

CAPITOLO 1

LA CERTEZZA DEL TEMPO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il tempo amministrativo è un bene della vita. – 2. L'obbligo di provvedere e le sue eccezioni. – 3. La violazione dell'obbligo di provvedere non consuma il potere amministrativo. – 3.1. Casi eccezionali di termini perentori. – 3.2. Tesi dottrinale minoritaria che afferma il carattere perentorio del termine relativo all'esercizio sfavorevole del potere. – 4. Indennizzo e potere sostitutivo nelle recenti riforme amministrative. – 4.1. Questioni problematiche in materia di tutela indennitaria. – 4.2. Il potere sostitutivo: inquadramento giuridico e coordinate operative. – 5. Il silenzio rifiuto (o inadempimento): profili sostanziali e snodi processuali. – 5.1. La formazione automatica del silenzio: la diffida non è più necessaria. – 5.2. Decorrenza del termine per il ricorso. – 5.3. La spinosa questione dei controinteressati. – 5.4. L'oggetto del sindacato giurisdizionale. – 5.5. Ricorso contro il silenzio-rifiuto e riparto di giurisdizione. – 5.6. Diniego espresso sopravvenuto nel corso del giudizio contro il silenzio-rifiuto: la soluzione accolta dal Codice del processo amministrativo.

1. Il tempo amministrativo è un bene della vita

Si è osservato nel capitolo 2, par. 6, del primo tomo di quest'opera che **un elemento di oscurità della tradizionale azione amministrativa era l'assenza di certezze temporali**. In assenza di norme vincolanti, era infatti acquisizione pacifica quella secondo cui l'amministrazione assommava ai privilegi dell'unilateralità, dell'imperatività e della segretezza, anche quello della mancanza di vincoli temporali. Il potere amministrativo era perenne, esercitabile sempre e per sempre. Il concetto di tardività era negato in senso assoluto, mancando un parametro temporale rispetto al quale predicare una violazione sanzionabile con la decadenza, la consumazione del potere o, comunque, la soggiacenza a rimedi volti a costringere l'amministrazione a porre fine all'inerzia e, comunque, a risarcire i danni.

Questa sacca di autoritarità e di autoreferenzialità del potere è venuta meno, prima per effetto di una lettura costituzionalmente orientata delle regole dell'azione amministrativa, quindi in virtù del **precetto generale posto dall'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241**, modificato, da ul-

timo, dalla Legge Madia n. 124/2015 e interessato dai decreti di attuazione intervenuti nel corso del 2016 e all'inizio del 2017¹.

L'art. 2 sancisce, infatti, il fondamentale principio di certezza del tempo amministrativo.

Da un lato, esso stabilisce, in omaggio al **valore comunitario di *securité juridique* il principio di doverosità dell'azione amministrativa**, imponendo alla p.a. di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato (art. 3). Dall'altro lato, prescrive alla stessa amministrazione di **fissare il termine entro cui il procedimento si deve concludere**, stabilendo, a tal fine, il termine legale suppletivo di 30 giorni, decorrente dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se trattasi di procedimento ad istanza di parte².

¹ In particolare, la Legge Madia, reca, per quel che rileva in questa sede, una serie di innovazioni di rilievo in materia di tempo amministrativo e di semplificazione procedimentale. La citata legge delega, all'art. 4, ha delegato il Governo all'adozione di norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi, che hanno trovato attuazione con l'emanazione di un D.P.R. attuativo, con l'obiettivo di semplificare e accelerare la realizzazione di interventi rilevanti, secondo un **meccanismo (di c.d. *fast track procedure*) teso a valorizzare l'importanza del "fattore-tempo"**, soprattutto per gli interventi più rilevanti del sistema Paese, del quale vengono sottolineati gli stessi fondamenti ordinamentali. A tal fine, le norme dettate dal regolamento attuativo dell'art. 4 cit. prevedono l'individuazione, con cadenza annuale, dei procedimenti amministrativi per i quali vi sia l'interesse pubblico ad una accelerazione dell'*iter* procedimentale, la riduzione, ove occorra, dei termini fino alla metà, nonché l'eventuale ricorso a poteri di sostituzione delle amministrazioni inadempienti; si procede così al riordino dei procedimenti amministrativi, individuando i tipi di procedimento amministrativo relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali, e, in relazione a tali tipologie di procedimento, operando i singoli interventi volti ad ottenere effetti positivi sull'economia o sull'occupazione, con attribuzione di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri o a un suo delegato. Come anticipato, infine, è prevista la possibilità, per ciascun procedimento, di riduzione dei relativi termini, in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'art. 2, L. n. 241/1990, introducendo altresì, nei procedimenti in cui siano coinvolte amministrazioni di regioni ed enti locali, idonee forme di raccordo per la definizione dei poteri sostitutivi sopra indicati.

