

MATERIALI UTILI PER LO SVOLGIMENTO DELLA TRACCIA DI AMMINISTRATIVO

Estratti di R, Chieppa – R. Giovagnoli, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè

2.1.1. *Casi cui dall'istanza del privato nasce un obbligo di provvedere.*

Va, peraltro, precisato che non ogni istanza (specie laddove provenga da un privato) fa automaticamente nascere in capo alla P.A. l'obbligo di provvedere. Si tratta di una questione molto importante, perché è solo in presenza di un obbligo di provvedere che l'inerzia dell'Amministrazione assume rilevanza giuridica *sub specie* di silenzio-rifiuto.

L'obbligo di provvedere sussiste, anzitutto, quando la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un'istanza, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata. 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.

Un obbligo di provvedere può comunque esistere anche in assenza di una espressa previsione legislativa che “tipizzi” l'istanza del privato (*Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2318*).

Al riguardo, possono individuarsi tre situazioni: *a) istanze dirette ad ottenere atti di contenuto favorevole; b) istanze di riesame di precedenti atti non impugnati; c) istanze dirette ad ottenere l'esercizio di poteri repressivi verso terzi.*

Quanto alla prima categoria, l'istanza diretta ad ottenere un provvedimento favorevole determina un obbligo di provvedere quando chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo. Non è seriamente dubitabile, infatti, che colui che ha un interesse differenziato e qualificato ad un bene della vita per il cui conseguimento è necessario l'esercizio del potere amministrativo sia titolare di una situazione giuridica che lo legittima, pur in assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa, a presentare un'istanza dalla quale nasce in capo alla P.A. quantomeno un obbligo di pronunciarsi.

Anche in questi casi, tuttavia, l'obbligo di provvedere, pur sussistendo in astratto, può risultare mancante in concreto. Ciò accade, ad esempio, secondo alcune pronunce, quando la domanda inoltrata dal privato sia manifestamente infondata o esorbitante dall'ambito delle pretese astrattamente riconducibili al rapporto amministrativo.

Quanto alla seconda categoria di istanze (quelle di riesame di precedenti atti non impugnati), secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, l'istanza del privato mirante ad ottenere il riesame da parte della Pubblica Amministrazione di un atto autoritativo, non impugnato tempestivamente dal medesimo, non comporta, di regola, la configurazione di un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo inficerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale che sono alla base dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e della inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti.

Maggiormente problematica è la terza categoria di istanze.

Laddove il privato solleciti l'esercizio di poteri sfavorevoli (repressivi, inibitori, sanzionatori) nei confronti di terzi, non è sempre agevole distinguere tra l'istanza che fa nascere l'obbligo di provvedere e il semplice “esposto”, che ha mero valore di denuncia inidonea a radicare una posizione di interesse tutelata sia dall'apertura del procedimento conclusivo, sia dalla conclusione dello stesso in modo conforme alle aspettative dell'istante.

Occorre, in altri termini, che il comportamento omissivo dell'Amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto, per l'appunto, titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile. Ove ciò accada, l'eventuale inerzia serbata dall'Amministrazione sull'istanza, assume una connotazione negativa e censurabile dovendo l'Ente dar comunque

seguito (anche magari esplicitando l'erronea valutazione dei presupposti da parte dell'interessato) all'istanza (*Cons Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318*).

[...]

Va segnalata anche la giurisprudenza comunitaria secondo cui la P.A. ha l'obbligo di riesaminare un atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario, anche quando esista ormai un giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Si fa riferimento, anzitutto, alla sentenza *Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, n. 453 Kuhne & Heitz*, in cui la corte di giustizia afferma che:

Il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora

- disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, [terzo comma], CE, e
- l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza.

La sentenza Kempter

Nella successiva sentenza della *Corte 1° febbraio 2008, C-2/06, Kempter* la Corte ha ulteriormente precisato, attenuando la portata restrittiva delle condizioni fissate dalla precedente decisione, che:

1) Nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione.

2) Il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza

■ 5. Interessi procedimentali.

Con l'espressione interesse procedimentale si fa riferimento ad una particolare situazione soggettiva che consiste nella pretesa al rispetto delle regole procedimentali che presidono l'esercizio del potere amministrativo.

Rientrano in tale categoria, ad esempio, gli interessi partecipativi, cioè gli interessi dei privati coinvolti dall'azione amministrativa a partecipare al procedimento secondo quanto previsto dalla l. n. 241/1990 (l'interesse a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento; a ricevere il preavviso di rigetto; a presentare memorie e documenti, etc.).

Interesse al tempo

Rientra fra gli interessi procedimentali anche l'interesse al rispetto della tempistica procedimentale, a che, cioè, l'amministrazione concluda il procedimento nei termini prestabiliti secondo quanto previsto dalla l. n. 241/1990.

È molto dibattuto se l'interesse procedimentale possa essere considerato un vero e proprio interesse legittimo. È preferibile la tesi negativa, considerate le profonde differenze che esistono tra le due categorie. Abbiamo visto che l'interesse legittimo è un interesse di natura sostanziale che ha ad oggetto un bene della vita che il privato ambisce a conservare o a conseguire. L'oggetto dell'interesse procedimentale è, invece, il mero rispetto delle regole procedimentali, a prescindere dalla spettanza del bene della vita.

È più corretto probabilmente ritenere che l'interesse procedimentale sia un aspetto dell'interesse legittimo, un parte del suo più vasto contenuto, nel senso che il titolare di un interesse legittimo ha anche un interesse procedimentale, a che cioè l'amministrazione osservi le regole del procedimento amministrativo.

La dequotazione dell'interesse procedimentale

La tendenza attuale è, comunque, quella di una perdita di importanza (“dequotazione”) dell'interesse procedimentale: esso non riceve, infatti, una tutela autonoma, a prescindere dalla spettanza del bene della vita.

Tale “dequotazione” emerge sotto due profili:

1) da un lato, la legge n. 15/2005, nel modificare la l. n. 241/1990 ha affermato il principio (almeno per i provvedimenti vincolati) della irrilevanza dei vizi procedimentali che non influiscono sul contenuto dispositivo del provvedimento (art. 21-*octies*, comma 2);

2) dall'altro, la giurisprudenza ha affermato che l'interesse procedimentale non merita una autonoma tutela risarcitoria: in tanto il privato può ottenere il risarcimento del danno in quanto riesca a dimostrare che gli spettava il bene della vita. La mera violazione procedimentale non consente, quindi, di ottenere il risarcimento del danno senza dimostrare la spettanza del bene della vita.

