

LA NUOVA DISCIPLINA DEL SILENZIO INADEMPIMENTO DOPO LE LEGGI N. 15/2005 E N. 80/2005

di FILIPPO LACAVA

SOMMARIO: 1) IL RUOLO DELLA DIFFIDA: DA PASSAGGIO NECESSARIO PER RICORRERE CONTRO IL SILENZIO DELLA P.A. A STRUMENTO FACOLTATIVO NELLE MANI DEL CITTADINO; 2) I TERMINI PER IMPUGNARE L'INERZIA DELLA P.A.; 3) LE CONNESSE MODIFICHE ALLA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO; 4) I PRESUPPOSTI DEL SILENZIO INADEMPIMENTO ED IN PARTICOLARE IL PERDURARE DELL'INERZIA; IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO TARDIVO; 5) IL RACCORDO TRA LA DISCIPLINA SOSTANZIALE E QUELLA PROCESSUALE DEL SILENZIO INADEMPIMENTO; 6) LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE 80/2005 E LE INCERTEZZE DELLA GIURISPRUDENZA SUL POTERE DEL G.A. DI CONOSCERE DELLA FONDATEZZA DELLA PRETESA.

1. IL RUOLO DELLA DIFFIDA: DA PASSAGGIO NECESSARIO PER RICORRERE CONTRO IL SILENZIO DELLA P.A. A STRUMENTO FACOLTATIVO NELLE MANI DEL CITTADINO.

Tra le innovazioni introdotte dalla legge 15/2005 nel tessuto normativo previgente, di particolare pregio si rivela l'aggiunta di un nuovo comma, il 4bis, alla disposizione dell'art. 2.

Come osserva Cerulli Irelli¹, l'innesto in questione è strumentale al rafforzamento del principio della conclusione del procedimento entro un termine ragionevole, in conformità con la previsione dell'art II-101 della Cost. Europea. L'innovazione di cui si tratta, afferente l'istituto del silenzio inadempimento, ha il sapore di un'interpretazione autentica volta a dirimere il nodo problematico relativo alla necessità della previa attivazione della procedura ex art. 25 t.u. 3/1957 come passaggio endoprocedimentale necessario per poter successivamente esperire il ricorso giurisdizionale avverso il silenzio inadempimento. Tale procedura, che rendeva obbligatoria la diffida all'amministrazione inadempiente prima di ricorrere alla giurisdizione amministrativa per ottenere sentenza declaratoria dell'obbligo di provvedere, era costantemente ritenuta applicabile dalla giurisprudenza dominante dopo la celeberrima sentenza n. 10 del 1978 del Consiglio di Stato riunito in Adunanza Plenaria, che ha recepito la nota teoria di Sandulli², avallata, peraltro,

¹ Si veda V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90, parte II*, p. 2, su www.giustamm.it.

² Come è noto la norma cui originariamente dottrina e giurisprudenza facevano riferimento come fondamento dell'istituto era l'art. 5 del T.U. 383/1934, dettata in materia di ricorso gerarchico nell'ambito della normativa su comuni e province, ma ritenuta suscettibile di estensione analogica a tutte le ipotesi in cui fosse infruttuosamente scaduto il termine per l'adozione di un provvedimento amministrativo. Dopo l'abrogazione di tale articolo a seguito dell'entrata in vigore della legge 1034/71 dottrina e giurisprudenza si impegnarono nella ricerca di altra disposizione cui dare valenza di rimedio generale applicabile analogicamente a tutte le fattispecie di silenzio inadempimento e prevalse la posizione di Sandulli (cfr., in proposito, A. Sandulli, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1973, pp. 395-399,

dall'interpretazione governativa, anche dopo l'emanazione della legge 241. Il dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio, infatti, riteneva che, non contenendo la legge 241 nel testo originario alcuna previsione che disponesse in ordine alla qualificazione dell'inerzia imputabile all'amministrazione, fosse perciò necessario seguire la normale procedura del silenzio rifiuto³. Si trattava di un *iter* alquanto macchinoso e defaticante, poiché, prima di ricorrere per veder riconosciuto dalla magistratura amministrativa il silenzio inadempimento, bisognava diffidare la p.a. inerte con atto giudizialmente notificato⁴, non essendo sufficiente una semplice lettera, e solo dopo l'inutile decorso del termine di 30 giorni dalla notifica dell'atto di diffida era possibile attivare il rimedio giurisdizionale. Pertanto, l'impatto del principio sancito dall'art. 2 della legge 241/90 si era rivelato ben modesto in materia di silenzio inadempimento, dal momento che esso era servito soltanto a far sì che per la presentazione della diffida fosse sufficiente il decorso, dalla presentazione dell'istanza o dall'inizio d'ufficio del procedimento, non più di 60, bensì di 30 giorni, salvo il diverso termine fissato per la conclusione del procedimento dalla legge o dall'amministrazione precedente. Si trattava di un mero coordinamento piuttosto che di una vera e propria innovazione, con conseguente svilimento della *ratio* su cui si reggeva tale disposizione. Orbene, se la posizione di Sandulli era per varie ragioni condivisibile prima della legge sul procedimento amministrativo, lo stesso non può dirsi una volta che, con il predetto art. 2 della normativa in questione, viene finalmente posto a carico della p.a. l'obbligo di concludere mediante l'adozione di un provvedimento espresso il procedimento amministrativo, ove esso consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio.