² Ai fini di contemperare l'esigenza di certezza e celerità dell'azione amministrativa con la complessità di taluni procedimenti, per ragioni connesse all'organizzazione amministrativa o per la particolare natura degli interessi pubblici tutelati, la norma, come modificata dalla Legge n. 69/2009, contempla termini ulteriori per la conclusione di tali procedimenti, prevedendo altresì che il termine per la conclusione del procedimento, sia suppletorio che determinato in via regolamentare, possa essere sospeso (nei termini e con le modalità previste dalla stessa norma) onde consentire alla P.A. procedente di acquisire informazioni o certificazioni non in suo possesso. Il comma 7 dispone, infatti, che *"fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso"*

Trova così attuazione l'articolo **41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza)**, a mente del quale il cittadino gode di un **diritto alla “buona amministrazione”**, ossia del diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate, oltre che in modo imparziale ed equo, anche entro un **termine ragionevole**.

La certezza del tempo è, ormai, un valore ordinamentale fondamentale (Ad. Gen. Cons. Stato, parere n. 141/1991), quale componente determinante dei rapporti privati, in quanto la lunghezza o l'incertezza dei tempi amministrativi può costituire un costo (il cd. **rischio amministrativo**), idoneo a disincentivare la libera iniziativa privata ex art. 41 Cost.³.

La disciplina dei termini fissata dalla legge 241 è generale e completa: generale, perché essa si applica là dove mancano leggi speciali che fissino termini puntuali; completa, perché l'applicazione della medesima vale direttamente o indirettamente per tutte le fattispecie di procedimenti.

Il fondamento della doverosità dell'azione amministrativa è da ricercare, oltre che nei **principi costituzionali di efficienza e buon andamento ex art. 97 Cost**, nel **principio di legalità che governa l'esercizio dell'azione medesima**, inteso non più come “limite negativo all'esercizio del potere, ma come affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare il potere e riesercitarlo in un tempo utile o, meglio, ragionevole”⁴.

L'assunto risulta ancor più valido se trguardato secondo quella concezione per cui il cittadino, al cospetto dell'Amministrazione, non è più un suddito che vede nella legalità l'unico limite all'esercizio del potere (inteso come argine della legge contro il suo abuso o il suo arbitrario esercizio), ma è invece soggetto partecipante della funzione pubblica che si esercita attraverso il potere amministrativo (vedi tomo 1, cap. 2). “Nella relazione di interessi” tra soggetti privati e pubblica amministrazione ci deve essere un “obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento”⁵.

In quanto tale, **il termine è indisponibile** e non può pertanto costituire il risultato di una procedura negoziata con i terzi, dovendo invece essere fissato uni-

dell'Amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre Pubbliche Amministrazioni”.

³ Sul tema deve essere richiamata la recente sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, secondo cui “*il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, 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*”.

⁴ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

⁵ O. Ranalletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *I Principi di Diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

lateralmente dalla p.a., tenendo conto degli obiettivi di economicità, efficacia, efficienza dell'azione amministrativa indicati dall'art. 1 della legge n. 241/90.

In definitiva, la certezza del tempo dell'azione amministrativa è **principio inderogabile di ordine pubblico**.

L'esigenza di certezza dei tempi dell'azione amministrativa assume sempre più, alla luce di tutte le considerazioni svolte, un ruolo centrale che si sostanzia nella considerazione del **“fattore tempo” come bene della vita** (vedi par. 2).

Allo stesso fine risponde il nuovo art. 2-*bis*, introdotto *ex novo* dalla legge di riforma, il quale, partendo dalla qualificazione del tempo come bene autonomo e dalla conseguente risarcibilità anche del **danno da ritardo puro** (sganciato, cioè, dalla fondatezza della pretesa fatta valere con l'istanza introduttiva), prevede, sul piano della coercibilità giuridica dell'obbligo di provvedere, una particolare forma di **“danno da ritardo”**, ponendo a carico della p.a. l'obbligo di risarcire il danno ingiusto causato dall'inosservanza, dolosa o colposa, del termine procedimentale⁶. L'articolo 133, comma 1, lettera a, n. 1 del codice del processo, fissa, in materia, una giurisdizione esclusiva del G.A.⁷.