Il rispetto della tempistica procedimentale

Recentemente, tuttavia, il legislatore ha mostrato una spiccata attenzione per la tutela di un particolare interesse procedimentale: quello al rispetto della tempistica procedimentale.

Superando una posizione giurisprudenziale contraria espressa dall'Adunanza Plenaria del *Consiglio di Stato* (Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7) è stata, infatti, prevista (cfr. l'art. 2-*bis* della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 69/2009 e l'art. 30, comma 4, del codice del processo amministrativo) la risarcibilità del danno da mera inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

Il danno da mero ritardo

Ai sensi dell'art. 2-*bis* legge n. 241/1990 “Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

Art. 30, co. 4, c.p.a.

Le modalità processuali per la proposizione dell'azione sono disciplinate dall'art. 30, comma 4, del codice del processo amministrativo, che prevede che l'azione si propone innanzi al giudice amministrativo nel termine di 120 giorni. Tale termine inizia però a decorrere solo dopo un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento. In definitiva, quindi, scaduto il termine per provvedere, il privato ha un anno e 120 giorni per chiedere il risarcimento del danno.

Il danno non è automatico, ma va dimostrato di volta in volta: il privato potrà ottenere il risarcimento solo a condizione che dimostri che l'incertezza che ha subito a causa del ritardo gli ha provocato una perdita economica.

Il danno in esame non deriva dalla negazione del bene della vita, ma dall'incertezza che il privato subisce a causa della violazione del termine per la conclusione del procedimento.

Si pensi, ad esempio, ad una impresa che abbia chiesto una autorizzazione per realizzare un importante progetto di investimento in un certo territorio. Anche se l'istanza è infondata, l'impresa ha comunque interesse a che l'Amministrazione risponda nei termini, perché durante le more del procedimento, potrebbe immobilizzare capitali e perdere la possibilità di investire altrove.

Tempo del procedimento e class action

La certezza dei tempi diventa allora un bene della vita che, anche a prescindere dalla spettanza del provvedimento richiesto, merita una autonoma tutela risarcitoria.

L'interesse al rispetto del termine per la conclusione del procedimento amministrativo è ancora preso in considerazione dal d.lgs. n. 198/2009 che disciplina la c.d. *class action* nei confronti della P.A.

Il d.lgs. n. 189/2009

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto in esame, “*al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento [...]*”.

L'azione è qui diretta a tutelare un interesse di classe, più che un interesse individuale, e quindi presuppone che vi sia un ritardo sistematico nell'adozione di determinati provvedimenti derivati da una inefficienza organizzativa della P.A.

Il d.lgs. n. 198/2009 esclude espressamente che tramite la c.d. *class action* si possa richiedere il risarcimento del danno (art. 1, comma, 6): a tal fine, il privato dovrà agire, individualmente, con i rimedi ordinari.

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, quando, il giudice accoglie la domanda, accertando la violazione o l'omissione ordina “alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

Il rimedio, quindi, è volto ad eliminare l'inefficienza organizzativa che genera il ritardo sistematico e la sentenza (che è mista, di accertamento e di condanna) sembra diretta ad imporre alla P.A. un vero e proprio comportamento organizzativo. Il soggetto pubblico deve riorganizzarsi al fine di eliminare la causa del ritardo.

CAPITOLO V

I TEMPI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E L'INERZIA DELLA P.A.

GUIDA 1. Il tempo dell'azione amministrativa 2. Il silenzio-inadempimento (o silenzio-rifiuto) 3. La tutela contro il silenzio-rifiuto della P.A.: osservazioni generali 3.1. Il processo di formazione del silenzio-inadempimento 3.2. Il termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento 3.3. L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-inadempimento: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale fino al codice del processo amministrativo 4. L'ambito oggettivo di applicazione del rito speciale contro il silenzio della P.A.: il problema del silenzio significativo, del silenzio-rigetto, del silenzio su istanze volte a far valere diritti soggettivi 5. Ricorso contro il silenzio e riparto di giurisdizione 6. Diniego espresso sopravvenuto nel corso del giudizio contro il silenzio-rifiuto 7. Natura giuridica del commissario *ad acta* nominato in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto 8. I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio-rifiuto dopo il codice del processo amministrativo 9. Ricorso avverso il silenzio e risarcimento del danno.

■ 1. Il tempo dell'azione amministrativa.

Il tempo dell'azione amministrativa e, in particolare, il rapporto tra l'esercizio del potere amministrativo e i termini del procedimento, è stato, nel corso degli ultimi anni, al centro di un crescente interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Si tratta di un interesse senza dubbio stimolato dalla previsione, da parte dell'art. 2 della legge n. 241/1990, del principio della *certezza temporale* della *conclusione* del procedimento, ma poi alimentato dai numerosi interventi normativi, susseguitisi nel corso degli anni novanta, che hanno dedicato particolare attenzione alla tempistica procedimentale.

Già nello stesso contesto storico coevo all'entrata in vigore della legge n. 241/1990, si collocano, ad esempio, due importanti innovazioni riguardanti la rilevanza dei tempi procedurali.

L'art. 328 c.p.

Da un lato, la riforma del reato di omissione di atti di ufficio mediante la riscrittura dell'art. 328 c.p. che, al secondo comma, configura un reato di "messa in mora", incriminando l'omissione del pubblico ufficiale e la mancata esposizione delle ragioni del ritardo nel compimento dell'atto oltre il termine di trenta giorni dalla richiesta scritta di chi vi abbia interesse. Dall'altro, si fa riferimento

La l. n. 142/1990

alla legge n. 142 del 1990, di riforma delle autonomie locali, che introduce, sia pure in forma embrionale, alcuni meccanismi di accelerazione dei procedimenti svolti davanti alle amministrazioni territoriali.

Il d.lgs. n. 29/1993

Sempre nel corso degli anni novanta, altri interventi normativi confermano l'interesse del legislatore per il rispetto dei tempi procedurali. Si segnala, ad esempio, la riforma del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, che, nell'ambito di una generale valorizzazione del ruolo della dirigenza nell'attuazione degli strumenti di accelerazione del procedimento, espressamente prevede il potere sostitutivo dei dirigenti generali in caso di *inerzia* dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi.

La l. n. 59/1997

Ancora più significativa è la previsione, da parte dell'art. 17, lett. f), della legge 59/1997, di un indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento « per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento e di mancata o ritardata adozione del provvedimento ».