Difatti, ferme le superiori considerazioni, non è più sostenibile l'assunto posto a base dell'Ad. Plen. del 1978 per cui, mancando una norma che statuisse in ordine ai tempi del processo decisionale pubblico, la procedura prevista dal T.U. del 1957 si rivelava necessaria per poter acclarare il mancato rispetto del *profilo di doverosità dell'azione amministrativa*⁵. Né, d'altra parte, si può continuare a ritenere che la formazione automatica del silenzio alla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento faccia decorrere il termine decadenziale d'impugnazione in assenza di un'adeguata percezione da parte dell'interessato, dal momento che le determinazioni concernenti la fissazione del termine entro il quale il procedimento deve esaurirsi sono rese pubbliche ai sensi dell'art. 2 comma 4 della 241, e comunque dell'avvio del procedimento viene data comunicazione *ex art.* 8. Pertanto, una volta affermatosi il principio della certezza dei tempi entro i quali il procedimento deve concludersi, ed accanto a questo il principio di doverosità dell'esercizio del potere, non ha senso far precedere l'impugnazione del silenzio inadempimento da un atto che avrebbe la funzione di far acquisire al contegno dell'amministrazione il valore di manifestazione di volontà negativa, giacché, alla luce dei prefati principi, l'inadempimento dell'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione silente è già conclamato alla scadenza del termine procedimentale⁶.

in particolare pag. 398, nonché dello stesso, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e Società*, 1982, in particolare pag. 725) il quale riteneva l'art. 25 del D.P.R. n. 3/1957 suscettibile dell'impiego in questione. Tale posizione trovò poi definitivo suggello nell'Ad. Plen. n. 10 del 10 marzo 1978, in *Riv. amm. Rep. It.*, 1978, pp. 435 e ss.

³ Si veda *Circolare del Ministro della Funzione pubblica*, 8 gennaio 1991, n. 60397-7/463, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 19 del 23 gennaio 1991.

⁴ Sulle formalità dell'atto di diffida si veda Cons. di Stato, sezione IV, 14 giugno 2002, n. 3520.

⁵ Vedasi in proposito F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 245.

⁶ Così, M. Occhiena, *Riforma della l. 241/90 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, su www.giustamm.it, nonché G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, II, 1998, 1144.ss.

Pertanto, il governo, *re melius perpensa*, ha ritenuto opportuno, assumendo l'iniziativa che ha condotto all'approvazione della legge 15/2005, superare il precedente orientamento, con la conseguenza che, venuta meno la *ratio* che ispirava la posizione sandulliana successivamente recepita dai giudici di Palazzo Spada, il contegno puramente omissivo della pubblica amministrazione assume con assoluto nitore la *facies* dell'inadempimento, sin dalla scadenza dei termini previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 2. Giova comunque rilevare che la diffida, pur non costituendo più passaggio procedimentale obbligatorio, vera e propria *condicio sine qua non* per l'attivazione del rimedio ex art. 21 *bis* l. 1034/71, rimane comunque atto facoltativo, rimesso alla discrezionalità del privato, al quale spetterà valutare in piena libertà se nella fattispecie concreta essa possa rivestire o meno alcuna utilità pratica. L'atto di messa in mora, quindi, come osservato in uno dei primi commenti, da passaggio potenzialmente vessatorio e defatigante per il privato, si trasforma in uno strumento ulteriore di cui questo dispone nel dialogo con la p.a.⁷ Una simile innovazione si palesa tanto opportuna quanto tardiva. E' da osservare, infatti, come, la diffida, anziché fungere da espediente tattico facoltativo il cui ricorso era rimesso nelle mani del cittadino vulnerato dal contegno omissivo della p.a, abbia invece pesato come un macigno per quasi 15 anni sulla effettività di quella certezza dei tempi del procedimento, logico riflesso della doverosità dell'esercizio del potere amministrativo, che l'art. 2 mirava ad affermare e realizzare, mortificando quella carica precettiva riconosciuta a tale disposizione (meritevole quindi di applicazione immediata ed incondizionata) finanche da talune significative pronunzie della Consulta⁸.

2. I TERMINI PER IMPUGNARE L'INERZIA DELLA P.A.

Ulteriore merito della novella in commento è quello di aver sciolto il nodo problematico relativo al termine per l'impugnazione del silenzio e alla sua decorrenza⁹. In proposito, infatti, l'art. 2 comma 4 *bis* della legge 241 stabilisce che il *dies a quo* per la proposizione è rappresentato dallo spirare dell'ordinario termine procedimentale; il *dies ad quem*, invece, è il decorso di un anno dalla prefata scadenza del termine entro il quale il procedimento doveva concludersi. Si tratta, pertanto, di un termine perentorio, che, comunque, per la sua ampiezza, mette al riparo il cittadino dal rischio di eventuali decadenze suscettibili invece di verificarsi ove il legislatore avesse optato per il termine ordinario di 60 giorni. Ad ogni modo anche nel caso in cui il termine annuale previsto dal comma 4 *bis* fosse già scaduto il cittadino non è comunque sprovvisto della possibilità di far valere l'inerzia dell'amministrazione procedente, poiché ha facoltà di riproporre l'istanza di avvio del procedimento laddove ne sussistano i presupposti, dovendosi tale locuzione interpretarsi nel senso della permanenza in capo all'istante di un interesse all'ottenimento del provvedimento connotato dal predicato dell'attualità.

