

CAPITOLO 3

VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI PROVVEDERE: IL SILENZIO RIFIUTO O INADEMPIMENTO

GUIDA 1. Il silenzio inadempimento: procedimento di formazione. **1.1.** Il termine per ricorrere. **1.2.** La disciplina. **1.3.** L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel giudizio avverso il silenzio rifiuto. **2.** I nuovi strumenti di "controllo" previsti dal D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito in legge 4 aprile 2012, n.35. La circolare attuativa 10 maggio 2012, n. 4. I poteri sostitutivi (rinvio). **3.** Profili processuali. **3.1.** La giurisdizione. **3.2.** La legittimazione ad agire. **3.3.** La nozione di controinteressato. **3.4.** L'esito del giudizio: il contenuto della sentenza. **3.5.** L'ottemperanza nel rito del silenzio: le novità del codice del processo amministrativo. **4.** Il diniego espresso sopravvenuto nel corso del giudizio contro il silenzio-rifiuto. **5.** La riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento. **6.** Tutela contro l'inerzia della p.a.: artt.31 e 117 c.p.a nella giurisprudenza più recente. **7.** Il ricorso straordinario al Capo dello Stato. **8.** La responsabilità del dirigente e del funzionario inadempiente: le novità del D.L. n.5/2012 e del Decreto del fare. **9.** Le disposizioni transitorie.

1. Il silenzio inadempimento: procedimento di formazione.

La tutela processuale avverso il silenzio rifiuto, risulta attualmente rintracciabile all'interno delle norme di cui agli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo. Tali norme specificano che:

- decorsi i termini per la conclusione del procedimento, *chi ha interesse* può chiedere l'accertamento dell'obbligo di provvedere;
- l'azione è proponibile finché perdura l'inadempimento e comunque entro un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

Ma quali poteri ha il giudice del silenzio? L'art. 31 comma tre, riconosce al giudice il potere di sindacare la fondatezza sostanziale dell'istanza presentata dal ricorrente oltre che accertare l'obbligo di provvedere, questione, questa, su cui da sempre si dibatteva.

A tale assetto disciplinatorio si è arrivati dopo un percorso giurisprudenziale e normativo variegato e complesso.

Vediamo, in breve, le tappe più significative.

Prima della emanazione della legge n. 241/1990, la norma di riferimento in materia di inerzia della p. a. era costituita dall'art. 5 T.U. della legge comunale e provinciale (R.D. marzo 1934, n. 383), secondo cui: *"Salvo che la legge*

*Prima
della legge
n. 241/90*

non disponga altrimenti, contro i provvedimenti delle autorità governative inferiori è ammesso ricorso in via gerarchica alle autorità superiori.

Il ricorso gerarchico può essere sperimentato solo da chi vi abbia interesse, e non è più ammesso dopo trascorsi trenta giorni dalla data della notificazione o comunicazione amministrativa, o da quando l'interessato abbia avuto comunque piena cognizione del provvedimento.

L'autorità adita, qualora non creda di comunicare d'ufficio il ricorso ai controinteressati, ordina che il ricorso stesso venga notificato a costoro, a cura del ricorrente, nel termine da essa stabilito, sospendendo la pronuncia, finché non consti della eseguita notificazione.

Nel termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso, gli interessati possono presentare all'autorità cui è diretto le loro deduzioni.

Trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che il ricorso venga deciso.

Trascorsi sessanta giorni dalla notificazione a tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato.

I ricorsi gerarchici al governo, da qualunque legge previsti, sono decisi con provvedimento definitivo del ministro, salvo che si tratti di ricorsi contro provvedimenti ministeriali o che la legge disponga diversamente".

La necessità della diffida nella sentenza Cons. St., Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10

Successivamente, venuto meno il regime del silenzio-rifiuto, così come regolato dall'art. 5 cit., per effetto del sopravvenuto D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹, in difetto di altra norma idonea, ha affermato che potesse essere validamente utilizzato lo strumento della diffida ex art. 25 T.U. impiegati civili (D.P.R. n. 3/1957) per individuare, sia pure *ex post*, il termine finale entro il quale la p. a. era tenuta a provvedere. Il Supremo Consesso, dunque, ha riconosciuto la possibilità che gli istanti reagissero avverso il silenzio rifiuto della p. a., notificando all'amministrazione silente, a mezzo di ufficiale giudiziario, una diffida formale ad adempiere, entro un termine non inferiore ai trenta giorni, contenente l'avvertimento che, in mancanza, sarebbe stata adita l'autorità giudiziaria.

Il panorama vigente la legge n. 241/1990

Tale orientamento, peraltro, è sopravvissuto all'entrata in vigore della L. n. 241/1990: la giurisprudenza, invero, ha continuato a ritenere la previa messa in mora della p. a. inadempiente quale indefettibile presupposto per il ricorso avverso il silenzio ex art. 21-bis L. Tar, come introdotto dalla L. n. 205/2000².