La giurisprudenza s'è preoccupata di chiarire che il danno da violazione dei termini, ove sussistente e provato, va risarcito indipendentemente dalla dimostrazione della spettanza del bene della vita, ossia dalla fondatezza della pretesa posta a fondamento dell'istanza non tempestivamente evasa. Il che vale a dire che, diversamente da quanto ritenuto in passato, **il tempo procedimentale non è solo strumentale al soddisfacimento di altro bene della vita, ma è un bene della vita in sé**. È anzi un bene fondamentale, se non l'unico, nei rapporti economici come nelle vite dei singoli uomini. Il diritto al tempo è con tutta probabilità un vero diritto soggettivo, vista la natura esclusiva della giurisdizione del G.A.

Va poi sottolineato che i principi fissati dall'art. 2 in ordine alla tempistica costituiscono, altresì, **parametri vincolanti per le legislazioni regionali** nelle materie di competenza, ai sensi dell'art. 29, commi 2-*bis* ss., della L. 241/1990, introdotti dalla L. 69/2009.

Un'assoluta novità è, infine, costituita dal comma 9 dell'art. 2, il qua-

⁶ Sicchè, ha chiarito C.G.A., 10 settembre 2018, n. 490, per la risarcibilità del danno da ritardo, è necessario e sufficiente *“oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza è imputabile a dolo o colpa dell'amministrazione medesima, che il danno è conseguenza diretta del ritardo”*, richiedendosi al contempo, sulla scorta di pacifica giurisprudenza formatasi sul punto, *“anche una valutazione sulla spettanza del bene della vita all'interessato, ossia che il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse pretensivo, non sia avulso da una valutazione positiva sul titolo del privato al rilascio del provvedimento (Cons. St. sez. IV, n. 4580/2016)”*.

⁷ Per un caso di danno da ritardo nell'assunzione dei vincitori di concorso vedi Tar Lazio, Sez. III *ter*, 12 aprile 2016, n. 4329, che si è pronunciata per l'infondatezza.

le, onde incentivare il rispetto dei termini di conclusione del procedimento, prevede espressamente che la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce “...**elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente...**”⁸.

La Legge Madia n. 124 del 2015 è nuovamente intervenuta sulla Legge n. 241 del 1990 e, per ciò che interessa in questa sede, in materia di semplificazione, oltre allo specifico Regolamento in esame, ha introdotto rilevanti novità: in via diretta, introducendo, nel corpo della stessa L. n. 241, il nuovo art. 17–*bis* in materia di silenzio-assenso tra Pubbliche amministrazioni e tra Amministrazioni pubbliche e gestori di pubblici servizi, e, con i decreti attuativi 30 giugno 2016, n. 126 e 30 giugno 2016, n. 127, dettando nuove norme in materia di segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A), ai sensi dell’art. 5 della Legge delega Madia (v. cap. 1), e riscrivendo la disciplina della conferenza di servizi (art. 2, L. n. 124/2015: v. cap. 2).

L’art. 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in piena armonia con il trend normativo sopra brevemente richiamato, ha delegato il Governo ad adottare norme di semplificazione e accelerazione con particolare riferimento a talune tipologie di procedimenti amministrativi, quali quelli involgenti gli insediamenti produttivi, le opere di interesse generale e l’avvio di attività imprenditoriali⁹.

⁸ Il testo previgente disponeva soltanto che “*la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*”.

⁹ Art. 4, L. n. 124/2015, “Norme per la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti amministrativi”: «*1. Con regolamento da emanare, ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono dettate norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi, sulla base delle seguenti norme generali regolatrici della materia: a) individuazione dei tipi di procedimento amministrativo, relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all’avvio di attività imprenditoriali, ai quali possono essere applicate le misure di cui alle lettere c) e seguenti; b) individuazione in concreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nell’ambito dei tipi di procedimento indicati alla lettera a), dei singoli interventi con positivi effetti sull’economia o sull’occupazione per i quali adottare le misure di cui alle lettere c) e seguenti; c) previsione, per ciascun procedimento, dei relativi termini, ridotti in misura non superiore al 50 per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell’articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni; d) per i procedimenti di cui alla lettera b), attribuzione, previa delibera del Consiglio dei ministri, di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri o a un suo delegato; e) previsione, per i procedimenti in cui siano coinvolte amministrazioni delle regioni e degli enti locali, di idonee forme di raccordo per la definizione dei poteri sostitutivi di cui alla lettera d); f)*

Si tratta, a tutta evidenza, di materie particolarmente rilevanti per l'economia o per l'occupazione nazionale, nell'ambito delle quali lo snellimento di procedimenti e regole dell'*agere publicum* è destinato a produrre effetti positivi sulla crescita del Paese.