⁷ Così si esprime A. Ricciardi, *Le modifiche al capo I sui principi*, in Biondi-Moscara-Ricciardi, *La riforma del procedimento amministrativo*, Rimini, 2005 p. 28.

⁸ Si veda Corte Costituzionale, sentenza n. 262/1997, con la quale la Corte ha inteso riconoscere efficacia precettiva all'obbligo di provvedere in quanto già esistente nell'ordinamento giuridico sotto forma di regola che attua, sia pure in maniera non esaustiva, il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione "*negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione, e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico*"; ed ancora Corte Costituzionale, sentenza n. 176/2004, nella quale testualmente si afferma: "*la eventuale inosservanza del termine per la definizione dei procedimenti ...pur non comportando la decadenza del potere, connoterebbe in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, con conseguente possibilità per i soggetti interessati di ricorrere in giudizio avverso il silenzio rifiuto ritualmente formatosi*".

⁹ In proposito, prima dell'entrata in vigore della legge 15/2005, la giurisprudenza prevalente riteneva applicabile il termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla formazione del silenzio, stante la natura provvedimentale del silenzio costruito attraverso la diffida del privato. Per tutte si veda Cons. di Stato, sez. V, 1 marzo 2003, n. 1128.

La previsione della possibilità di ripresentare l'istanza si rivela altresì in grado, per la sua valenza garantistica, di fugare definitivamente talune perplessità sorte nel corso dei dibattiti parlamentari in merito alla scelta di non confermare l'obbligatorietà della previa diffida per l'attivazione del rimedio *ex art. 21bis* l. 1034/1971¹⁰. Unico inconveniente sarebbe, in questo caso, la postergazione della possibilità di impugnare nuovamente il silenzio mediante ricorso, dal momento che, per effetto della riproposizione dell'istanza, i termini di cui all'art. 2 comma *bis* comincerebbero a decorrere *ex novo et integro*.

3. LE CONNESSE MODIFICHE ALLA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO.

Di particolare importanza nell'ottica del potenziamento della valenza garantistica del rimedio avverso il silenzio inadempimento è la modifica dell'art. 8, al quale sono state aggiunte 2 lettere, rispettivamente la *c-bis* e la *c-ter*: la prima aggiunge al contenuto obbligatorio della comunicazione di avvio del procedimento l'indicazione dei termini entro i quali il procedimento deve concludersi, nonché dei rimedi eventualmente esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; la seconda, invece, stabilisce che nei procedimenti ad istanza di parte vada indicata nella comunicazione di avvio del procedimento la data di presentazione dell'istanza.

Si tratta di una innovazione di particolare importanza non soltanto perché compie un importante passo avanti verso la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del silenzio inadempimento, ma anche perché pone fine ai dubbi interpretativi sorti nel vigore della precedente disciplina circa la necessità della comunicazione di avvio del procedimento attivato su istanza di parte, dubbi che la giurisprudenza aveva risolto ritenendo che, essendo l'istanza stessa a dare impulso all'attività e far decorrere i termini del procedimento, gli effetti utili della comunicazione, ossia il mettere al corrente dell'inizio dell'attività procedimentale il destinatario di questa, potevano dirsi già raggiunti attraverso l'istanza medesima¹¹.

Si apprezza, quindi, la coerenza sistematica della legge 15/2005 in materia di silenzio inadempimento dal momento che la disposizione dell'art. 2 trova un significativo riscontro nella modifica del contenuto obbligatorio della comunicazione di avvio del procedimento, orientata proprio a rafforzare la tutela giudiziaria del principio di doverosità dell'attività amministrativa.

4. I PRESUPPOSTI DEL SILENZIO INADEMPIMENTO ED IN PARTICOLARE IL PERDURARE DELL'INERZIA; IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO TARDIVO.

Tornando alla descrizione del nuovo volto del silenzio inadempimento si rileva come, ai tradizionali presupposti per l'attivazione del rimedio contro l'inerzia della p.a., canonizzati dalla

¹⁰ Scrive in proposito A. Ricciardi, *op. cit.* p. 31, sub nota 24 "La giurisprudenza, infatti, aveva fin qui ritenuto che anche dopo lo spirare del termine per proporre ricorso il privato potesse reiterare la diffida, e questo lo reimmetteva nei termini. Di fatto in questo modo il privato non perdeva mai la possibilità di adire il giudice contro il silenzio della p.a. A questo proposito l'on. Marone, nella seduta del 10/11/2003, ebbe a dire che la diffida "risolverebbe il problema perché la pubblica amministrazione, di fronte ad una diffida, è certamente molto più sensibile ed attenta a rispondere di quanto non faccia con riferimento ad una delle semplici domande che arrivano a centinaia presso le pubbliche amministrazioni".