A sostegno di tale tesi, si è osservato come la diffida svolga sia una funzione deflattiva del contenzioso, in quanto fissa il termine entro cui l'amministrazione può prevenire l'insorgenza della lite provvedendo in conformità all'istanza del privato, sia una funzione garantistica per il privato, atteso che,

¹ Cons. St., Ad. plen., 10 marzo 1978, n. 10.

² Cons. St., sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256; Cons. St. Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7. *Contra Tar Calabria - Reggio Calabria, 5 febbraio 2002, n. 54, secondo cui "a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 241 del 1990, colui che voglia impugnare in sede giurisdizionale il silenzio inadempimento della p.a. può farlo immediatamente, senza porre in essere la rigorosa sequenza di cui all'art. 25 t.u. n. 3 del 1957, costituendo l'inerzia nel provvedere, in re ipsa, comportamento lesivo dell'interesse legittimo di colui che avrebbe dovuto essere destinatario di una pronuncia da parte dell'amministrazione adita".*

impedendo il decorso immediato del termine di decadenza per l'impugnazione allo scadere del termine di conclusione del procedimento, consente al privato di essere a conoscenza del momento in cui si formi il silenzio rifiuto.

In senso favorevole al mantenimento della diffida si è pronunciato anche il Ministero della Funzione pubblica che, con circolare 8 gennaio 1991, n. 60397/7493, ha specificato che l'art. 2 non incide sull'applicazione dell'art. 25 del T.U. n. 3 del 1957, in quanto non dispone nel senso della qualificazione dell'inerzia imputabile all'amministrazione.

Di contrario avviso si è mostrata la dottrina secondo la quale l'istituto della diffida è diventato inutile a seguito dell'entrata in vigore della legge sul procedimento, poiché essa già individua, in via principale e suppletiva, un termine preciso per la conclusione del procedimento. In altri termini, scaduto il termine di cui all'art. 2 della L. n. 241/1990 (o previsto nei regolamenti attuativi), il silenzio deve considerarsi ontologicamente illecito, rendendo così inutile qualsiasi ulteriore formalità procedurale, *in primis* la diffida a provvedere.

La disputa tra dottrina e giurisprudenza è stata, infine, composta dal legislatore del 2005, il quale ha fatto proprie le critiche mosse dalla dottrina maggioritaria all'operatività della diffida. Infatti, il comma 4 dell'art. 2, L. n. 241/1990, riscritto dall'art. 3, comma 6-*bis* del D.L. n. 35/2005 (convertito in L. n. 80/2005), ha previsto che, decorso il termine per la conclusione del procedimento, può essere proposto il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, *ex art. 21-bis* L. Tar, anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente.

La riforma del 2005 cancella la diffida

Numerosi sono gli argomenti che depongono a favore della scelta compiuta dal legislatore di eliminare l'onere della previa diffida.

Innanzitutto, deve rilevarsi come l'istituto della diffida costituisce un elemento che contraddice la logica del principio generale della certezza del tempo dell'agire amministrativo, finendo per eluderne la portata innovativa. Infatti, il meccanismo descritto dall'art. 25 T.U. cit., prevedendo l'inefficacia della diffida se non siano trascorsi almeno 60 giorni dall'istanza dell'interessato o dall'ultimo atto procedimentale, nonché che tale diffida conceda all'amministrazione un ulteriore *spatium deliberandi* di almeno 30 giorni, finisce per dare luogo ad un ampliamento dei tempi procedimentali e, di conseguenza, ad una surrettizia dilatazione di una regola sulle modalità di esercizio del potere.

Gli argomenti a sostegno della scelta legislativa

In ipotesi di procedimento ad istanza di parte, il termine sarebbe, comunque, di almeno novanta giorni (sessanta dall'istanza e trenta previsti nella diffida); in caso di procedimento ad iniziativa d'ufficio, il termine dipenderebbe dall'ultimo atto endoprocedimentale o da quando il privato notificava la diffida, da cui sarebbero decorsi i sessanta giorni più trenta.

Questi termini, propri del procedimento di diffida, finiscono per diventare i "veri" termini procedimentali e ciò a prescindere da quelli fissati dall'amministrazione con atto generale.

Inoltre, la diffida rappresenta un pesante aggravio procedurale per il cittadino, in quanto limita il diritto costituzionalmente tutelato di adire il giudice amministrativo. Il privato, infatti, per poter agire giudizialmente, è costretto ad offrire all'Amministrazione la possibilità di sanare l'illegittimità con un

provvedimento tardivo, per l'emanazione del quale non è approntato nel frattempo alcuno strumento di tutela.

