

## L'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO\*

1. – La questione dell'inerzia mantenuta dalla pubblica amministrazione su una richiesta di provvedimento è stata sempre legata all'altra della tutela del privato che aveva presentato la richiesta.

La risposta è stata per decenni condizionata dalla struttura del processo amministrativo. Se questo è un processo nel quale è ammessa solo l'azione costitutiva di annullamento dell'atto illegittimo, quale protezione è offerta a colui che è vittima non di un atto, ma di un non-atto?

All'inizio del secolo scorso la c.d. sentenza Longo (Cons. St., sez. IV, 22 agosto 1902 n. 429) risolse il problema equiparando l'omissione a un rifiuto espresso, annullabile dal giudice amministrativo.

Più di settant'anni dopo l'Adunanza plenaria perviene allo stesso risultato in modo più elaborato.

In applicazione analogica dell'art. 23 dello statuto degli impiegati civili dello Stato (d.p.r. n. 3/1957), il privato interessato sulla cui istanza l'amministrazione è rimasta inerte costruisce un provvedimento impugnabile: il silenzio-rifiuto dell'amministrazione che viene formato nel momento in cui viene a scadere il termine per provvedere assegnato all'amministrazione con l'atto di diffida.

Questa soluzione rende certo il termine per la proposizione del ricorso; e nello stesso tempo, imputando all'amministrazione un provvedimento di rifiuto, fa sì che quest'ultima si sgravi dell'obbligo di provvedere.

L'autorità amministrativa, per così dire, *functa est munere suo*. Il silenzio-rifiuto chiude il procedimento avviato dalla istanza del privato. L'obbligo di provvedere risorgerà sostanzialmente solo per effetto della sentenza che accoglie il ricorso: anche se il giudice, dichiarando l'obbligo di provvedere, presuppone che tale obbligo esistesse fin dall'origine.

La legge sul procedimento amministrativo, comunque, altera questo schema, stabilendo l'obbligo di concludere il procedimento

---

\* Lo scritto riproduce la traccia della relazione svolta in Roma, Palazzo Spada, il 12 ottobre 2011 in occasione dell'Incontro di studio sul tema "Il codice del processo amministrativo ad un anno dalla sua entrata in vigore".

con un provvedimento espresso (art. 2, comma 1) e l'obbligo di motivare tale provvedimento (art. 3). Sicché l'inerzia mantenuta oltre il termine previsto per la conclusione del procedimento dà luogo ad una doppia violazione di legge.

Il silenzio non è più una forma dell'azione amministrativa, un'alternativa alla forma scritta, ma è puramente e semplicemente un inadempimento che si protrae sino a quando un provvedimento non venga adottato, un inadempimento che tale rimane e perdura anche se viene proposto ricorso contro di esso (sul punto, Cons. St., ad. plen., n. 15/2011, ove è chiarito che il silenzio inadempimento «non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi»: 6.2.1.).

Il semplice ritardo costituisce titolo per il risarcimento del danno eventualmente cagionato al privato (art. 2-bis) e viene preso in considerazione ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale (art. 2, comma 9).

Il codice del processo amministrativo prende atto della trasformazione del silenzio-rifiuto in silenzio-inadempimento e coerentemente elimina la diffida a provvedere come condizione di ammissibilità del ricorso. Se l'inadempimento già c'è, per effetto del mero decorso del termine, non occorre formalizzarlo con la diffida.

È coerente con tale qualificazione anche la diversa decorrenza del termine per ricorrere. Non essendoci più un atto da impugnare – un silenzio-rifiuto a partire dal quale scatta il termine di 60 gg. per esperire il ricorso – ma venendo in rilievo un comportamento inadempiente che si protrae nel tempo, il ricorso può essere proposto in qualunque momento intermedio fra il termine per la conclusione del procedimento e il compimento dell'anno successivo (art. 31, comma 3).

2. – Le misure previste per il ritardo nel provvedere – un'obbligazione risarcitoria a carico dell'amministrazione, la rilevanza del ritardo ai fini della responsabilità dirigenziale – dovrebbero incentivare l'adozione di un provvedimento espresso anche dopo che è scaduto il termine per la conclusione del procedimento.