¹¹ Per tutte, Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 1366 del 24 novembre 1997.

prevalente giurisprudenza¹² (titolarità in capo all'amministrazione di un potere del quale viene richiesto l'esercizio, e quindi posizione di interesse legittimo¹³ pretensivo vantata dall'interessato, in corrispondenza del quale sussista un vero e proprio obbligo di provvedere da parte della pubblica amministrazione, sussistenza in capo al g.a. della giurisdizione in ordine al rapporto cui si riferisce l'istanza rimasta inevasa¹⁴), ne sia stato formalmente aggiunto uno ulteriore, il perdurare del silenzio, che era comunque possibile leggere in filigrana nel contesto della disciplina originaria, in considerazione di taluni significativi arresti giurisprudenziali, i quali hanno chiarito come, anche nel corso del giudizio instaurato avverso il silenzio, l'amministrazione conservi il potere di provvedere espressamente, con la conseguenza che l'adozione di un provvedimento esplicito di diniego comporta l'improcedibilità del ricorso avverso il silenzio¹⁵. Ed ancora, secondo tale orientamento, ribadito dai giudici di Palazzo Spada anche nella celeberrima Ad. Plen. n. 1 del 9 gennaio 2002, *"l'organo competente in via ordinaria conserva, pur dopo la sentenza e fino all'insediamento del commissario, il potere di provvedere in senso pieno"*¹⁶.

In quest'ottica, pertanto, l'inciso *"fin tanto che perdura l'inadempimento"* deve essere letto come norma ricognitiva, piuttosto che innovativa. Del resto, una siffatta impostazione ha ricevuto significativa conferma da recentissima giurisprudenza¹⁷, successiva all'entrata in vigore della legge 15/2005, la quale, dopo aver osservato che *"che l'istituto dell'esercizio dei poteri sostitutivi configura un fenomeno di esercizio concorrente di potere, il quale viene meno con l'adozione della determinazione di uno dei due organi (sostituto o sostituito), atteso che la determinazione soddisfa*

¹² Si veda *ex plurimis*, Cons. di Stato, sez. V, sent. 10 aprile 2002, n. 1970.

¹³ Sul punto il Tar Calabria-Catanzaro, sez. II, sent. 6 ottobre 2005 n. 1631, ha stabilito che *"allorquando il privato eserciti diritti di credito dal contenuto patrimoniale non può venire in rilievo la procedura per la formazione del silenzio-rifiuto, né la sua appendice processuale di cui all'art. 21bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034"*. Nello stesso senso Tar Piemonte-Torino, sez. I, sent. 3 ottobre 2005 n. 2839, con la quale è stata sancita l'inammissibilità del ricorso *ex art. 21bis* quando rispetto all'attività vincolata della p.a. il privato vanta un diritto soggettivo, quale, ad esempio, un diritto di credito. Ancora più chiaramente Tar Sicilia-Catania, sez. III, sent. 3 novembre 2005 n. 1938, che afferma: *"il giudizio sul silenzio della pubblica amministrazione, anche dopo le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, secondo cui, tra l'altro, il Giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza del privato, non può essere attivato relativamente ad istanze aventi ad oggetto diritti patrimoniali del pubblico dipendente poiché esso si riferisce, in ragione della storia dell'istituto e della sua collocazione sistematica, al silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento) di carattere pubblicistico e non anche all'ipotesi di comportamento omissivo dell'Amministrazione qualificabile come inadempimento di una obbligazione con conseguente responsabilità di tipo contrattuale"*. Tutte queste sentenze si collocano peraltro nell'ambito di un consolidato indirizzo del Consiglio di Stato, per cui *"il rito per la formazione del silenzio-rifiuto non è esperibile allorché l'istante agisca, non per la tutela di una posizione soggettiva di interesse legittimo e per l'adozione di un provvedimento amministrativo da parte di una pubblica amministrazione, bensì per la salvaguardia di posizioni di diritto soggettivo. Ciò in quanto l'ordinamento non ha disciplinato il rito del silenzio alla stregua di un meccanismo di chiusura del sistema, che permetta al cittadino di superare qualsiasi inerzia delle pubbliche amministrazioni, bensì quale strumento di impulso per sollecitare l'adozione di provvedimenti amministrativi a fronte dei quali l'istante azioni posizioni di mero interesse legittimo"*. Si veda per tutte, Cons. Stato, sez. IV, sent. 2 novembre 2004 n. 7088. Ne consegue, pertanto, che, allorquando il privato eserciti diritti di credito dal contenuto patrimoniale, il titolare della pretesa può agire direttamente, nel termine di prescrizione, davanti al giudice munito di giurisdizione per l'accertamento del diritto e l'eventuale condanna del debitore.

¹⁴ Si veda, sul punto, Tar Lazio-Roma, sez. I, sent. 1 settembre 2005 n. 6524, la quale afferma che *"il rimedio introdotto dall'art. 2 della l. 205/2000 contro il silenzio serbato dalla p.a. sull'istanza di un privato non è esperibile qualora il g.a. sia privo di giurisdizione in ordine al rapporto cui inerisce la richiesta rimasta inevasa"*. Tale precedente si colloca, peraltro, nel solco di un orientamento consolidato del Consiglio di Stato, sancito, di recente, in due sentenze della sez. VI, rispettivamente, la n. 86 e la n. 6747 del 2005.