Anche se tale norma è rimasta per larga parte solo una misura programmatica, un passo decisivo verso il ristoro del pregiudizio patrimoniale patito dal privato a causa del silenzio dell'amministrazione è stato tuttavia compiuto dopo che

La sentenza n. 500/99

la *sentenza n. 500 del 1999* ha dato la stura alla risarcibilità degli interessi legittimi, con il riconoscimento, da parte del Giudice amministrativo, al quale la legge n. 205/2000 ha affidato la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, del danno da ritardo, talvolta configurato per il solo fatto dell'inosservanza del termine, a prescindere dal giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita.

Infine, un ruolo di primo piano nella ricostruzione complessiva della tematica dei tempi procedurali deve essere assegnato alla tutela processuale nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione, anche questa oggetto di una specifica previsione che, in occasione della riforma del processo amministrativo, ha

La l. n. 205/2000

introdotto un rito accelerato per i giudizi contro il silenzio (art. 21-bis della legge Tar, inserito dall'art. 2 legge n. 205/2000).

L'esigenza di apprestare rimedi efficaci nei confronti dell'inerzia della P.A. è, infine, alla base di alcuni importanti interventi normativi degli ultimi anni.

In particolare si deve segnalare:

a)

La legge n. 80/2005

la legge n. 80/2005 che ha riformulato l'art. 20 della legge n. 241/1990, generalizzando il silenzio-assenso, ora esteso a tutti i procedimenti ad istanza di parte con la sola eccezione dei provvedimenti rilasciati da Amministrazione preposte alla cura di interessi "qualificati" (difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente) e dei casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti formali (anche sul silenzio assenso si rinvia al capitolo successivo).

Inoltre, con riferimento a quei casi, oggi eccezionali, in cui l'inerzia della p.a continua a non avere valore provvedimento, il nuovo art. 2 della legge n. 241/1990 (nel testo risultante dalle modifiche apportate prima dalla legge n. 15 del 2005 e, poi, dall'art. 3, comma 6-bis d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005) ha introdotto novità di estremo interesse per quanto concerne: il procedimento di formazione del silenzio-rifiuto (eliminando la necessità della diffida), il termine per proporre ricorso (ormai sottratto alle forche caudine dei sessanta giorni), nonché l'intensità del sindacato giurisdizionale consentito al G.A. in sede di ricorso contro il silenzio-rifiuto (prevedendo espressamente la possibilità da parte del Giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza);

b)

La legge n. 69/2009

la legge n. 69/2009 che, oltre ad aver riformulato, abbreviandoli, i termini per la conclusione del procedimento, ha espressamente previsto la risarcibilità del danno da mero ritardo, derivante dall'inosservanza doloso o colposa del termine per la conclusione del procedimento, a prescindere dalla spettanza del bene della vita (cfr. art. 2-bis l.n. 241/1990). L'azione risarcitoria per danno da ritardo è oggi disciplinata nel codice del processo amministrativo (art. 30, comma 4) che prevede che esse può essere proposta innanzi al giudice amministrativo entro il termine di 120 giorni decorrente dopo un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Si prende atto che, in alcuni casi, l'incertezza circa l'esito di un procedimento può essere fonte di un pregiudizio economico (si pensi all'impresa che immobilizza capitali e perde opportunità alternative di investimento, in attesa della risposta della P.A. su una istanza volta ad ottenere un'autorizzazione alla realizzazione di un grande impianto industriale). In questi casi, anche se l'istanza

è infondata, vi è un danno ingiusto (che nasce dalla lesione dell'interesse al rispetto dei termini) che, ove abbia prodotto conseguenze economiche negative (che vanno provate volta per volta, non essendo stato previsto il risarcimento automatico), apre la strada al giudizio risarcitorio;

c)

Il d.lgs. 189/2009

il d.lgs. n. 198/2009 che, introducendo la c.d. *class action* contro la P.A. (*rectius*: il ricorso per l'efficienza dell'amministrazione) prevede che il rimedio è esperibile, fra gli altri casi, proprio in caso di violazione dei termini procedurali o di mancata adozione di atti amministrativi generali nel termine prescritto;

d)

Il codice del processo amministrativo

il codice del processo amministrativo (approvato con d.lgs. n. 104/2010) che conferma la specialità del rito avverso il silenzio e il potere del giudice amministrativo di valutare, in assenza di discrezionalità, la fondatezza dell'istanza;

e)

La legge n. 122/2010

la legge n. 122/2010 (di conversione del d.l. n. 78/2010) che, novellando l'art. 19 l. n. 241/1990) ha sostituito la denuncia di inizio di attività (d.i.a.) con la segnalazione certificata di inizio di attività (s.c.i.a.): a parte il profilo terminologico, una delle principali differenze rispetto al precedente istituto è che l'attività sulla base delle s.c.i.a. può essere iniziata immediatamente, senza attendere la scadenza del termine di trenta giorni previsto invece dalla precedente normativa sulla d.i.a.

Ancora, il recente d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (recante "Misure urgenti in materia di semplificazione e sviluppo"), come si è già visto nel capitolo precedente, ha introdotto ulteriori strumenti a garanzia del rispetto del termine di conclusione del procedimento, prevedendo in particolare un meccanismo sostitutivo in caso di inerzia della P.A. che si sostanzia nella possibilità per il privato di rivolgersi, decorso inutilmente il termine di conclusione del procedimento, ad un soggetto apicale dell'Amministrazione (che l'organo di governo ha l'obbligo di individuare) affinché questo emani il provvedimento entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto. Si tratta, è bene precisarlo, di uno strumento facoltativo, che non impedisce all'interessato di mettere subito in modo i rimedi giurisdizionali contro il silenzio-inadempimento.

Inoltre, il d.l. n. 5/2012, a ulteriore conferma della volontà del legislatore di disincentivare l'inerzia della p.a., vista come causa di inefficienza e di mancato sviluppo, ha previsto che:

a) le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti;

b) la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce oltre che elemento di valutazione della performance individuale, di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente;

c) entro il 30 gennaio di ogni anno, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsti dalla legge o dai regolamenti sono comunicati all'organo di governo della relativa Amministrazione;

d) nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte è espressamente indicato il termine previsto dalla legge o dai regolamenti di cui all'articolo 2 e quello effettivamente impiegato

■ 2. Il silenzio-inadempimento (o silenzio-rifiuto).

Il termine silenzio, nel diritto amministrativo, si riferisce tradizionalmente agli istituti preposti alla rimozione o alla prevenzione degli effetti negativi dell'inerzia della pubblica amministrazione, in vista della tutela dei soggetti interessati all'emanazione di un atto amministrativo.