La delega recata dall'art. 4 della citata Legge *Madia* è stata esercitata con il già richiamato D.P.R. 12 settembre 2016, n. 194 "Regolamento recante norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi", adottato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della L. 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa intervenuta in sede di Conferenza unificata di cui all'arti. 8 del D.Lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

Tanto rilevato, è opportuno mettere in rilievo che il D.P.R. in oggetto persegue l'obiettivo di semplificare e accelerare le procedure per la realizzazione di interventi rilevanti per il "sistema Paese", secondo un meccanismo teso a valorizzare l'importanza del "fattore-tempo" (c.d. *fast track procedure*), del quale vengono sottolineati i fondamenti ordinamentali¹⁰. Come ha rilevato il Consiglio di Stato, tale "fattore-tempo" assume un ruolo centrale nel diritto amministrativo moderno e si connette a principi fondamentali di rango sia costituzionale¹¹, che sovranazionale, come, in particolare, quello di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che riconosce al cittadino il diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dalla P.A., oltre che con imparzialità ed equità, anche "entro un termine ragionevole". Ancora, il tempo assume il rango di "valore ordinamentale fondamentale"¹² quale componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata *ex art. 41 Cost.*¹³.

definizione dei criteri di individuazione di personale in servizio presso le amministrazioni pubbliche, in possesso di specifiche competenze tecniche e amministrative, di cui possono avvalersi i titolari dei poteri sostitutivi di cui alla lettera d) senza riconoscimento di trattamenti retributivi ulteriori rispetto a quelli in godimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929.

¹¹ Quali l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione *ex art. 97 Cost.*, che vanno declinati "in concreto" con una efficace scadenza temporale.

¹² In tal senso, v. il parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 141 del 1991.

¹³ Tali coordinate costituzionali e sovranazionali, peraltro, sono alla base anche di altri recenti interventi del Legislatore. Si pensi, ad esempio, al *novum* del 2009 in tema di silenzio amministrativo, in cui il "fattore-tempo" rileva come (nuova) principale chiave di lettura dei procedimenti amministrativi. Invero, l'art. 7, L. n. 69/2009, oltre a ridefinire i termini per provvedere, riscrivendo per l'effetto l'art. 2 L. 241, introduce previsioni contro i ritardi e le inefficienze dei procedimenti amministrativi, quali il riconoscimento esplicito della ri-

Uno dei principali obiettivi perseguiti dal D.P.R. n. 194/2016 è, quindi, quello della **riduzione dei termini di conclusione dei procedimenti** individuati dall'art. 1.

In particolare, l'art. 3 del Regolamento attribuisce il potere di riduzione dei termini in questione al Presidente del Consiglio dei Ministri, che vi provvede con decreto, secondo le modalità e con il procedimento descritto al paragrafo precedente.

Al fine di evitare che l'esercizio di potere tracimi in mero arbitrio, e sfugga a qualsiasi tipo di vaglio di ragionevolezza, la norma in esame si preoccupa di contenere la facoltà di riduzione dei termini di conclusione del procedimento in argini temporali ben precisi, all'uopo stabilendo che la riduzione non può essere maggiore del cinquanta per cento del termine originariamente previsto dalla legge. Si precisa, in ogni caso, che la riduzione dei tempi deve essere effettuata tenendo conto della sostenibilità dei tempi dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici, nonché della complessità del procedimento. La norma, inoltre, si preoccupa di dettare anche un regime intertemporale nelle ipotesi in cui al momento dell'esercizio del potere di riduzione taluni procedimenti siano già pendenti. In tal caso, il D.P.R. n. 194/2016 prevede la soggezione anche di tali procedimenti ai nuovi termini ridotti, a tal fine disponendo che, ove il termine sia già parzialmente decorso, la riduzione opera con riferimento al periodo residuo.