Da qui la probabilità, più forte che in passato, che, una volta proposto il ricorso avverso il silenzio, sopravvenga il

provvedimento, di accoglimento o di rigetto della originaria istanza; e che, di conseguenza, il ricorso diventi improcedibile, in caso di accoglimento, o che su di esso si innesti un nuovo contenzioso.

La rottura del silenzio da parte dell'amministrazione è presa in considerazione dell'art. 117, comma 5, del codice del processo amministrativo (d. legisl. n. 104/2010). Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso di rifiuto o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue col nuovo rito.

Se invece l'amministrazione nel corso del giudizio accoglie la domanda sulla quale era rimasta inerte, il ricorso diventa improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Improcedibile è l'azione contro il silenzio, ma non l'azione risarcitoria che sia stata eventualmente proposta col medesimo ricorso, così come consente l'art. 117, comma 6.

In questo secondo caso il cumulo di azioni originario verrà meno, sopravvivendo solo l'azione di danni.

Ed è il caso preso in considerazione da una elaborata sentenza della V Sez. del Consiglio di Stato (21 marzo 2011 n. 1739).

Il ritardo con cui l'amministrazione provvede al rilascio di un'autorizzazione alla realizzazione di un impianto di stoccaggio e recupero di rifiuti speciali, rende improcedibile l'azione contro il silenzio, ma resta in piedi l'azione di danni che nella specie coincidono con gli interessi passivi che l'impresa ha dovuto corrispondere alla banca durante l'anno che separa il termine per la conclusione del procedimento dalla data di rilascio del provvedimento. La somma è dovuta secondo la sentenza, anche se la ditta non ha poi utilizzato l'autorizzazione: "proprio il ritardo può costituire un fatto sopravvenuto che disincentiva l'effettivo inizio dell'attività", ma non esclude il danno determinato dal ritardo stesso.

Sulla conversione del rito da speciale in rito ordinario quando l'azione avverso il silenzio diventa improcedibile perché sopraggiunge il provvedimento esplicito di rigetto della istanza che viene impugnato con ricorso per motivi aggiunti, cfr. T.a.r. Lazio, sez. II ter, 18 maggio 2011 n. 4310 e sez. III ter, 7 aprile 2011 n. 3092.

Se le due azioni (silenzio e danni) sono proposte entrambe, e nessun provvedimento sopraggiunge nel corso del giudizio, il giudice definisce la prima col rito camerale e tratta con il rito ordinario la domanda risarcitoria (art. 117, comma 6, c.p.a.).

3. – E veniamo ai problemi aperti.

Il primo. Qual è l'ambito di applicazione del ricorso contro il silenzio? La domanda sorge spontanea in un ordinamento in cui i procedimenti ad istanza di parte sono soggetti alla DIA (o SCIA) o al silenzio-assenso (artt. 19 e 20, l. n. 241/90 e s.m.i.) per cui il silenzio giova al privato o perché egli consente di proseguire la sua attività senza che l'autorità gli vieti di proseguirla e gli imponga di rimuoverne gli eventuali effetti dannosi (così nel caso della SCIA, art. 19 comma 3) o gli consente di intraprenderla in assenza di un provvedimento esplicito di rigetto (art. 20).

A me pare che lo spazio del silenzio-inadempimento e dell'azione contro di esso sia quello definito dall'art. 20, comma 4: coincida con l'area corrispondente alle materie (beni culturali, beni paesistici, ambiente, sicurezza, immigrazione etc.) alle quali non si applica il silenzio-assenso.

Sebbene l'art. 20 faccia riferimento a tutti "i procedimenti ad istanza di parte", il silenzio-assenso è ipotizzabile solo nei procedimenti autorizzatori ma non in quelli concessori. Sarebbe bello per il privato che richiede una sovvenzione per un'iniziativa industriale trovarsi i soldi in tasca sol perché l'amministrazione non ha provveduto sulla domanda entro i termini! Ne consegue che laddove l'istanza è rivolta ad ottenere la concessione o un atto simile, l'inerzia dell'amministrazione oltre il termine di conclusione del procedimento costituisce silenzio-inadempimento impugnabile.