Nei casi in cui l'inerzia dell'amministrazione non è diversamente disciplinata da una norma positiva, viene in considerazione l'istituto del silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento): si tratta di un rimedio di origine giurisprudenziale che presuppone l'interesse qualificato di un soggetto dell'emanazione di un atto e consiste nella possibilità di ricorrere al giudice amministrativo per ottenere l'attuazione coattiva del dovere di provvedere inadempito dalla P.A.

L'espressione "silenzio-rifiuto" richiama le origini dell'istituto, quando la giurisprudenza interpretava l'inerzia come atto negativo tacito, al fine di conferire un atto impugnabile davanti al giudice amministrativo. A partire dall'inizio degli anni sessanta, la concezione del silenzio come atto di rifiuto è stata abbandonata a favore di una concezione dell'inerzia come mero comportamento omissivo dell'amministrazione.

La giurisprudenza è, tuttavia, rimasta legata al nome originario dell'istituto, mentre in dottrina si è affermata la denominazione di silenzio-inadempimento, a sottolineare che l'inerzia costituisce violazione di un obbligo di provvedere posto a carico dell'amministrazione per la tutela del soggetto interessato all'emanazione dell'atto amministrativo.

■ 3. La tutela contro il silenzio-inadempimento della P.A.: osservazioni generali.

Le questioni che tradizionalmente si pongono nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo alla tutela del privato contro l'inerzia non qualificata della P.A. riguardano principalmente:

-

Procedimento di formazione

il procedimento di formazione del silenzio: se, dopo l'espressa previsione di un termine per provvedere da parte dell'art. 2 l. n. 241/1990, sia ancora necessario il complesso procedimento di formazione del silenzio-rifiuto di cui all'art. 25 T.U. n. 3/1957 o se, invece, ne sia stato introdotto uno più semplice, basato sul solo decorso del termine, senza necessità di presentare apposita diffida formale;

-

Termine di impugnazione

il termine d'impugnativa: se il privato sia soggetto all'ordinario termine di decadenza o, invece, possa rivolgersi al G.A. fino a quando persista l'inadempimento della P.A., rimanendo in capo a questa il potere-dovere di pronunciarsi sull'istanza;

-

Intensità del sindacato

l'intensità del sindacato consentito al G.A.: se il giudice amministrativo debba decidere i ricorsi avverso il silenzio-rifiuto, soltanto controllando il calendario, per dichiarare che scaduti i termini, bisognava e bisognerà provvedere oppure se debba valutare, nei limiti consentiti, la fondatezza della domanda.

3.1. Il processo di formazione del silenzio-inadempimento.

Il codice del processo amministrativo, ha introdotto importanti anche novità (in realtà già anticipate dalla legge n. 15/2005) riguardo al procedimento di formazione del silenzio-rifiuto.

Prima della novella legislativa del 2005, l'orientamento tradizionale, a partire dalla *sentenza n. 10 del 1978 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, rite

Non serve più la diffida

neva che per poter proporre ricorso contro il silenzio-rifiuto occorresse che all'originaria istanza del privato seguisse una procedura di constatazione dell'omissione attraverso una diffida giudizialmente notificata contenente l'espressa intimazione che, decorso il termine minimo di trenta giorni, sarebbe stata adita l'autorità giudiziaria.

L'applicabilità della procedura imperniata sulla diffida era stata, tuttavia, messa in dubbio sin dall'entrata in vigore dell'art. 2 legge n. 241/1990. Una parte della dottrina e della giurisprudenza riteneva, infatti, che questa norma, introducendo un sistema di predeterminazione dei termini per la conclusione del procedimento, avesse fatto venire meno la ragione principale della diffida, consistente, appunto, nell'individuare con certezza un termine finale, decorso il quale l'omissione diventa inadempimento sindacabile di fronte al G.A.

L'art. 2 della legge n. 15/2005 aveva posto fine alla disputa, prevedendo l'inserimento, dopo il comma 4, dell'art. 2 l. n. 241/1990, di un comma 4-bis, così formulato: « *Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, 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 fin tanto che perdura l'inadempimento e, in ogni caso, entro un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 e 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrono i presupposti* ».

Ora la disciplina del ricorso avverso il silenzio è stata tolta dal corpo della legge n. 241/1990 ed inserita nella sua sede naturale, ovvero nel codice del processo amministrativo. L'art. 2 della legge n. 241/1990 si limita a contenere una disposizione di rinvio al comma 8 in cui si prevede: “la tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo”.

L'art. 117 del c.p.a.

L'art. 117, comma 1, del codice prevede che il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno uno dei contro interessati nel termine di cui all'art. 31, comma 2. L'art. 31, comma 2, prevede a sua volta che l'azione può essere proposta fino a che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento, facendo, tuttavia, espressamente salva la riproponibilità dell'istanza.

3.2. Il termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento.

Prendendo atto che il ricorso avverso il silenzio-rifiuto non costituisce una azione impugnatoria, ma un'azione dichiarativa e di condanna, il legislatore (v. ora l'art. 31, comma 2, codice del processo amministrativo) ha previsto che la relativa domanda giudiziale non sia più sottoposta all'onere della previa diffida (che diviene ora facoltativa), e, in luogo dello stringente

Termine “lungo” annuale

termine decadenziale di 60 giorni (inizialmente applicato dalla giurisprudenza), ha previsto il termine “lungo” di un anno, decorso il quale, tuttavia, il privato non perde ogni possibilità di tutela.

Scaduto il termine annuale, egli, pur non potendo più “impugnare” il silenzio formatosi sulla sua prima istanza e ormai consolidato, potrà, tuttavia, sollecitare nuovamente l'esercizio del potere amministrativo, con una nuova istanza.

Riproponibilità dell'istanza

La previsione di un termine finale oltre il quale l'azione non è più proponibile ha 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.

Se la P.A. mantiene il proprio atteggiamento inerte anche sulla nuova istanza si formerà un altro silenzio-rifiuto censurabile davanti al G.A. entro un nuovo termine annuale.

Come si vedrà parlando del risarcimento del danno da silenzio, la perdurante inerzia non fa decorrere neanche il nuovo termine di decadenza per proporre l'azione risarcitoria per i danni subiti in conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, anche se la portata di tale principio è stata svuotata dalla previsione (art. 30, comma 4, codice del processo), che ha previsto che il termine di 120 giorni per proporre l'azione risarcitoria inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

3.3. L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-rifiuto: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale fino al codice del processo amministrativo.

