sarebbe tardiva secondo il termine - dimidiato - previsto per il rito speciale in materia di silenzio.

3. L'appellante in memoria ha richiamato, a supporto della tempestività del gravame, la sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 32/2012, resa sulla disciplina vigente anteriormente al codice del processo amministrativo, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: *“i riti speciali, e segnatamente quello di cui all'art. 23-bis, l. Tar (ora art. 119 cod. proc. amm.), sono stabiliti dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva, sicché al fine della verifica se una determinata controversia rientri nell'ambito di applicazione di un rito speciale o del rito ordinario, sono irrilevanti il comportamento processuale delle parti o del giudice trattandosi di evenienze che non escludono ex se la doverosa applicazione del rito (ordinario o speciale), effettivamente stabilito dalla legge; tuttavia se l'errore del giudice circa il rito da applicare e i conseguenti termini si inquadra in un complessivo comportamento fuorviante dello stesso giudice e delle controparti (che in primo grado hanno anche tratto vantaggio dell'errore stesso), si determina una situazione che oggettivamente giustifica la concessione dell'errore scusabile”.*

Tale precedente ad avviso del Collegio non è invocabile.

Nel caso in esame infatti la tardività della notifica rispetto ai termini del rito speciale non può essere imputata all'errore commesso dal giudice di primo grado nella scelta del rito speciale in luogo di quello ordinario: tale errore avrebbe dovuto, semmai, indurre l'appellante a proseguire il giudizio in quelle forme e con quei termini.

A meno di ritenere che il T.A.R. abbia indotto in errore il ricorrente con la decisione sulla domanda risarcitoria: facendo cioè supporre che la sentenza di primo grado, in quanto relativa anche a tale domanda, fosse resa all'esito del rito ordinario (il che però risulterebbe contraddetto da quanto esposto nei motivi di appello).

4. Rileva in argomento questo Collegio che nel caso di specie non può configurarsi un profilo di tardività, e dunque di irricevibilità, del ricorso in appello, che è pertanto tempestivo e ricevibile, per una diversa e più radicale ragione.

Il rito si determina in funzione (della qualificazione) della domanda: nel caso in esame l'appellante non censura minimamente il capo della sentenza relativo alla domanda relativa all'illegittimità del silenzio (soggetta a rito speciale), mentre impugna quello relativo al rigetto della domanda risarcitoria (e indennitaria).

Tanto che il presente giudizio è stato fissato in udienza pubblica secondo il rito ordinario (che è una delle circostanze valorizzate dalla richiamata sentenza della Plenaria n. 32/2012).

Quindi non si pone neppure un problema di concessione dell'errore scusabile, posto che l'odierno giudizio è stato ritualmente (e coerentemente) introdotto nelle forme – e secondo i termini - del rito ordinario, in relazione alle domande che ne costituiscono l'oggetto.

5. Nel merito, osserva il Collegio che il ricorso in appello è fondato.

A fronte del chiaro disposto dell'art. 117, comma 6, cod. proc. amm., che regola la fattispecie dedotta (*“Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria”*), il T.A.R., come già indicato, non ha disposto la conversione del rito, ma ha deciso nell'ambito del giudizio incardinato con rito speciale anche le domande che avrebbe dovuto necessariamente decidere con rito ordinario.

5.1. Va segnalato che secondo una parte della giurisprudenza la conversione del rito per l'esame della domanda risarcitoria sarebbe una mera facoltà (e dunque non un obbligo), ma il mancato esercizio di detta facoltà deve essere preannunciato alle parti, ai sensi degli artt. 60 e 74 cod. proc. amm. (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5798 del 2013).

Quand'anche si aderisse a tale impostazione, l'appello sarebbe comunque fondato poiché nel caso di specie il primo giudice non solo non ha disposto la conversione del rito, ma neppure ha avvisato le parti che non lo avrebbe fatto (e che avrebbe deciso unitamente alla domanda sul silenzio anche quella risarcitoria).

5.2. Va ulteriormente segnalato sul piano dei principi che con sentenza n. 1201 la Corte di Cassazione ha affermato che *“la trattazione da parte del giudice adito della controversia con un rito diverso da quello previsto non determina alcuna nullità del procedimento e della sentenza successivamente emessa, se la parte non deduca e dimostri che dall'adozione di un rito diverso le sia derivata lesione del diritto di difesa”*.

Neppure tale rilievo si oppone all'accoglimento del gravame, perché nel caso di specie la parte appellante ha dedotto e documentato che proprio la decisione “a sorpresa” del T.A.R. *“ha di fatto obliterato il diritto di difesa della società ricorrente impedendole di istruire la causa di risarcimento dei danni nell'ambito del rito ordinario”*.

Tale deduzione è fondata, sia in ragione delle peculiarità dell'onere probatorio che nel processo amministrativo incombe sulla parte attrice in materia risarcitoria (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VII, sentenza n. 8003/2023); sia in considerazione del fatto che il rito ordinario consente un'esplicazione delle facoltà processuali della parte, e dunque una possibilità di assolvimento di tale onere, più ampia di quella assicurata dal c.d. rito speciale (condizionato dalle restrizioni acceleratorie di cui all'art. 87, comma 3, cod. proc. amm.).

Va infatti sottolineato che la *ratio* della più volte richiamata disposizione di cui all'art. 117, comma 6, cod. proc. amm. non è tanto riferita allo strumento decisorio, quanto piuttosto alla disciplina del processo.

6. Le superiori considerazioni, testualmente discendenti per la domanda risarcitoria dal disposto del citato art. 117, comma 6, cod. proc. amm., valgono anche per la domanda volta ad ottenere l'indennizzo del danno da ritardo: ancorché tale domanda non sia – a differenza di quella risarcitoria – espressamente contemplata dalla disposizione richiamata.

La ragione risiede però nel fatto che l'attuale testo del comma 1-*bis* dell'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990 è stato aggiunto soltanto dall'art. 28, comma 9, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 (in precedenza, tale comma era stato abrogato dall'art. 4, comma 1, n. 14) dell'Allegato 4 al D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 1 del medesimo D. Lgs. 104/2010).

Oltre a tale argomento sistematico e ricostruttivo, va osservato che l'azione in esame è un'azione di accertamento e di condanna, che secondo le regole generali segue il rito ordinario.

Infine, è comunque dirimente il rilievo per cui il rito speciale *ex art. 87* cod. proc. amm. costituisce un'eccezione rispetto al rito ordinario, sicché appare arduo ricavare per implicito dall'art. 117, comma 6, un'attrazione nel rito speciale dell'azione in questione.

7. La fondatezza del motivo di appello in esame comporta, diversamente da quanto dedotto dall'appellante, l'annullamento con rinvio della sentenza gravata, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (*ex multis* e da ultimo, sez. VII, sentenza n. 5131/2023)

Le parti devono pertanto, ai sensi dell'art. 105, comma 3, c.p.a., riassumere avanti al Tribunale il processo con ricorso notificato nel termine perentorio di novanta giorni dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione della presente sentenza.

Le spese del doppio grado del giudizio, per la peculiarità della fattispecie, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza di primo grado con rinvio della causa al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023

con l'intervento dei magistrati:

Stefania Santoleri, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Stefania Santoleri

IL SEGRETARIO