¹⁵ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, sent. 4 febbraio 2004 n. 360.

¹⁶ Oltre che dalla prevalente giurisprudenza, un tale assunto è ampiamente sostenuto anche in dottrina ed in particolare da Morbidelli, op. cit. sub nota 81, pp. 1146 e ss., nonché da Scoca, op. cit. sub nota 80, pp. 397 e ss.

¹⁷ Si allude alla recentissima sent. n. 1213/2005, pronunciata in data 22 marzo 2005, dal Tar Veneto, II sezione.

in ogni caso l'obbligo di conclusione del procedimento¹⁸”, ha concluso affermando che “la nomina del commissario ad acta non produce in capo agli organi dell'amministrazione la perdita della legittimazione ad adottare l'atto il cui compimento è stato affidato al commissario”¹⁹.

5. IL RACCORDO TRA LA DISCIPLINA SOSTANZIALE E QUELLA PROCESSUALE DEL SILENZIO INADEMPIMENTO; OGGETTO E NATURA GIURIDICA DEL RICORSO AVVERSO IL SILENZIO DELLA P.A.

Al termine di questa panoramica sull'istituto del silenzio rifiuto, come novellato dalla legge n. 15/2005, sono opportune alcune brevi notazioni per sottolineare la profonda coerenza dell'impianto dell'art. 4**bis** rispetto alla disciplina processuale in materia di silenzio inadempimento delineata dall'art. 21**bis** legge Tar come modificato dalla l. 205/2000.

Infatti, l'obiettivo di rendere più agevole la formazione del silenzio inadempimento, evitando la dilatazione dei tempi procedurali determinata dalla diffida, si rivela perfettamente in linea con l'art 21**bis** della legge 1034 del 1971, il quale, come ha stabilito l'Ad. Plen n.1 del 2002, disegna un rito accelerato “*caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità [...] con il chiaro intento di indurre l'amministrazione ad esprimersi sollecitamente sull'istanza del privato*”²⁰. Difatti, la funzione di impulso nei confronti dell'ente, propria della diffida, si è rivelata nel tempo pressoché inesistente, inducendo altresì una dilatazione dei tempi procedurali ridondante ad ingiusto *vulnus* dell'interesse pubblico a che l'amministrazione concludesse con sollecitudine la procedura adottando la decisione finale. Pertanto, la riforma della disciplina sostanziale del silenzio inadempimento si salda perfettamente con quella processuale, completando nella maniera più opportuna il mosaico della tutela del cittadino nei confronti dell'inerzia amministrativa, al fine di renderla il più possibile rapida ed effettiva²¹.

Infine, giova rilevare come la legge in questione, prevedendo un termine annuale per il ricorso avverso l'inerzia amministrativa, abbia definitivamente risolto la questione relativa alla natura non impugnatoria del giudizio sul silenzio, con la conseguente impossibilità di ritenere applicabile al ricorso *ex art. 21bis* legge Tar il termine decadenziale di 60 giorni previsto in via generale dalla legge 1034/1971 per i giudizi di tipo impugnatorio.

Orbene, come ha sancito la prefata Ad. Plen. del 2002, il giudice amministrativo ha solo il potere di accertare l'inadempimento dell'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione, rimettendo a quest'ultima ogni determinazione sul contenuto del provvedimento da adottare. Ciò permette di arguire la natura non provvedimentale del silenzio e di conseguenza la natura non impugnatoria del giudizio avverso lo stesso, dal momento che, stando all'Adunanza Plenaria, la pronuncia giurisprudenziale in materia di silenzio, non ha natura caducatoria, bensì declaratoria dell'obbligo di provvedere dell'amministrazione.

Quanto premesso risulta ancora più evidente laddove si rilevi che l'abolizione della diffida come passaggio endoprocedimentale necessario preclude la possibilità di attribuire valore provvedimentale al silenzio costruito attraverso tale meccanismo, non potendo più la messa in mora dell'ente svolgere, in base ad una sorta di *fictio iuris*, la funzione di far acquisire al contegno

¹⁸ In questo stesso senso si era espresso il Tar Lazio, sez. II, sent. 26 giugno 2002, n. 5887.

¹⁹ Di diverso avviso una più recente pronuncia della sez. II del Tar Veneto, la n. 3847 del 4 novembre 2005, la quale abbandona la tesi della concorrenza dei poteri fra amministrazione surrogata e commissario *ad acta*, per aderire, invece, alla tesi dell'esclusività del potere, in virtù della quale, una volta che sia stato nominato il commissario *ad acta*, la p.a. non può più esercitare il potere che costituisce oggetto dell'intervento sostitutivo del commissario.

²⁰ Il corsivo è tratto da Cons. di Stato, Ad. Plen. n. 1 del 9 gennaio 2002.

²¹ In questo senso M. Occhiena, *op. cit.*, p. 8 e ss.

dell'amministrazione il valore di manifestazione di volontà negativa. In altre parole, il contegno omissivo dell'amministrazione è un mero fatto, consistente nell'inadempimento di un obbligo giuridico di provvedere, ma non può in alcun modo considerarsi significativo di una volontà espressasi nel senso di un diniego rispetto all'istanza del privato, per cui è più corretto parlare di silenzio inadempimento piuttosto che di silenzio-rifiuto. Tale locuzione, infatti, sottintenderebbe una fattispecie provvedimentale illegittimamente formatasi a seguito dell'inerzia dell'amministrazione.