L'autorità, quindi, potrebbe persistere nel contegno omissivo, lasciando insoddisfatte le aspettative del cittadino e solo allora costui sarebbe nelle condizioni di ottenere una tutela giurisdizionale che, però, rischierebbe di non procurargli tutti i vantaggi che sarebbero potuti scaturire dal ricorso ove questo fosse stato proposto subito dopo la scadenza del termine stabilito.

Sotto un diverso profilo, assai discutibile, poi, appare la possibilità stessa di applicare per analogia l'art. 25 T.U. n. 3/1957 al silenzio rifiuto della P.A., in quanto la norma in questione provvede a disciplinare una fattispecie assai diversa, che vede coinvolti soggetti differenti (il pubblico impiegato) e per la quale la diffida svolge la funzione di costituire una condizione di ammissibilità per l'azione risarcitoria nei confronti dell'impiegato statale che abbia ommesso di svolgere operazioni o compiere atti, cui era tenuto. È evidente come la medesima *ratio* non presidi la diversa fattispecie dell'inerzia amministrativa.

Con la novella del 2005, i problemi appena illustrati appaiono del tutto superati: grazie all'intervento del legislatore, il silenzio rifiuto è ancorato alla disciplina dei termini procedurali, a tutto vantaggio della certezza dei tempi del procedimento.

Né vale affermare, per sostenere la necessità della diffida, che la stessa sarebbe necessaria per consentire al privato di acquisire la piena conoscenza del *dies a quo* per il computo dei termini decadenziali, così evitando l'inconsapevole formarsi dell'inoppugnabilità. Come è stato correttamente rilevato, a tale scopo risponde pienamente la predeterminazione dei termini procedurali, la cui conoscenza da parte del privato nella disciplina *ante* riforma era assicurata dalla pubblicità delle relative disposizioni (cfr. art. 4, comma 2), cui si aggiunge, nella disciplina *post* riforma, anche la specifica indicazione nella comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi della nuova lettera *c-bis* dell'art. 8.

In base a tale norma, invero, detta comunicazione deve indicare "la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, comma 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione". In tal modo, il legislatore ha voluto consentire al privato di conoscere con precisione i tempi dell'esercizio del potere, così scongiurando il rischio dell'inconsapevole decorso del termine per impugnare il silenzio-rifiuto.

Al fine di ridimensionare il rischio che, eliminato l'onere della diffida, il silenzio-rifiuto possa divenire inoppugnabile dopo appena sessanta giorni dalla scadenza del termine per provvedere, senza che il privato se ne sia effettivamente reso conto, il legislatore della Novella ha "allungato" fino ad un anno il termine per esercitare l'azione tendente ad accertare l'illegittimità dell'inerzia.

1.1. Il termine per ricorrere.

Intrecciato con il tema della diffida è quello del termine per ricorrere avverso il silenzio.

Prima che il legislatore prendesse espressamente posizione sul punto, con l'art. 2, L. n. 15/2005 e l'art. 3, comma 6-bis D.L. n. 35/2005, una questione molto dibattuta, in giurisprudenza e dottrina, ha riguardato la natura del termine per ricorrere contro il silenzio-rifiuto della P.A.

Anteriormente alla riforma del 2005, confermata da quella del 2009, la giurisprudenza prevalente³ ha ritenuto che il ricorso giurisdizionale contro il silenzio-rifiuto dovesse essere proposto entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni. Questo indirizzo, che pure riconosceva che il silenzio non è un atto ma un mero presupposto processuale alternativo al provvedimento formale, si fondava essenzialmente sulla considerazione secondo la quale, quando viene dedotto in giudizio un interesse legittimo, l'azione, a prescindere dal suo contenuto dichiarativo o costitutivo, è soggetta, per una esigenza di certezza dei rapporti amministrativi, alla rigorosa disciplina temporale che il legislatore ha espressamente previsto per l'azione di annullamento del provvedimento.

La tesi dell'applicabilità, al ricorso contro il silenzio-rifiuto, dell'ordinario termine di decadenza è stata respinta da una parte minoritaria della giurisprudenza, la quale, recependo le posizioni espresse da un'autorevole parte della dottrina⁴, ha sostenuto che l'interessato potesse rivolgersi al G.A. fino a quando persistesse l'inadempimento dell'amministrazione, permanendo in capo a questa il potere-dovere di provvedere. Il maturarsi della decadenza processuale era esclusa, secondo questa impostazione, proprio dal fatto che il perdurare dell'inadempimento determinasse la rinnovazione del termine di impugnazione *de die in diem*, evitando così la consumazione del diritto all'azione davanti al giudice amministrativo.

Questo orientamento trovava la sua giustificazione nelle peculiari caratteristiche dell'istituto.