La delimitazione dell'ambito della cognizione consentita al giudice amministrativo nel giudizio instaurato sulla base dell'inerzia dell'Amministrazione riflette — come è stato autorevolmente rilevato — « da un lato, l'evoluzione subita dal concetto stesso di inerzia nel corso dei decenni e, dall'altro, la crisi generale e la trasformazione del processo d'impugnazione ».

Al riguardo, è da registrare un'interessante evoluzione dottrinale, giurisprudenziale, culminata con l'approvazione del codice del processo amministrativo.

Le previsioni del codice del processo

Oggi il codice prevede espressamente che, nel ricorso contro il silenzio-rifiuto, il giudice amministrativo può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Questa norma, che pure pone alcuni delicati problemi interpretativi che esamineremo nel paragrafo seguente, rappresenta il punto di approdo di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale che appare utile ricostruire.

Volendo schematizzare, il tema in esame può essere affrontato distinguendo, in chiave diacronica, cinque diverse fasi.

I) La

I fase: escluso il sindacato sulla pretesa

prima va dalla “nascita” dell'istituto del silenzio-rifiuto sino alla decisione dell'**Adunanza plenaria n. 10 del 1978**. In tale periodo la giurisprudenza nega l'esame sulla fondatezza della pretesa: l'esame del giudice deve consistere nell'accertare, calendario alla mano, l'esistenza di un obbligo dell'Amministrazione di provvedere e l'inosservanza ingiustificata di tale obbligo da parte della stessa. In quest'ottica, quindi, la sentenza emessa avverso il silenzio-rifiuto è di mero accertamento perché o ribadisce l'obbligo della P.A. di provvedere, oppure lo dichiara inesistente.

II fase: si ammette il sindacato in caso di attività vincolata

II) La seconda inizia con la **pronuncia della Plenaria n. 10 del 1978** ed arriva sino alla legge n. 205/2000. A partire dalla fine degli anni '70, infatti, si è andato affermando, con riferimento al ricorso avverso il silenzio-rifiuto su atti vincolati, un orientamento innovativo volto a superare la tradizionale concezione che configura il processo amministrativo esclusivamente come impugnatorio.

Già con la **sentenza 10 marzo 1978 n. 10 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato**, si è ammessa per la prima volta la possibilità per il giudice amministrativo, limitatamente agli atti vincolati, di andare oltre il mero accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto e di pronunciarsi anche sulla fondatezza dell'istanza presentata dal ricorrente.

Tale posizione, inizialmente accolta con molta cautela, è stata poi recepita, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 2 legge n. 205/2000, dalla giurisprudenza prevalente, secondo la quale oggetto del giudizio di impugnazione del silenzio-rifiuto non è il silenzio in sé, bensì la fondatezza della pretesa del ricorrente. Il giudice amministrativo, quindi, non è chiamato a pronunciarsi solo sull'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, ma è altresì abilitato, sia

pure nel solo caso di atti vincolati, a verificare la fondatezza della pretesa stessa e a definire il contenuto del provvedimento che (avrebbe dovuto *e*) deve essere adottato.

III)

III fase: Ad. plen. 1/02 esclude il sindacato sulla pretesa anche se l'attività è vincolata

La terza fase è iniziata dopo l'introduzione da parte dell'art. 2 della legge n. 205/2000 di un rito speciale contro il silenzio-rifiuto della P.A. e terminata con la legge n. 80/2005: si afferma un secondo l'indirizzo interpretativo, accolto poi dall'Adunanza Plenaria *del Consiglio di Stato (n. 1/2002)* secondo cui l'art. 2. l. n. 205/2000 avrebbe circoscritto la cognizione del G.A. esclusivamente alla verifica dell'esistenza di un obbligo di provvedere della Amministrazione, precludendogli l'esame del merito dell'istanza anche nei casi di attività vincolata.

Il precedente indirizzo giurisprudenziale, si legge nella motivazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1/2002, « non può che cedere di fronte alla normativa sopravvenuta che definisce in modo compiuto la tutela giurisdizionale accordata al privato nei confronti del comportamento omissivo dell'amministrazione ». Ciò, però, continua la sentenza, non determinerebbe nessun « arretramento » rispetto al passato in quanto, il nuovo rito, grazie all'abbreviazione dei termini e alla possibilità di ottenere la nomina del commissario *ad acta*, nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza, assicura pur sempre al privato un significativo vantaggio anche rispetto all'indirizzo giurisprudenziale anzidetto.

IV fase: la l. n. 80/05 attribuisce il potere di conoscere della fondatezza della pretesa

IV) La quarta fase, è stata inaugurata con la riscrittura dell'art. 2 legge n. 241/1990 ad opera della l. n. 80/2005 che espressamente attribuisce al G.A. il potere di conoscere, nei giudizi contro il silenzio-rifiuto della P.A., « la fondatezza dell'istanza ».

Si deve evidenziare come la nuova disposizione, che recepisce gli insegnamenti della migliore dottrina, abbia una portata dirimpante, determinando, *per tabulas*, il superamento di quell'indirizzo giurisprudenziale, recepito dall'Adunanza Plenaria *del Consiglio di Stato* con la *pronuncia n. 1 del 2002*, volto a circoscrivere l'oggetto del sindacato del G.A. negli angusti limiti della verifica della scadenza del termine per provvedere.

La nuova norma, tuttavia, se, per un verso, ha sancito il superamento della tesi volta ad escludere la possibilità per il G.A. di accertare, nel giudizio *ex art. 21-bis* legge n. 1034 del 1971, la fondatezza dell'istanza presentata dal privato, per un altro ha sollevato delicate questioni interpretative.

Ci si chiedeva, infatti, sino a che punto potesse arrivare il sindacato del giudice amministrativo.

Giudizione di merito?

L'espresso riferimento al potere di valutare la fondatezza dell'istanza, contenuto nel nuovo art. 2, comma 5, legge n. 241/1990, imponeva, infatti, di verificare se il legislatore abbia voluto introdurre, nei giudizi contro l'inerzia non qualificata della P.A., una vera e propria giurisdizione di merito (in tal senso cfr. *C.G.A., 4 novembre 2005 n. 726*), nell'ambito della quale il G.A. può verificare la spettanza del bene della vita anche quanto viene in considerazione la discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione.

La risposta negativa di Cons. Stato n. 5311/2007

Il *Cons. Stato*, con una importante decisione (*sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311*), poi ribadita dalla giurisprudenza successiva, aveva chiarito che la nuova versione dell'art. 2 l. n. 241/1990 non aveva inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, aveva attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000; dal punto di vista sistematico si è previsto un meccanismo che ricorda il giudizio c.d. immediato (art. 26, l. n. 1034 del 1971).