A riprova di quanto premesso è opportuno fare riferimento ad una significativa pronuncia successiva all'entrata in vigore della nuova normativa in materia di silenzio, la sentenza n. 512/2005 del Tar Emilia Romagna, sez. Parma, la quale puntualizza l'ambito oggettivo di operatività del ricorso avverso il silenzio *ex art. 21bis* legge Tar. Secondo i giudici emiliani, infatti, non ogni mero comportamento omissivo della p.a. può darvi luogo, ma solo quello qualificabile come silenzio inadempimento, figura giuridica, questa, riscontrabile in tutte le ipotesi in cui sussista un obbligo della p.a. di concludere un procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Pertanto, il comportamento della p.a. che si qualifichi non già come silenzio inadempimento, ovvero come inerzia ad adottare un provvedimento su istanza del privato, bensì quale mero comportamento omissivo dell'amministrazione, in quanto tale, non è sindacabile dinanzi al giudice amministrativo mediante proposizione del ricorso *ex art. 21bis* della legge 1034/1971²². Ebbene, non potendosi attribuire al contegno omissivo dell'amministrazione il valore di un comportamento attuo, ne deriva che il *petitum* dell'azione avverso lo stesso, non può che essere quello di ottenere una pronuncia che accerti l'esistenza e la violazione dell'obbligo di provvedere, con conseguente ordine di agire nei confronti dell'amministrazione inadempiente.

In quest'ottica la cognizione del giudice non verte sugli effetti di un provvedimento già adottato e quindi suscettibile di caducazione, bensì, "*deve regolare [...] l'esercizio della futura azione da parte dell'amministrazione*"²³. Nel caso in cui, poi, si tratti di attività amministrativa vincolata, Tanto premesso, vengono meno i presupposti che giustificerebbero l'applicazione del termine decadenziale di 60 giorni, per cui risulta ragionevolmente fondata la scelta del legislatore di sottoporre l'azione avverso il silenzio inadempimento al termine annuale di cui all'art. 2 comma 4 *bis* l. 241/90, a proposito del quale, conformemente a quanto osservato da acuta dottrina, non è quindi peregrino usare la definizione di *praescriptio brevis*²⁴.

6. LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE 80/2005 E LE INCERTEZZE DELLA GIURISPRUDENZA SUL POTERE DEL G.A. DI CONOSCERE DELLA FONDATEZZA DELLA PRETESA.

Giova, infine, segnalare come la normativa in materia di silenzio inadempimento della p.a. abbia subito un ulteriore intervento di modifica a distanza di poco più di due mesi dall'entrata in vigore della legge 15/2005. Difatti, legge 80/2005 che ha convertito il decreto contenente misure in materia di competitività ha nuovamente messo mano all'art. 2 nella parte in cui si occupa del silenzio inadempimento dando vita ad un comma, il 5°, che sostituisce *tout court* il comma 4*bis* della legge 241, distinguendosi da quest'ultimo per due aspetti: in primo luogo viene chiarito,

²² Così, Tar Emilia Romagna, Sezione di Parma, sentenza 10 novembre 2005, n. 512, su www.giustamm.it.

²³ Così, G. Abbamonte, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in AA. VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, p. 162*

²⁴ Vedasi in proposito F. Merusi, G. Sanviti, *L'ingiustizia amministrativa in Italia, Bologna, 1986, p. 24*.

asseverando l'impostazione sostenuta in questa sede, che la diffida, pur non essendo più obbligatoria è comunque rimessa alla discrezionalità dell'interessato. In secondo luogo, invece, attraverso lo scarno inciso "*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*" viene precisato che l'oggetto del giudizio sul silenzio inadempimento non è limitato alla sola verifica dell'inadempimento da parte della p.a. dell'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, ma può estendersi anche alla verifica della fondatezza della pretesa sostanziale avanzata dal privato istante.

Tale soluzione normativa, la quale si pone in controtendenza rispetto all'orientamento propugnato dal Consiglio di Stato nell'Ad. Plen. n. 1/2002, non brilla per la sua accuratezza e precisione, in quanto non precisa se il giudice possa sempre conoscere della fondatezza dell'istanza, ovvero soltanto in caso di attività amministrativa vincolata o comunque caratterizzata da basso tasso di discrezionalità. Sarebbe stata auspicabile una maggiore chiarezza da parte del legislatore, a maggior ragione ove si consideri che con la norma in questione viene capovolto un precedente giurisprudenziale così autorevolmente sostenuto. Ecco, quindi, un'ipotesi nella quale il rimedio si rivela sicuramente peggiore del male che intende curare.

Infatti, la novità in commento, ben lungi dal portare l'auspicata chiarezza su una tematica particolarmente delicata nonché caratterizzata da un orientamento giurisprudenziale ormai cristallizzatosi nel senso dell'impossibilità per il g.a. di andare al di là dell'accertamento dell'inosservanza da parte della p.a. di un obbligo giuridico di provvedere, pone ulteriori interrogativi circa i poteri che il giudice può esercitare nel conoscere della fondatezza dell'istanza inevasa. A riprova di ciò, è possibile fare riferimento al conflitto giurisprudenziale sorto dopo l'entrata in vigore della l. 80/2005.