Quando si forma il silenzio rifiuto, infatti, non vi è un vero provvedimento assistito da presunzione di legittimità e suscettibile di acquisire definitività nel breve termine decadenziale; vi è, invece, un inadempimento "permanente", denunciabile in qualsiasi tempo, sino a che non venga adottato un provvedimento esplicito.

Sempre secondo tale orientamento, l'applicazione del termine di decadenza non sembra possa giustificarsi invocando una esigenza di certezza dei rapporti amministrativi, atteso che proprio l'amministrazione, per effetto del comportamento silente, ha dato luogo ad una situazione di incertezza, che il privato, attraverso il ricorso, intende rimuovere.

Nel senso dell'inapplicabilità del termine di decadenza si muove anche la tesi, sostenuta da una parte della dottrina, secondo la quale il ricorso contro il silenzio rifiuto sarebbe soggetto al termine di prescrizione decen-

Il termine per ricorrere prima della riforma del 2005: la tesi del termine decadenziale

La tesi dell'illecito permanente

La tesi del diritto soggettivo ad una risposta provvedimento

³ Cfr., fra le altre, Cons. St., 17 ottobre 2000, n. 5565; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 1998, n. 315; Cons. St., sez. V, 18 novembre 1997, n. 1331; Cons. St., sez. IV, 14 luglio 1997, n. 821.

⁴ È la tesi di SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in AA.VV., *Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali (Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Ravenna, 23-25 settembre 1982)*, Milano, 1985, p. 67.

nale perché con esso si fa valere non un interesse legittimo, ma un diritto soggettivo.

Secondo questo orientamento, il termine di cui all'art. 2 L. 241/1990 può essere assimilato, limitatamente ai procedimenti ad istanza di parte, al termine di adempimento delle obbligazioni. In entrambe le fattispecie, infatti, vi è una pretesa, in capo al soggetto attivo del rapporto nei confronti del soggetto passivo, che ha per oggetto una particolare prestazione. L'unica differenza risiede nel fatto che, mentre nel rapporto obbligatorio l'adempimento ha per oggetto un bene della vita che procura al creditore un'utilità finale, nel procedimento ad istanza di parte l'adempimento può consistere anche in un provvedimento di rigetto dell'istanza.

Partendo da questo parallelismo, si giunge ad affermare che, in capo all'Amministrazione che riceve un'istanza dal privato, sono configurabili due diverse situazioni giuridiche: da un lato, il potere-dovere di esercitare la funzione amministrativa, al quale è correlata una posizione giuridica di interesse legittimo pretensivo; dall'altro, e prima ancora, un "*obbligo di natura formale di provvedere entro il termine*" a cui corrisponde, in capo al privato, un vero e proprio diritto soggettivo, c.d. *diritto a una risposta*⁵.

In definitiva, secondo questa tesi, la presentazione dell'istanza instaura un rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione, all'interno del quale trovano svolgimento le situazioni giuridiche ora individuate: il diritto, che riceve piena soddisfazione con l'emanazione di un provvedimento espresso di accoglimento o rigetto dell'istanza; l'interesse legittimo pretensivo, che riceve piena soddisfazione con l'emanazione di un provvedimento che determina un ampliamento della sfera giuridica del privato.

Il dibattito sulla questione è stato sopito per effetto dell'intervento legislativo.

Il termine per ricorrere nella riforma del 2005

Importanti novità sul termine per ricorrere contro il silenzio-rifiuto sono state introdotte dall'art. 2 L. 15/2005 e ribadite dall'art. 3, comma 6-bis D.L. n. 35/2005.

Nello specifico, l'art. 2 della L. 15 ha previsto l'inserimento, dopo il comma 4, dell'art. 2 L. n. 241/1990, di un comma 4-bis, in base al quale il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'art. 21-bis legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, "*fintanto che perdura l'inadempimento e, in ogni caso, entro un anno dalla scadenza dei termini di cui ai comma 2 e 3*".

In un frenetico susseguirsi di interventi legislativi, l'art. 2 della L. n. 241/1990 è stato nuovamente riscritto dall'art. 3, comma 6-bis, D.L. n. 35/2005 (nella versione risultante dalla legge di conversione n. 80/2005), per effetto del quale il comma 4-bis dell'art. 2 non ha subito variazioni ma ha trovato solo una diversa collocazione al comma 5.

Il termine per ricorrere nella riforma del 2009

Da ultimo, anche l'art. 7 della L. n. 69/2009 ha lasciato inalterato il contenuto del comma 5, modificando solo la sua collocazione sistematica al comma 8 dell'art. 2.

⁵ LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, pp. 111-112.