Seconda questione. Non nuova, ma di sempre.

Quando l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere?

Tale obbligo è un presupposto comune sia al silenzio-assenso che al silenzio-inadempimento. La legge 241 sancisce il principio che laddove l'amministrazione ha l'obbligo di procedere ha anche l'obbligo di provvedere (con un provvedimento espresso). I due obblighi sono coestesi; mentre in passato si era sostenuto (per es. da M.S. Giannini) che ci potesse essere il primo dei due obblighi, ma non il secondo.

La legge non dice, tuttavia, quando la p.a. ha l'obbligo di procedere. L'obbligo esiste sicuramente in relazione ai procedimenti ad istanza di parte destinati a sfociare in provvedimenti tipici. I dubbi sorgono quando l'istanza del privato è volta a sollecitare l'avvio di un procedimento di ufficio: per es. un procedimento di autotutela o sanzionatorio o di inibizione dell'attività di un terzo.

Una recente sentenza del T.a.r. Calabria, Catanzaro (sez. I, 5 marzo 2011 n. 324) risponde che deve essere la stessa amministrazione a riconoscere, a seguito di una verifica interna o anche di una segnalazione documentata da parte del soggetto interessato all'adozione del provvedimento, il proprio dovere di provvedere; al riscontro effettuato deve necessariamente seguire l'adozione del provvedimento finale. Lo stesso tema è stato ripreso, in modo più articolato, dallo stesso T.a.r. con la sent. 14 aprile 2011 n. 523.

4. – La legge n. 241/90, in una delle sue versioni più recenti, già stabiliva che nel giudizio sul silenzio il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza (art. 2, comma 8).

Il c.p.a. introduce una specificazione, mutuandola sostanzialmente dalla giurisprudenza. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione (art. 31, comma 3). Il potere di valutare nel merito la pretesa del privato non è limitato così agli atti vincolati. Può essere esercitato anche quando il provvedimento è discrezionale, ma l'istruttoria abbia dato un esito tale che il rilascio del provvedimento o il rigetto dell'istanza sia dovuto: quando cioè l'amministrazione abbia, per così dire, consumato la sua discrezionalità nel corso del procedimento.

Se la decisione va presa "in relazione alle risultanze dell'istruttoria", come si legge nell'art. 3 della legge sul procedimento, e le risultanze sono univoche in un senso o nell'altro, favorevoli o contrarie alla richiesta del privato, il giudice decide sulla fondatezza di tale richiesta come se il provvedimento fosse vincolato.

Più oscura è la terza fra le condizioni di ammissibilità di una pronuncia sulla fondatezza dell'istanza: la condizione che non siano "necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

L'art. 31 sembra, in questo modo, postulare una sorta di riserva di potere istruttorio in capo all'amministrazione: riserva che, una volta instaurato il giudizio, appare difficilmente conciliabile con gli ampi poteri istruttori che il titolo III del c.p.a. ("mezzi di prova e attività istruttoria") riconosce al giudice amministrativo.

È possibile che il legislatore abbia voluto semplicemente escludere l'ammissibilità di una pronuncia sulla fondatezza della pretesa del privato quando siano necessari "adempimenti istruttori"? Se così fosse, l'inciso "che debbano essere compiuti dall'amministrazione" sarebbe del tutto superfluo.

Una lettura siffatta potrebbe essere confermata dall'art. 117: che disciplinando i ricorsi avverso il silenzio, non parla di istruzione, a differenza dell'art. 21-bis della L. Tar che prevedeva, invece, la possibilità di un'istruttoria, con slittamento conseguente del termine per la chiusura del giudizio sul silenzio.

Probabilmente si è ritenuto che un'istruttoria è inconciliabile con la brevità del rito; o, più probabilmente, che l'istruttoria deve essere curata dal commissario *ad acta*, la cui nomina può essere contestuale alla pronuncia che definisce il giudizio (art. 117, comma 3), mentre l'art. 21-bis la subordinava all'ulteriore inadempienza dell'amministrazione all'ordine del giudice di provvedere (art. 21-bis, comma 2).