La norma in commento, inoltre, chiarisce che la riduzione *de qua* si applica in riferimento ai singoli procedimenti, ovvero rispetto a tutti i procedimenti necessari per la realizzazione dell'intervento, anche successivi all'eventuale svolgimento della conferenza di servizi.

È evidente che la misura compulsoria prevista dall'art. 3 del D.P.R. n. 194/2016 è destinata a compendiare la disciplina recata dall'art. 2 L. 241/1990, a mente del quale, in applicazione del principio di certezza di conclusione del procedimento, il procedimento stesso deve essere concluso con un provvedimento espresso da adottare nel termine stabilito dall'Amministrazione o, in mancanza, nel termine di trenta giorni, decorrenti dall'avvio del procedimento, nei casi di procedimento di ufficio, o dal ricevimento della domanda del privato, se trattasi di procedimento ad istanza di parte. Ne con-

sarcibilità del cd. danno da ritardo *ex art. 2-bis*, L. n. 241/1990, nonché, di conseguenza, la responsabilità dirigenziale da ritardo, ai sensi del comma 9 dell'art. 2 cit.. Anche il Codice del Processo Amministrativo, varato con il D. Lgs. n. 104/2010, non ha mancato di apporre il suo intervento *in parte qua*, all'art. 30, comma 4 (che reca la disciplina dell'azione per il risarcimento del danno da ritardo, a compendio del testé citato art. 2-bis, L. 241) e all'art. 133, lett. a, n. 1 (che ha fissato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla predetta azione risarcitoria).

segue, quindi, che dal combinato disposto delle due disposizioni richiamate deriva un sistema disciplinatorio coerente. Se, da una parte, l'art. 2 L. n. 241/1990 risponde principalmente a un'esigenza di certezza del diritto e di affidamento del privato, il quale deve sapere entro quale arco temporale riceverà una risposta della P.A. ad una propria istanza, dall'altra parte, il sistema ideato in attuazione della Legge *Madia* ha una più spiccata vocazione acceleratoria, incidendo direttamente sui termini individuati dall'art. 2 L. 241, al fine di compulsare e consentire il celere avvio di attività potenzialmente atte a concorrere alla ripresa economica del Paese.

Si rinvia al capitolo 7 per l'esame delle novità introdotte dalla legge *Madia* ai fini dell'applicazione del principio di certezza del tempo amministrativo anche al potere di annullamento d'ufficio.

2. L'obbligo di provvedere e le sue eccezioni.

L'obbligo di provvedere ha quindi portata generale.

Esso sussiste ogniqualvolta **la legge espressamente riconosce al privato il potere di presentare un'istanza**, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata¹⁴.

Come la dottrina ha correttamente rilevato, «di fronte alle istanze dei privati vi è sempre un obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta dalle norme, se cioè è prevista dalla legge»¹⁵. Si deve, quindi, trattare di una **posizione qualificata che legittimi l'istanza**, in virtù delle norme che disciplinano il potere e il procedimento assegnando all'istante una situazione qualificata e differenziata.

Il **c. d. diritto di domanda** (e il correlato obbligo di provvedere in capo alla P.A.), pur non espressamente previsto dalla legge, può sussistere, dunque, in correlazione a una situazione di interesse legittimo pretensivo di cui il privato risulti titolare.

Anche in assenza di una esplicita previsione normativa, infatti, la giurisprudenza si è orientata a riconoscere l'esistenza di ulteriori ipotesi di un obbligo di provvedere, in ossequio al principio generale della doverosità.

¹⁴ F. Brignola, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 3; A. Cioffi, *Osservazioni sul dovere di provvedere e sul «silenzio» nell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Dir. proc. amm.*, 638 ss. A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, fasc. 2, 359, riconosce che «il primo contenuto della doverosità, l'obbligo di provvedere, l'obbligo di attivarsi rispetto a quello che *Ledda* chiamava il problema amministrativo, è fondato nella legge, nell'insieme delle leggi attributive del potere in capo ad uno o più soggetti per il perseguimento dei fini pubblici».

¹⁵ G. Morbidelli, *Il procedimento*, 1248.

sità dell'azione amministrativa¹⁶ e dei criteri di ragionevolezza e buona fede¹⁷.