Pertanto nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice poteva conoscere della accoglibilità dell'istanza:

a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione (in altri termini si potrà condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'an della pretesa ma nulla di più);

b) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto.

Appare interessante riportare le considerazioni che hanno indotto la il Consiglio di Stato ad escludere la tesi secondo cui la l. n. 80/2005 avrebbe istituito una nuova ipotesi di giurisdizione di merito.

Un primo ordine di obiezioni a questa tesi viene rinvenuta sul piano costituzionale.

Osserva in particolare il Consiglio che, interpretata nel senso della giurisdizione

Perché non si tratta di giurisdizione di merito

zione di merito, "la norma non si sottrarrebbe a censure di incostituzionalità, per aver previsto surrettiziamente una giurisdizione di merito senza confini, in cui sussiste in termini generali il potere del giudice di sostituirsi alla P.A. Al contrario la giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa" (*Sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311*).

Ulteriori critiche vengono mosse muovendosi, sul piano logico, sotto il profilo che:

a) sarebbe contraddittorio con il rito del silenzio che si consegua un risultato maggiore di quello ottenibile in un ordinario giudizio di legittimità finalizzato all'annullamento di un provvedimento illegittimo;

b) l'accertamento della fondatezza della pretesa nei casi di maggiore complessità sarebbe incompatibile con la struttura snella e celere del giudizio in base al più volte menzionato art. 21-bis, l. 1034 cit..

Per attribuire alla norma un significato utile e legittimo occorre, allora, secondo il Consiglio, muovere dai seguenti dati ermeneutici:

a) si attribuisce al giudice un potere da esercitarsi nell'ambito di un rito speciale improntato ad esigenze di snellezza;

b) non si obbliga ma si facoltizza il giudice a conoscere della fondatezza della pretesa, senza autorizzarlo a sostituirsi in via diretta alla P.A. adottando il provvedimento richiesto;

c) la cognizione sulla fondatezza dell'istanza può sfociare in un accertamento negativo per il richiedente.

Da qui la conclusione che la norma in commento non abbia inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, abbia attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000.

V)

amministrativo

La quinta ed ultima fase si apre con l'approvazione del codice del processo amministrativo (entrato in vigore il 16 settembre 2010). Ai sensi dell'art. 31, comma 3, nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

A differenza di quanto la giurisprudenza aveva sino ad ora ritenuto, quindi, l'accertamento della fondatezza della pretesa non è limitato all'attività vincolata, ma si estende ai casi in cui non residuano margini di discrezionalità per la P.A.

La formula è stata ripresa dal Governo dalla (eliminata) norma sull'azione di adempimento che riguardava sia i dinieghi sia il silenzio.

Si potrebbe obiettare che in caso di diniego vi è stato un esercizio della discrezionalità, sindacabile poi dal giudice, mentre in caso di silenzio l'amministrazione è rimasta inerte, con la conseguenza che sarebbe difficile ipotizzare, al di fuori dell'attività vincolata, al consumazione dei margini di discrezionalità.

Ciò che è evidente, comunque, è che l'eliminazione dell'azione di adempimento lascia una asimmetria nel giudizio amministrativo tra i maggiori poteri che il G.A. ha in caso di ricorso avverso il silenzio e quelli di cui dispone in ipotesi di eliminazione di un diniego.

■ 4. L'ambito oggettivo di applicazione del rito speciale contro il silenzio della P.A.: il problema del silenzio significativo, del silenzio-rigetto, del silenzio su istanze volte a far valere diritti soggettivi.

Individuato l'oggetto del sindacato giurisdizionale nel giudizio contro il silenzio della P.A., appare ora opportuno delimitare il campo di applicazione del rito speciale disciplinato dall'art. 117 c.p.a. (i principali elementi di specialità del rito consistono nel fatto che si svolge in camera di consiglio e non in pubblica udienza, che si conclude con sentenza in forma semplificata con la quale il giudice può anche nominare il commissario *ad acta*; che il commissario può essere nominato successivamente senza instaurare un vero e proprio giudizio di ottemperanza, ma sulla base di una semplice istanza).

Il rito speciale

solo per il silenzio-rifiuto

Secondo l'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, il rito speciale riguarda solamente il silenzio-rifiuto (detto anche, forse più correttamente silenzio inadempimento), ad esclusione, quindi, sia del silenzio significativo (silenzio-assenso, silenzio-diniego), in cui l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento, sia del silenzio-rigetto conseguente al decorso dei novanta giorni per la decisione del ricorso gerarchico.

Tale conclusione, d'altra parte, trova conferma sia nella struttura complessiva della norma — che, soprattutto nella previsione finale di un intervento sostitutivo dell'Amministrazione, sembra fare riferimento proprio a situazioni nelle quali all'inerzia non possano ricondursi effetti sostanziali o processuali specifici — sia nella *ratio* del nuovo rito che, fondandosi sull'esigenza di definire in tempi brevi il procedimento iniziato dal privato con la sua istanza, non ricorre nell'ipotesi di silenzio significativo, in cui la conclusione del procedimento è sancita dalla qualificazione dell'inerzia fatta dalla legge.

Va infine rilevato — come la giurisprudenza ha correttamente puntualizzato — che il nuovo rito abbreviato riguarda solo il silenzio-rifiuto in senso tecnico, ossia il comportamento omissivo che matura a fronte di un'istanza diretta a far valere una posizione di interesse legittimo, e non anche l'inerzia della P.A. a fronte di un'istanza diretta a far valere un diritto soggettivo (nella giurisdizione esclusiva del G.A.).

L'istituto del silenzio-rifiuto, elaborato dalla giurisprudenza come espediente per consentire l'accesso al giudice nell'ambito di una giurisdizione costruita essenzialmente come impugnazione dell'atto amministrativo, trova, infatti, la sua giustificazione nei casi in cui realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente sia subordinata alla valutazione della compatibilità con l'interesse pubblico e di conseguenza richieda la collaborazione dell'Amministrazione cui, istituzionalmente, compete tale valutazione. Quando invece il privato è titolare un diritto soggettivo, e quindi fa valere un interesse che non è correlato al potere dell'Amministrazione, la procedura del silenzio appare del tutto inutile, perché l'istante può ottenere una tutela più diretta ed immediata tramite un'azione di accertamento, senza la necessaria intermediazione di un provvedimento formale (*Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 215*).