A questo proposito va segnalata la disposizione, contenuta nel comma 4 dell'art. 117, secondo cui il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

Tale clausola, mentre conferma, se mai ce ne fosse bisogno, la natura del commissario come ausiliario del giudice, amplia la gamma delle decisioni che il giudice può prendere.

Egli può limitarsi a ordinare all'amministrazione di provvedere, come avveniva in passato: una limitazione che deriva o dalla natura discrezionale del provvedimento o dalla mancata istruttoria.

Può conoscere direttamente della fondatezza della pretesa quando ne ricorrano i presupposti (sia per affermarla sia per negarla: il caso,

poniamo, di colui che chiede un permesso di costruire senza provare di essere proprietario del terreno o senza disporre di altro valido titolo).

Può nominare il commissario perché provveda lui, magari previa istruttoria. Quando contro la determinazione del commissario insorge una delle parti, sarà lo stesso giudice a decidere: possibilmente in seconda battuta, potrà valutare la fondatezza della pretesa, ossia esprimere quella valutazione che non si era sentito di emettere in prima istanza.

A questa pluralità di opzioni il codice, al pari della precedente Legge Tar, fa riferimento quando distingue il totale accoglimento dal parziale accoglimento del ricorso (art. 117, comma 2).

5. – Molti hanno segnalato, e lamentato, il differente trattamento del silenzio-inadempimento e del rigetto esplicito della domanda. Il privato: che è più tutelato nel primo caso che nel secondo, sia per i tempi più brevi del processo sia per la possibilità di ottenere una pronuncia sulla fondatezza della pretesa che è prevista nel primo caso, ma non nel secondo.

Il problema è affrontato nella sentenza dell'adunanza plenaria 23 marzo 2011 n. 3 anche se essa ha per oggetto il diverso tema dei rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria.

«Deve (...) rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (...) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139; 9 febbraio 2009 n. 717)».

La sentenza ipotizza, cioè, che tra le misure idonee a tutelare la situazione soggettiva del ricorrente, che impugna un provvedimento di rigetto della sua domanda, possa esserci la dichiarazione di

fondatezza della pretesa: come nel giudizio sul silenzio. Cosa che sarebbe possibile, io credo, solo se il ricorrente, in tal caso, non si limitasse ad esercitare un'azione di annullamento, ma ad essa abbinasse un'azione di condanna. Solo nell'ambito di quest'ultima, infatti, è prevista dal codice il potere-dovere del giudice di adottare misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva.

6. – Con l'introduzione dell'azione di condanna, dell'azione di accertamento della nullità (e dell'obbligo di provvedere) e dell'azione di esatto adempimento cui accenna l'art. 117 c.p.a. ("esatta adozione del provvedimento richiesto": comma 4), l'oggetto del processo amministrativo si estende.

Non è lecito, a mio avviso, intonare il *de profundis* al processo sull'atto, considerato che ancor oggi il processo amministrativo è nella massima parte dei casi un processo di impugnazione, e quindi un processo all'atto, e non un processo sul rapporto.

Il processo sul rapporto consegue, invece, alle azioni oggi ammesse nel processo amministrativo e che sono diverse dall'azione costitutiva di annullamento.

L'auspicio formulato mezzo secolo fa da Aldo Piras nella sua ponderosa monografia su interesse legittimo e processo amministrativo si realizza a conclusione di un percorso allora non previsto della legislazione e della giurisprudenza. Si realizza con l'introduzione, nel processo amministrativo, di azioni diverse dall'azione di annullamento. La pluralità di azioni, che caratterizza il c.p.a., costituisce a sua volta un riflesso del principio, che non è solo posto dalla nostra Costituzione, ma che è sancito anche dalla CEDU, della effettività della tutela giurisdizionale.

Guido CORSO  
Ordinario di Diritto amministrativo  
nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università Roma Tre