Così la giurisprudenza ha reputato sussistente l'obbligo, anche in assenza di previsione legale, **quando la mancata emanazione si concretizzi in una violazione delle regole di fondo dell'attività amministrativa** (Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318), **ovvero quando esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un atto espresso in ossequio ai doveri di correttezza e di buona amministrazione (art. 97 Cost.)**, in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa a una legittima pronuncia (Tar Lazio, Sez., III *bis* 23 gennaio 2013, n. 788; Tar Lecce, Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 92, sull'istanza relativa all'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21 *bis* TU Espr).

Così, si è affermato che la P.A. è tenuta a provvedere non solo se l'istante chieda l'adozione di un provvedimento a sé favorevole, ma anche laddove sia titolare di una posizione di interesse differenziato che lo legittimi a invocare **l'adozione di atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi**, dai quali possa trarre indirettamente vantaggio (Tar Catania Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 322). Si deve trattare di ipotesi in cui la legge regolativa prende in considerazione l'interesse dell'istante o, comunque, le istanze siano presentate da soggetti che versano in posizioni qualificate e differenziate (si pensi al criterio della *vicinitas*, che legittima l'istante che possa subire un danno dall'attività o opera del terzo). Si esclude, invece, che sussista tale obbligo ove non vi siano tali presupposti e venga in rilievo un mero esposto-denuncia.

Dall'esame della giurisprudenza emerge, tuttavia, che l'obbligo di provvedere, pur sussistendo in astratto, può risultare mancante in concreto.

Ciò accade, ad esempio, secondo la prevalente elaborazione pretoria,

¹⁶ Si segnala T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 ottobre 2017, n. 10207, secondo la quale *“il privato che versi nella condizione che l'art. 42-bis TU Espr. intende sanare, la quale si sostanzia in una situazione di fatto contraria al diritto e non può protrarsi sine die nel tempo, può legittimamente domandare l'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante ovvero la restituzione del fondo con la sua riduzione allo status quo e all'uopo sollecitare l'Amministrazione affinché, tempestivamente adoperandosi, si pronunci sull'istanza avanzata”*. Nello specifico Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3305, individua in capo alla P.A. un obbligo a provvedere nella fattispecie di revoca dell'ordinanza per la rimozione dell'intervento lottizzatorio. Parimenti Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2126 giunge alle medesime conclusioni nei casi di istanza privata volta ad ottenere l'indennizzo *ex art. 42-bis*, D.P.R. 327/2001.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad Plen., 6 aprile 2017, n. 1; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 28 novembre 2016, n. 1819; Cons. Stato, Sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2688; Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182.

quando la domanda inoltrata dal privato sia manifestamente infondata o esorbitante dall'ambito delle pretese astrattamente riconducibili al rapporto amministrativo¹⁸.

Ne deriva che, in coerenza con le coordinate di un giudizio sul rapporto (vedi tomo I, cap. 1), il G.A., adito in sede di ricorso contro il silenzio (artt. 31 e 117 c.p.a.), non può esimersi dal valutare la sussistenza in capo al ricorrente di un interesse alla decisione, interesse mancante laddove, pur essendo il termine scaduto per provvedere, l'istanza risulti manifestamente infondata o inammissibile.

Su tale dibattito si inserisce ora il nuovo testo dell'art. 2, legge n. 241/1990 (come introdotto dalla legge n. 80/2005) che, consentendo espressamente al G.A. di valutare la fondatezza della pretesa, sconfessa la posizione fatta propria dalla plenaria, dando nuova linfa all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'obbligo di provvedere, pur previsto in astratto, può mancare in concreto a fronte di domande manifestamente infondate¹⁹, con conseguente inammissibilità del ricorso contro il silenzio-rifiuto eventualmente proposto.

Ancora, **si ritiene che l'obbligo di provvedere sia mancante in concreto quando l'istanza sia inaccoglibile per motivi pregiudiziali o formali**, quali, ad esempio, la carenza di legittimazione in chi abbia presentato l'istanza, ovvero l'incompetenza dell'organo adito, nonché l'insufficiente determinatezza dell'oggetto o la presenza di irregolarità formali.