■ 5. Ricorso contro il silenzio e riparto di giurisdizione.

Individuate le tipologie di silenzio cui si applica il nuovo rito, si pone un ulteriore interrogativo: occorre stabilire se l'art. 117 del codice del processo amministrativo (che disciplina il rito speciale in materia di silenzio) sia soltanto una norma sul processo, che presuppone senza fondarla la giurisdizione del G.A., o se, al contrario tale disposizione faccia del silenzio una materia autonoma — distinta da quella materia su cui la domanda del privato verte — nella quale il G.A. può esercitare sempre la propria giurisdizione (a favore di questa tesi. *T.a.r. Abruzzo, Pescara, 26 gennaio 2001, n. 57*, rimasto però isolato).

La norma presuppone la giurisdizione

Certamente da preferire è la tesi secondo cui la norma operi esclusivamente sul piano processuale, presupponendo e non fondando la giurisdizione del G.A. L'applicazione del nuovo rito richiede, quindi, una verifica preliminare tendente ad accertare l'esistenza della giurisdizione del G.A. sulla materia nella quale l'Amministrazione è rimasta inerte di fronte all'istanza del privato. In tal senso è, del resto, orientata la giurisprudenza prevalente che ha in diverse occasioni affermato che il silenzio dell'amministrazione può configurarsi solo rispetto al mancato esercizio del potere, mentre, allorché si deduca la lesione di un diritto soggettivo, occorre proporre un'azione di accertamento volta ad ottenere il riconoscimento di quel diritto (così, nel vigore della disciplina previgente: *Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2006, n. 6003*).

■ 6. Diniego espresso sopravvenuto nel corso del giudizio contro il silenzio-rifiuto.

Può accadere che, impugnato il silenzio-rifiuto *ex art. 117* codice del processo amministrativo, sopravvenga un diniego espresso da parte dell'amministrazione.

La questione, prima del codice aveva sollevato delicati problemi interpretativi.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, instaurato il giudizio contro l'inerzia della pubblica amministrazione, qualora questa decida di esercitare fi

Il dibattito prima del codice

nalmente il proprio potere, il ricorso contro il silenzio diventa improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se l'istanza sia stata rigettata), ovvero per cessazione della materia del contendere (se l'istanza sia stata accolta e sia stato conseguito effettivamente il bene della vita al quale in concreto il ricorrente aspira). Infatti, ogni qualvolta l'amministrazione eserciti la funzione pubblica con un provvedimento espresso, viene meno l'esigenza di certezza sottesa alla *ratio* della norma di cui all'art. 21-*bis* l. Tar, sicché il giudice amministrativo, *ante omnia*, dovrà limitarsi a prenderne atto, con le consequenziali statuizioni processuali a seconda del contenuto del provvedimento esplicito; in questo frangente, dunque, sarà inibita ogni valutazione circa la fondatezza della pretesa sostanziale, che troverà la naturale sede di scrutinio nell'eventuale giudizio di legittimità che il richiedente insoddisfatto vorrà intraprendere (*Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2007 n. 5311*).

Problema ulteriore era quello della modalità di contestazione del provvedimento sopravvenuto negativo.

Parte della giurisprudenza aveva ritenuto che con il ricorso avverso il silenzio si potesse impugnare unicamente il silenzio serbato dalla P.A. sull'istanza, ma non anche il provvedimento sopravvenuto, con la conseguenza che il privato che aveva già subito le conseguenze dell'inerzia era costretto ad intraprendere un nuovo giudizio avverso il provvedimento sopravvenuto, non potendo impugnare con motivi aggiunti il nuovo atto e chiedere eventualmente la conversione del rito.

Esclusa la proponibilità di motivi aggiunti

Era, infatti, stato affermato che il rito speciale (disciplinato dall'art. 21-bis l. Tar) ha per oggetto il silenzio ed è avulso dal soddisfacimento dell'interesse sostanziale, perché mirante esclusivamente alla rimozione della situazione di inerzia; pertanto, anche per evitare facili elusioni dei tempi ordinari di trattazione delle controversie, si escludeva che potessero proporsi motivi aggiunti avverso il provvedimento amministrativo sopravvenuto nel corso del medesimo e si escludeva parimenti la conversione del rito speciale in ricorso volto ad introdurre un giudizio ordinario di legittimità (*Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3741*).

Si trattava di una situazione formalistica che poteva in concreto costituire un evidente ostacolo all'effettività della tutela giurisdizionale, in quei casi in cui il privato aveva contestato il provvedimento sopravvenuto con motivi aggiunti proposti nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio, l'inammissibilità anche della conversione del rito determinava la necessità di impugnare il nuovo atto con rito ordinario con il rischio di una declaratoria di irricevibilità del ricorso per tardività (avrebbe dovuto invocare l'errore scusabile per avere impugnato l'atto tempestivamente con motivi aggiunti, dichiarati inammissibili, e tardivamente con ricorso ordinario).

La soluzione accolta dal codice

Il Codice (art. 117, comma 5) ora ha risolto tale problema, prevedendo che se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, 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 con tale rito.

La norma costituisce attuazione del principio del cumulo delle domande, codificato dall'art. 32, che prevede che è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale e che se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo IV del Libro IV (rito speciale in determinate materie e in materia di appalti pubblici, che prevalgono sul rito ordinario) (CHIEPPA).

Annessioni all'impugnazione con motivi aggiunti e

la conversione del rito

Il provvedimento sopravvenuto e anche quello solo connesso può quindi essere impugnato con motivi aggiunti nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio e, in questo caso, il giudizio prosegue con il rito ordinario (o con il diverso rito previsto per tale impugnazione).

Si evitano così formalismi e si evita anche che la contestazione di un provvedimento espresso possa seguire un diverso e semplificato rito e beneficiare di esigenze acceleratorie, collegate alla sola inerzia della P.A. In tali ipotesi è prevista la conversione obbligatoria del rito camerale, essendo sopravvenuto il provvedimento espresso e incentrandosi il contenzioso su quest'ultimo.

■ **7. Natura giuridica del commissario *ad acta* nominato in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto.**

Ai sensi dell'art. 117, comma 2, codice del processo amministrativo, il ricorso avverso il silenzio è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso il giudice ordina all'Amministrazione di provvedere entro un termine non superiore di norma a trenta giorni. Il comma 3 prevede poi che il giudice nomina, se occorre, un commissario *ad acta* con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

Ci si chiede quale sia la natura giuridica del commissario *ad acta* nominato in sede di ricorso avverso il silenzio.