La suddetta disposizione, infine, è stata sostituita dall'art. 3, comma 2, lett. a), dell'allegato 4 del codice del processo amministrativo che ha così sostituito il testo del comma 8: *“La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo”*⁶, che ha ricompreso la disciplina processuale dell'azione avverso il silenzio negli artt. 31 e 117.

Le “novità” del Codice del processo amministrativo

In particolare, l'art. 31 – Azione avverso il silenzio - modificato dal D. Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, ha stabilito che, *“decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere”* (comma 1); *“L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento [...]”* (comma 2).

Il comma 2, che ricalca la formulazione del comma 8 dell'art. 2 della legge n. 241/1990, ribadisce che il ricorso avverso il silenzio-rifiuto non costituisce un'azione impugnatoria, ma un'azione dichiarativa e di condanna, ed introduce, in luogo dello stringente termine decadenziale di sessanta giorni, il termine “lungo” di un anno.

La disciplina sin qui tratteggiata deve essere valutata positivamente. Il legislatore, infatti, al fine di attenuare il rischio che, eliminato l'onere della diffida, il silenzio-rifiuto possa divenire inoppugnabile dopo appena sessanta giorni dalla scadenza del termine per provvedere, senza che il privato ne abbia avuto effettivamente contezza, “allunga” fino ad un anno il termine per esercitare l'azione tendente ad accertare l'illegittimità dell'inerzia.

Gli aspetti positivi della disciplina

La previsione del termine annuale oltre il quale l'azione non è più proponibile ha, altresì, la funzione di tutelare l'amministrazione onde evitare che la situazione di incertezza si protragga all'infinito: dopo un anno di inerzia, il privato non può più “disturbare” il soggetto pubblico con un'azione giudiziaria, ma deve attivare un nuovo procedimento, all'esito del quale, ove la p. a. assuma un contegno inerte, si formerà un ulteriore silenzio-rifiuto, autonomamente censurabile davanti al g. a. entro un nuovo termine annuale.

1.2. La disciplina.

Le recenti innovazioni normative, come anticipato, introdotte dall'art. 2 della L. n. 15/05, dall'art. 3, co. 6-*bis*, del D.L. n. 35/2005, convertito nella L. n. 80/2005 e dall'art. 7 L. 69/2009 hanno dettato una disciplina puntuale dell'istituto del silenzio inadempimento, individuandone in via analitica i presupposti ed il procedimento di formazione. Riassumendo quanto anticipato, la disciplina del silenzio inadempimento può dunque essere delineata come di seguito.

⁶ L'art. 1 del D.L. 5/2012 conv. da L. n. 35/2012 ha aggiunto le parole “di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

⁷ Rispetto alla precedente formulazione, l'aggiunta “e nei casi previsti dalla legge”, introdotta da decreto correttivo, è finalizzata a coordinare le norme che riguardano l'azione processuale prevista dall'art. 31 e dall'art. 116 con le ulteriori disposizioni che consentono di attivare lo strumento processuale (v., ad esempio, la Scia).

Il termine di conclusione del procedimento A norma della formulazione attualmente vigente dell'art. 2, il termine legale di conclusione del procedimento è fissato in 30 giorni. Trattasi di termine di carattere suppletivo, che opera qualora le P.A. procedenti non individuino un termine diverso; in tali ultime ipotesi, peraltro, la nuova formulazione dell'art. 2 disciplina analiticamente le modalità di individuazione di detti termini da parte delle amministrazioni (da determinarsi con regolamento ex art. 17, comma 3, della L. 400/1988) e prevede dei termini massimi quali limite alla libera determinazione da parte delle stesse (i termini individuati in sede di regolamentazione autonoma delle singole P.A. non possono superare, a seconda dei casi, i novanta od i centottanta giorni).

Il termine, suppletivo o autodeterminato, può essere interrotto ove sia necessario procedere a valutazioni tecniche di organi o enti appositi, ovvero per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. In tale ipotesi il termine di conclusione del procedimento resta sospeso fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche, per un periodo massimo che, comunque, non può superare i 30 giorni.

La norma in commento, inoltre, ha cercato di rispondere, in maniera definitiva, ad alcuni quesiti che per lungo tempo erano stati dibattuti in giurisprudenza.