Ulteriori eccezioni all'obbligo di provvedere sono state ravvisate con riferimento al caso di **istanza di riesame in autotutela di un precedente provvedimento autoritativo non tempestivamente impugnato**²⁰

¹⁸ Sul punto T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12 giugno 2018, n. 353, ha rammentato che *«Il ricorso avverso il silenzio, previsto dall'art. 117 c.p.a., è diretto ad accertare la violazione dell'obbligo dell'Amministrazione a provvedere su un'istanza del privato, volta a sollecitare l'esercizio di un pubblico potere, rispetto al quale l'Amministrazione sia rimasta inerte, configurandosi un silenzio inadempimento tutte le volte in cui l'Amministrazione contravvenga ad un preciso obbligo di provvedere, derivante da una norma di legge, di regolamento o di un atto amministrativo, ovvero dai principi informatori dell'azione amministrativa, quando in particolari fattispecie ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento. Scopo del ricorso è, invero, ottenere un provvedimento esplicito, che elimini lo stato di inerzia e assicuri al privato una decisione, che investa la fondatezza o meno della sua pretesa, non potendo a tal fine ritenersi soddisfatti atti endoprocedimentali meramente preparatori»*.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2001, n. 1354, in *Cons. St.*, 2001, I, 640: «La pubblica amministrazione non ha l'obbligo di provvedere su una domanda manifestamente infondata ed il ricorso giurisdizionale proposto a seguito del silenzio serbato dall'Amministrazione è inammissibile per difetto di interesse, in quanto il ricorrente non ha alcuna possibilità di conseguire un risultato utile dall'eventuale accoglimento del suo gravame».

²⁰ Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2018, n. 2999; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 10 maggio 2018, n. 1251.

(salvi i casi di: a) sopravvenienze che mutino le circostanze prese in considerazione; b) vincoli comunitari che obblighino almeno all'attivazione della procedura di autotutela; c) analoghi provvedimenti adottati nei confronti di soggetti versanti nelle medesime condizioni, che obblighino a una parificazione di trattamento per ragioni di eguaglianza e giustizia sostanziale) (Tar Toscana, Sez. I, 31 marzo 2017, n. 499)²¹; e, infine, quando **oggetto della richiesta sia l'estensione del giudicato formato in relazione ad altro ricorrente**²². (Tar Firenze, Sez. I, 4 aprile 2017, n. 518).

Per completezza occorre precisare che il presupposto sostanziale del silenzio rifiuto dell'obbligo di provvedere presuppone la **sopravvivenza dell'obbligo di agire in capo all'Amministrazione, a seguito della scadenza del termine procedimentale** e, quindi, viene meno nei casi di decadenza e consumazione di cui si è detto nel par. precedente²³.

²¹ Così da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2016, n. 2841 e Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 17 giugno 2016, n. 170.

²² T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 08 giugno 2011, n. 3006. Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3556, il comma 3 dell'art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, stabilisce che *“sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata, sicché da ciò discende che il silenzio serbato dall'Amministrazione comunale sull'istanza di accertamento della conformità urbanistica non ha valore di silenzio-inadempimento, ma di silenzio-rigetto, con la conseguenza che, all'atto della sua formazione per inutile decorso del relativo termine, non sussiste un obbligo di provvedere, dovendosi già ritenere costituito il provvedimento negativo tacito da impugnare”*. Con la sentenza n. 2175 del 27 aprile 2010, la III Sez. del T.A.R. Napoli ha individuato altre ipotesi di esclusione dell'obbligo di provvedere: a) richieste aventi il medesimo contenuto di altre precedenti, qualora sia già stata adottata una formale risoluzione amministrativa inoppugnata e non siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto; b) domande manifestamente assurde o totalmente infondate; c) pretese illegali, non potendosi dare corso alla tutela di interessi legittimi. Sul punto, si segnala T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 31 marzo 2017, n. 499, con cui si è stabilito che *“Non è configurabile in capo al Comune un obbligo di provvedere sull'istanza del privato volta alla ritipizzazione di un'area, chiedendosi l'adozione di un atto a contenuto generale, la cui adozione rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione”*; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 4 aprile 2017, n. 518, per la quale *“La pendenza di un ricorso straordinario al Capo dello Stato legittima l'Amministrazione a non rispondere ad un'istanza del ricorrente, non essendo configurabile un obbligo di provvedere allorquando l'istanza riguardi materia oggetto di contenzioso, amministrativo o giudiziario, pendente fra l'amministrazione e lo stesso istante”*.

²³ In proposito M. D'orsogna – F. G. Scoca, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. Amm.*, 1995, fasc. 3, 393, chiariscono che *“Il silenzio è un accadimento (un fatto giuridicamente rilevante) che può verificarsi soltanto nell'ambito del procedimento amministrativo, e non verificarsi né prima che questo prenda avvio né dopo che esso sia stato completato”*.