Secondo un primo orientamento, paradigmaticamente esemplificato da una pronuncia del Tar Veneto²⁵, le novità legislative in commento, in quanto volte a rendere eccezionale l'ipotesi di inerzia dell'amministrazione, giustificano l'intromissione del giudice anche in ambiti di discrezionalità, non limitando la l. 80/2005 alle sole ipotesi di atti vincolati la possibilità di un sindacato giurisdizionale sulla fondatezza dell'istanza.

Nell'ambito del medesimo orientamento, poi, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia²⁶, ritiene che, il giudizio sul silenzio della p.a., come da ultimo modificato con la l. 80/2005, ancorché definito come rito camerale, in realtà risponde ai requisiti di un processo a cognizione piena, ed il giudice amministrativo può "*conoscere della fondatezza dell'istanza*". Tale espressione non può essere interpretata se non come attribuzione al giudice di provvedere sull'oggetto del giudizio, che non può essere ridotto al silenzio, ma comprende anche la fondatezza della domanda. Si tratta, quindi, secondo il C.G.A. di una giurisdizione di merito.

I giudici siciliani, quindi, si spingono oltre, ritenendo che la modifica legislativa in parola abbia una portata tale da far transitare il giudizio disciplinato dall'art. 21*bis* legge Tar dall'alveo della giurisdizione di legittimità dell'operato della p.a., a quello della giurisdizione sul merito della controversia, con tutto ciò che ne consegue in punto di poteri dell'organo giudicante e valenza della sua decisione.

Un orientamento più prudente circa la portata innovativa della legge 80/2005 rispetto al tessuto normativo previgente ritiene, invece, che il g.a. anche dopo le innovazioni in questione non può accertare la fondatezza sostanziale delle pretese azionate qualora queste dipendano dall'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione²⁷.

In dissenso ancora più palese rispetto all'impostazione precedentemente evocata, due pronunce di sezioni diverse del Tar Campania. La prima ritiene che, dopo la modifica della disciplina in

²⁵ Cfr. Tar Veneto, sez. III, sent. 19 dicembre 2005 n. 4304, su www.giustamm.it.

²⁶ Si veda CGA Regione Sicilia, sezione giurisdizionale, decisione 4 novembre 2005 n. 726, su www.giustamm.it.

²⁷ Così Tar Sicilia-Palermo, sez. II, sent. 7 febbraio 2006 n. 332, su www.giustamm.it.

materia di silenzio inadempimento, il giudice adito ha sì la possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza vantata dall'interessato, ma solo ove venga in rilievo un'attività vincolata da parte dell'amministrazione. Secondo i giudici napoletani, infatti, nel caso di attività discrezionale, attribuire siffatto potere al g.a. equivarrebbe alla surrettizia introduzione di una vera e propria giurisdizione di merito, nella quale la condanna all'adempimento presupporrebbe una valutazione giudiziale sostitutiva della scelta discrezionale dell'amministrazione, che, nel nostro ordinamento resta limitata ai soli casi previsti espressamente dalla legge²⁸. La seconda pronuncia, conforme alla prima, ridimensiona il potere attribuito al giudice di valutare la fondatezza dell'istanza inevasa dalla p.a., precisando come esso rappresenti una facoltà e non certo un obbligo e sia comunque precluso qualora, come nel caso di specie, il provvedimento debba seguire ad un'istruttoria complessa e sia palesemente condizionato da scelte discrezionali dell'amministrazione²⁹.

È evidente come il conflitto giurisprudenziale appena evidenziato si palesi di difficile soluzione, data l'assoluta dicotomia tra le posizioni richiamate, è pertanto auspicabile, ancora una volta, un intervento chiarificatore da parte dei giudici di Palazzo Spada, i quali, magari in Adunanza Plenaria, recidano il nodo gordiano sorto a causa della svista di un legislatore poco avveduto, che, nel mettere ulteriormente mano alla disciplina del silenzio inadempimento, ha trascurato di distinguere le differenti implicazioni proprie dell'attività amministrativa discrezionale rispetto a quella vincolata.

In attesa di ciò, è bene svolgere alcune brevi riflessioni a sostegno dell'orientamento più restrittivo, che, a giudizio di chi scrive, deve essere preferito per diverse ragioni.

In primo luogo si rivela insuperabile l'obiezione mossa all'orientamento sostenuto dal CGA della Regione Sicilia con riferimento alla previsione dell'art. 27 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato. Tale disposizione, come è noto, subordina la giurisdizione di merito del g.a. al rispetto del principio di legalità, per cui non si vede come una disposizione come quella in commento possa derogare a tale principio. Pertanto, già di primo acchito, risulta insostenibile la posizione dei giudici siciliani, risolvendosi infatti in una inammissibile *interpretatio abrogans* dei principi generali che regolano la giurisdizione del g.a.