La disciplina A tal fine, l'attuale testo dell'art. 2 della L. n. 241/1990 stabilisce all'uopo che:

- il termine per la conclusione del procedimento decorre dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento dell'istanza di parte;
- ai fini della formazione del silenzio inadempimento non è necessaria la previa diffida (artt. 31 e 117 cod. proc. amm.). È stata in tal modo definitivamente risolta la *vexata quaestio* dell'applicabilità, per analogia, dell'art. 25 T.U. sugli impiegati civili dello Stato, che impone espressamente l'obbligo di preventiva diffida all'Amministrazione per il pagamento degli emolumenti retributivi: di dubbia applicazione sin dall'entrata in vigore della L. 241, poiché, scaduto il termine di cui all'art. 2, il silenzio della P.A. dovesse considerarsi già *ontologicamente* illecito, la superfluità della diffida è stata definitivamente superata dalle riforme del 2005 e dal codice del processo, i quali hanno entrambi chiarito che il ricorso giurisdizionale può essere direttamente proposto dall'interessato una volta scaduti i termini del procedimento, onde evitare pesanti aggravati procedurali ed artificiose dilatazioni dei termini di conclusione del procedimento.
- l'azione giudiziaria avverso il silenzio inadempimento è esperibile finché dura l'inerzia della P.A. e comunque entro un anno dalla scadenza del termine per provvedere. Si tratta di un termine ben più lungo degli ordinari 60 giorni, in ragione della peculiare natura dell'azione in commento: il legislatore ha infatti preso atto che il ricorso avverso il silenzio-rifiuto non costituisce una azione impugnatoria, ma una azione dichiarativa e di condanna.

- scaduto l'anno di azionabilità di tale rimedio, il privato potrà, ove continuino a sussistere i presupposti, riproporre l'istanza all'amministrazione e, in caso di nuovo contegno omissivo, proporre una nuova azione avverso il silenzio;
- in sede di giudizio avverso il silenzio inadempimento il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza.

Deve soggiungersi, peraltro, che la decadenza concerne il solo silenzio dell'amministrazione e non la pretesa sostanziale, essendo stata positivamente affermata la possibilità di reiterare l'istanza per l'emanazione del provvedimento e far così iniziare a decorrere un nuovo periodo di azionabilità del rimedio processuale.

Sul punto, occorre, inoltre, sottolineare che, ai sensi del comma 5 dell'art. 2 della L. n. 241/1990, il ricorso avverso il silenzio non è esperibile, con conseguente inammissibilità del gravame, prima dello spirare del termine entro il quale l'amministrazione può provvedere.

La disciplina così tratteggiata va in ultimo confrontata con una recentissima novità. È stata infatti recentemente elaborata la bozza del secondo decreto correttivo processuale del 2012 con il quale si intende apportare ulteriori modifiche al codice del processo amministrativo con lo scopo "di articolare in modo più puntuale la disciplina delle azioni, riprendendo in particolare la formulazione contenuta nell'art. 44 della legge di delega, il quale enuncia il principio di atipicità già recepito dalla giurisprudenza amministrativa antecedente e successiva al Codice (art. 28-bis)".

*Il nuovo
decreto
correttivo*

È stabilito, in particolare, che nel titolo III, Capo II, prima dell'articolo 29, venga inserito il seguente: "Articolo 28-bis (*Tipi di azioni*)":

Nell'ambito della giurisdizione amministrativa le parti possono proporre le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio." In tal modo, in omaggio a superiori istanze in senso garantista, sono attuati in pieno i principi di pluralità delle azioni e dunque di effettività della tutela.

Con riferimento al termine decadenziale per proporre la domanda risarcitoria, è inoltre stabilito che "all'articolo 30: 1) nel comma 3, le parole "centoventi giorni" sono sostituite dalle seguenti: "un anno";2) il comma 5 è sostituito dal seguente: "Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio di I grado, entro il termine di cui al comma 3".

La previsione di un termine notevolmente più ampio per proporre la domanda risarcitoria è evidentemente fondata sull'esigenza di superare le criticità sollevate in dottrina e in giurisprudenza. Con riferimento alla proposizione della domanda di condanna al rilascio del provvedimento richiesto e ai rapporti della stessa con l'azione di annullamento viene in particolare stabilito che "g) all'articolo 34, comma 1, lett. c), dopo le parole "del codice civile", sono aggiunte le seguenti: "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3".

1.3. L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel giudizio avverso il silenzio rifiuto.

La delimitazione dell'oggetto della cognizione dell'autorità giurisdizionale, nell'ipotesi di impugnativa del silenzio rifiuto, riflette l'evoluzione che nel corso degli anni ha interessato il processo impugnatorio.

L'oggetto del sindacato giurisdizionale prima della Ad. Plen. 10/1878 In una prima fase, che va dalla nascita del silenzio rifiuto sino alla decisione dell'Adunanza plenaria n. 10 del 1978, la giurisprudenza nega la possibilità che il giudice valuti la fondatezza della pretesa dell'istante: quest'ultimo può solo accertare, calendario alla mano, che l'amministrazione abbia o meno violato il termine di conclusione del procedimento, adottando, in caso affermativo, una sentenza di mero accertamento dell'obbligo di provvedere⁸.

La valutazione della fondatezza dell'istanza nella sent. Ad. Plen. 10/1978 Una significativa svolta viene data dalla predetta sentenza, che in un'ottica di iniziale superamento della concezione del processo amministrativo come processo impugnatorio, riconosce al giudice amministrativo la possibilità, limitatamente agli atti vincolati, di effettuare un sindacato che va oltre il mero accertamento della violazione dei termini e che dunque, si spinge fino a valutare la fondatezza dell'istanza del privato.

L'art. 2 della L. n. 205/2000 e l'intervento della Ad. Plen. 1/2002 In seguito, l'art. 2 della legge n. 205/2000 introduce uno speciale rito contro il silenzio rifiuto. In proposito, la medesima Adunanza, con sentenza n. 1/2002, ritiene che la cognizione del g.a. in materia di silenzio debba intendersi limitata al solo accertamento dell'esistenza di un obbligo di provvedere, in quanto la specialità del rito di cui all'art. 21-bis l. Tar, introdotto dal suddetto art. 2, garantirebbe al privato una tutela estremamente tempestiva e, di conseguenza, effettiva. In altri termini, la nuova norma non determina alcun arretramento di tutela, in quanto l'abbreviazione dei termini e la possibilità di ottenere la nomina di un commissario *ad acta* nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza, assicura comunque al privato un significativo vantaggio.

La novella del 2005: il potere di conoscere la fondatezza dell'istanza In seguito, l'art. 3 comma 6-bis del D.L. n. 25/2005, convertito nella legge n. 80/2005, riscrive l'art. 2, comma 8 della legge n. 241/1990, attribuendo al g.a. il potere di conoscere la fondatezza dell'istanza.

All'indomani dell'entrata in vigore della norma, in giurisprudenza si manifestano orientamenti contrastanti circa la valenza da attribuire al verbo "potere".

⁸ Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2011 n. 919; id., 6 luglio 2010 n. 4308; Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2458; Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2458; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2006, n. 5500; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 16 settembre 2009, n. 1511; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 27 maggio 2009, n. 2971; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 marzo 2006 n. 1727; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 luglio 2007, n. 6470; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 2 luglio 2008, n. 655; Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2011 n. 919; id., 6 luglio 2010 n. 4308; T.A.R. Lazio, Sez. II, 27 giugno 2011 n. 5661; TAR Campania Napoli, Sez. III, 1 marzo 2011 n. 1260; TAR Puglia Lecce, Sez. I, 24 febbraio 2011 n. 368; TAR Lazio Roma, Sez. II, 4 febbraio 2011 n. 1073; TAR Marche, Sez. I, 8 novembre 2010 n. 3373; TAR Puglia Bari, Sez. II, 14 dicembre 2006 n. 4348; TAR Lombardia Milano, Sez. II, 24 marzo 2005 n. 702. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, ed. Dike; F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*-I codici d'Autore, TN 2010, ed. Dike; F. BRUNO, R. CHIEPPA, C. CRISCENTI, R. DE NICTOLIS, I. FRANCO, *Guida ragionata alla più recente giurisprudenza amministrativa*, Roma 2009, ed. Dike; R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Roma 2009.

Ci si chiede, infatti, se il *può* sta ad indicare una facoltà oppure un potere-dovere. La prima soluzione è da escludere: l'eventualità che la valutazione della fondatezza dell'istanza sia rimessa al mero arbitrio del giudice contrasta con i principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., per i quali il giudice deve essere terzo ed imparziale.

Stabilito questo, l'orientamento prevalente ha interpretato il *può* come potere dovere: il giudice, qualora ricorrano i presupposti per il sindacato sulla fondatezza, è tenuto a pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, non residuando al g.a. alcuna scelta in merito all'eventualità di decidere.

La tesi del potere-dovere

Essenziale è che l'attività non sia discrezionale "pura"⁹, non essendo al giudice amministrativo consentito, se non in tassative ed eccezionali ipotesi, entrare nel merito dell'attività di amministrazione attiva, stabilendo l'*an* o il *quomodo* del provvedimento da adottare.

Criteri per valutare la fondatezza

Analogamente dovrà dirsi per i casi in cui, per valutare la fondatezza dell'istanza, sia necessario acquisire gli elementi istruttori demandati ad un procedimento che non si è mai svolto oppure si è svolto in modo incompleto senza giungere alla sua naturale conclusione con l'emanazione del provvedimento. Infatti, in questi casi il sorgere della situazione soggettiva che si vuole conseguire è strutturalmente condizionato alla formazione di atti e provvedimenti non ancora esistenti o all'effettuazione di valutazioni discrezionali non ancora compiute¹⁰.

Il giudice potrà, dunque, conoscere della fondatezza dell'istanza nelle ipotesi di manifesta fondatezza ed infondatezza dell'istanza, risultando in quest'ultimo caso del tutto diseconomico obbligare la P.A. a provvedere ovvero nel caso in cui siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati che non necessitano di alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni.