Ma vi è di più. Sempre sul piano dei principi generali che regolano la materia amministrativa, si rileva che, ove all'organo giudicante sul silenzio della p.a. fosse consentito di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza inevasa anche in relazione ad attività amministrativa discrezionale, verrebbero compromessi il principio di separazione dei poteri ed il suo necessario corollario rappresentato dall'attribuzione in via esclusiva alla p.a. del potere di provvedere alla cura concreta dell'interesse pubblico mediante la ponderazione tra l'interesse pubblico primario ed altri interessi eventualmente antagonisti. Infatti, se nel caso di attività amministrativa vincolata, *nulla quaestio*, poiché, una volta acclarati i presupposti di legge, il contenuto del provvedimento non può che essere quello prefigurato dal legislatore, nel caso invece di attività amministrativa discrezionale, data la possibilità di più soluzioni ugualmente rispettose dell'interesse pubblico primario, è ben possibile che il g.a., pronunciandosi sulla fondatezza della pretesa, esprima valutazioni differenti da quelle svolte dalla p.a., con conseguente violazione dei principi sopra enunciati.

Pertanto, solo ove il giudizio sulla fondatezza della pretesa rappresenti una sorta di pronuncia "*a rime obbligate*"³⁰, analogamente a quanto avviene in materia di sentenze additive "*di prestazione*"³¹ della Corte Costituzionale, non si pone alcun problema di rispetto dei principi che

²⁸ In questo senso si veda Tar Campania-Napoli, sez. VI, sent. 17 marzo 2006 n. 3099, su www.giustamm.it.

²⁹ Cfr. Tar Campania-Napoli, sez. II, sent. 9 gennaio 2006 n. 112, su www.giustamm.it.

³⁰ La fortunata formula "*sentenze a rime obbligate*" è di V. Crisafulli, in *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pag. 402 ss.

³¹ Per una disamina delle sentenze costituzionali di tipo additivo si veda, *ex plurimis*, A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, pag. 201 ss.

regolano la separazione fra amministrazione e giurisdizione. In tal caso, infatti, il contenuto del provvedimento da adottare, in considerazione del carattere vincolato dell'attività amministrativa, è logicamente e giuridicamente necessitato, in quanto implicito nel contesto stesso del rapporto amministrativo in questione. In caso diverso, invece, il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza della pretesa rappresenta un'indebita ingerenza in un campo riservato alla valutazione dell'amministratore pubblico.

Ed ancora, su un piano più specifico, inerente la compatibilità tra la disciplina sostanziale in materia di silenzio inadempimento e quella processuale, rimasta immutata dopo l'introduzione dell'art. 21*bis* nel corpo della l. n. 1034/1971, a cura della l. n. 205/2000, si rileva come in virtù di detta disposizione all'esito del giudizio sul silenzio, il g.a. possa soltanto ordinare all'amministrazione di provvedere senza però sostituirsi alla stessa nell'emanazione del provvedimento, emettendo sentenza costitutiva. Difatti, ove la novella venisse interpretata come introduttiva di una nuova ipotesi di giurisdizione di merito si produrrebbe l'inaccettabile effetto di sancire, in assenza dei necessari aggiustamenti sul piano processuale, l'abrogazione tacita dell'intero 2° comma dell'art. 21*bis*.

Alla luce delle superiori considerazioni, è più corretto ritenere che il potere di cognizione circa la fondatezza dell'istanza riconosciuto al g.a., ben lungi dal considerarsi come sinonimo del potere di provvedere in luogo della p.a., debba invece riconoscersi come un potere secondario ed accessorio rispetto a quello di pronunciarsi sul ricorso avverso il silenzio amministrativo, dichiarando l'illegittimità o meno dello stesso, in piena aderenza con le esigenze di economia processuale poste a base della riforma del processo amministrativo, poiché la determinazione del contenuto del provvedimento è, in caso di attività vincolata, una ovvia e necessaria conseguenza dell'accoglimento del ricorso. In questo caso, infatti, non muta la natura giuridica della sentenza poiché, anche quando riconosce la fondatezza dell'istanza, il giudice si limita ad ordinare alla p.a. di provvedere indicando anche il contenuto del provvedimento, che non potrebbe, data la natura dell'attività, essere diverso.

Ove invece si tratti di attività discrezionale il giudice dovrà limitarsi a giudicare sulla legittimità dell'inerzia amministrativa, ordinando eventualmente alla p.a. di provvedere, ma lasciando quest'ultima libera di esprimere le proprie determinazioni circa il contenuto del provvedimento da adottare, ben potendo queste ultime essere diverse rispetto a quelle svolte dal giudice.

Siffatta ricostruzione, infine, si rivela maggiormente aderente alle finalità acceleratorie proprie del rito sul silenzio, caratterizzato dalla brevità dei termini processuali, dalla succinta motivazione della sentenza e dalla ristrettezza dell'attività istruttoria, peraltro eventuale.

In altre parole, viene confermato l'orientamento già prevalente in dottrina e in giurisprudenza prima dell'innovazione legislativa, in base al quale il g.a. non può conoscere della fondatezza dell'istanza ove il provvedimento debba seguire ad un'istruttoria particolarmente complessa trattandosi di una questione non prontamente risolvibile³².

Filippo Lacava

Consigliere di prefettura

³² Si veda in proposito la già citata Tar Campania-Napoli, sez. II, sent. 9 gennaio 2006 n. 112.

Dottorando di ricerca in diritto pubblico Luiss Guido Carli