La questione è stata affrontata da ultimo nel codice del processo amministrativo: il legislatore, ponendosi sostanzialmente in linea con l'orientamento giurisprudenziale da ultimo esposto, ha stabilito che il giudice conosce della fondatezza dell'istanza solo quando:

La soluzione dell'art. 31, comma 3 del Codice del processo amministrativo

- 1) si tratti di "attività vincolata"
- 2) o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione" (art. 31, comma 3).

Parte della dottrina, per ampliare l'ambito di applicazione del giudizio sulla fondatezza, ha proposto un'interpretazione non strettamente letterale del testo, ritenendo che tale giudizio sia possibile anche quando i residuali accertamenti istruttori abbiano natura semplice.

Sotto altro aspetto, è lo stesso legislatore che, rispetto all'orientamento giurisprudenziale esposto, ha allargato le maglie di siffatto giudizio, prevedendo

⁹ Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1873; Tar Lazio - Roma, sez. I bis, 10 ottobre 2008, n. 8867; Tar Lazio - Roma, sez. II, 7 gennaio 2008, n. 70.

¹⁰ Tar Lazio - Roma, sez. II, 7 gennaio 2008, n. 70; conforme, Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 31 marzo 2009, n. 314.

che esso sia possibile anche nei casi in cui non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. La ragione della suddetta aggiunta sta nella consapevolezza che tra l'attività interamente discrezionale e l'attività interamente vincolata vi è una zona grigia in cui si collocano attività che partecipano di entrambe le caratterizzazioni che connotano l'azione amministrativa.

È opportuno, inoltre, precisare che, utilizzando l'espressione "discrezionalità", il legislatore abbia voluto includere nell'ambito del giudizio questioni che involgono il sindacato sulla discrezionalità tecnica, o meglio su accertamenti tecnici che, per loro natura, hanno contenuto vincolato.

In concreto, la novella è destinata a sollevare delicate questioni interpretative circa l'identificazione delle ipotesi in cui non residua discrezionalità.

T.A.R. Puglia
Bari, sez. II,
22 marzo
2011, n. 457

In questa sede ci si limita a richiamare l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, che ritiene che *"il giudice chiamato a pronunciarsi su un'ipotesi di silenzio - rifiuto non può esimersi da una sia pur limitata indagine sul merito dell'istanza, quantomeno al fine di verificare la sussistenza dell'obbligo della P.A. di evadere l'istanza con provvedimento espresso; obbligo che -come noto- non sussiste allorché l'istanza sia manifestamente infondata. L'art. 33, c.p.a. attribuisce oggi al giudice amministrativo il potere di pronunciarsi sul merito della pretesa allorché venga in considerazione un'attività vincolata ovvero provvedimenti in relazione ai quali l'Amministrazione abbia esaurito ogni discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori. Il ricorso avverso il silenzio-rifiuto, pertanto, costituisce oggi un'azione che richiede al giudice di esercitare una cognizione sul merito della causa che, in taluni casi, può spingersi sino alla condanna dell'Amministrazione all'adozione di un provvedimento di contenuto predeterminato. Si deve, pertanto, concludere che la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di silenzio-rifiuto si arresta laddove l'istanza inevasa abbia ad oggetto una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva di altra autorità giudiziaria"*

Un particolare settore nel quale l'amministrazione non gode di nessun spazio di discrezionalità, è quello dell'edilizia¹¹.

Infatti, il titolo per costruire *"consiste in un provvedimento vincolato al riscontro della conformità del progetto del proposto intervento costruttivo alla normativa urbanistica ed edilizia in atto vigente, senza che residui in capo all'amministrazione comunale alcun margine di discrezionalità amministrativa"*¹².

Ed egualmente dicasi per i provvedimenti sanzionatori, atteso che *"l'accertamento e la repressione degli abusi edilizi, nell'ambito dell'esplicazione della funzione di vigilanza sull'attività urbanistica-edilizia, costituiscono un adempimento vincolante per l'amministrazione, la quale non può esimersi dal relativo esercizio. Ne deriva che, una volta verificato il contrasto con le norme urbanistiche previste per l'area interessata dall'abuso, in capo all'amministrazione medesima non residua alcun margine di discrezionalità in merito all'adozione della conseguente ordinanza di demolizione e pertanto la partecipazione dell'interessato non può incidere su natura e contenuto del provvedimento"*¹³.

¹¹ Tar Lazio- Roma, sez. II bis, 20 marzo 2012, n. 2676.

¹² Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 4756; Tar Campania-Napoli, Sez. III, 2 marzo 2010, n. 1249; Tar Sicilia-Catania, Sez. I, 31 ottobre 2008, n. 1898.

¹³ Tar Campania-Napoli, Sez. IV, 9 aprile 2010, n. 1884.