Dottrina e giurisprudenza sono state a lungo impegnate nella qualificazione giuridica del commissario *ad acta*, incontrando in tale opera ricostruttiva notevoli difficoltà, in parte dovute alla stessa duplicità di natura del giudizio di ottemperanza, ora ricondotto all'attività giurisdizionale ora all'attività amministrativa.

Come è noto, con riferimento alla natura giuridica del commissario *ad acta* sono state prospettate tre tesi: organo straordinario ausiliario del giudice; organo straordinario dell'amministrazione; organo misto, per alcuni aspetti ausiliario dell'amministrazione e per altri del giudice.

Se per il commissario *ad acta* nominato in sede di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato, prevale la tesi secondo cui si tratta di un organo ausiliario del giudice (tesi che ha ricevuto anche l'importante avallo dell'Adunanza plenaria **n. 23 del 1978**), il dibattito è, invece, tutt'ora aperto per quello nominato *ex art. 117 c.p.a.*, per porre rimedio alla persistente inerzia dell'Amministrazione.

Ottemperanza anomala

In questo caso, infatti, secondo la tesi preferibile, non si ha un vero e proprio giudizio di ottemperanza, tant'è che l'art. 117 c.p.a. non rinvia alle norme sul giudizio di ottemperanza, ma si limita a prevedere la nomina di un commissario *ad acta*. Si ha, più propriamente, una ottemperanza “anomala” o “speciale”, dove la specialità risiede nella circostanza che si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio.

Anzi, proprio prendendo atto della unitarietà che ormai lega la fase di cogni-

Il commissario può essere nominato già in sede di cognizione

zione sull'inadempimento dell'amministrazione e la successiva fase esecutiva, il codice del processo, recependo una soluzione già anticipata dalla giurisprudenza (**Cons. Stato, sez. V, n. 30/2002**), ha previsto la possibilità, di disporre in via contestuale l'ordine di provvedere e la nomina del commissario *ad acta*, il quale, in questi entrerà in funzione non subito, ma solo quando si protragga l'inerzia dell'Amministrazione).

Ma la specialità di questa forma di ottemperanza deriva anche dal fatto che il commissario *ad acta* nominato ai sensi dell'art. 117 c.p.a., può assumere un ruolo del tutto inedito, in quanto la sua attività può non essere volta al completamento ed all'attuazione del *dictum* giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione.

Ed infatti, anche dopo l'entrata in vigore del codice, il giudice amministrativo, chiamato a giudicare sul ricorso contro il silenzio-rifiuto della P.A., può limitarsi, ove l'attività amministrativa di cui il privato sollecita l'esercizio ha natura discrezionale, dichiarare l'esistenza dell'obbligo di provvedere, senza svolgere però alcuna valutazione in ordine alla fondatezza della pretesa sostanziale dell'istante. Questo può accadere o perché il ricorrente non chiede il giudizio sulla fondatezza della pretesa, o perché il giudice ritiene, a torto o a ragione, che non vi siano i presupposti per esercitare tale sindacato, perché il provvedimento richiesto dal privato involge valutazioni discrezionali dell'Amministrazione.

Non a caso, l'art. 31, comma 2, prevede che il giudice “può” pronunciare sulla fondatezza della pretesa, quindi, il sindacato sul rapporto come una eventualità, e non come una componente necessaria della sentenza sul silenzio.

Particolari poteri del commissario ex art. 117 c.p.a.

Ed allora, in tutti i casi in cui il giudice amministrativo si sia limitato soltanto a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza vincolare in alcun modo la successiva attività amministrativa, il commissario *ad acta*, nominato in caso di persistente inerzia della P.A., viene a disporre di uno spazio di libertà sicuramente sconosciuto all'analoga figura nominata in sede di esecuzione al giudicato. Non vi è, infatti, una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma un semplice atto di nomina, con cui il giudice non dice all'amministrazione come deve provvedere, ma demanda tutto all'organo amministrativo straordinario che è il commissario.

Si ha qui, allora, un commissario che assomiglia più ad un organo dell'Amministrazione che ad un ausiliario del giudice.

Assomiglia più a un organo della P.A.

Quella appena prospettata è una plausibile ricostruzione del dato positivo. È tuttavia senz'altro possibile, come la migliore dottrina non ha mancato di evidenziare, una diversa ricostruzione, secondo cui l'art. 21-bis contemplerebbe un vero e proprio giudizio di ottemperanza: il previsto atto di nomina sarebbe una vera e propria sentenza di ottemperanza in cui il giudice detta anche le direttive per l'operato dell'Amministrazione. Ricostruita la norma, in questi termini, si avrebbe almeno nella fase esecutiva del giudizio, un vero e proprio giudizio di merito e il commissario dovrebbe essere qualificato come ausiliario del giudice, o, al più, come un organo misto (sul tema cfr. *Cons. Stato, 25 giugno 2007, n. 3602*).

■ **8. I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio-inadempimento dopo il codice del processo amministrativo.**

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza assolutamente prevalente riteneva che non vi fossero controinteressati in senso proprio nei ricorsi contro gli atti di diniego e nei ricorsi contro il silenzio dell'amministrazione.

Secondo il Giudice amministrativo, infatti, controinteressato è solo colui che abbia acquisito una determinata posizione giuridica in virtù e per conseguenza diretta dell'atto impugnato e che, quindi, si trovi a difendere dal richiesto annullamento una posizione attribuitagli da quell'atto.

La tesi tradizionale esclude che ci siano controinteressati

Nel giudizio contro il diniego, al contrario, non può esservi alcun controinteressato perché l'atto impugnato non attribuisce a nessuno posizioni favorevoli, e, anzi, non innova in nulla la situazione esistente, ma si limita, semmai, ad evitare un pregiudizio al terzo.

Il diniego, in altri termini, come tutti i provvedimenti negativi, non crea posizioni nuove, limitandosi a confermare lo *status quo* esistente. Esso, quindi, lede direttamente solo il soggetto che ha richiesto il provvedimento rifiutato, ma non reca alcun diretto e preciso vantaggio a nessuno.

L'assenza di controinteressati, in tale prospettiva, è ancor più evidente nel giudizio contro il silenzio-inadempimento, mancando qui, più radicalmente, proprio l'atto fonte di utilità per eventuali terzi.

Ebbene, a questi terzi, la giurisprudenza riconosce una tutela che si estrinseca nella possibilità di proporre intervento volontario *ad opponendum* (cfr. *Cons. Stato, Ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2*; *Cons. Stato, Ad. Plen., 24 luglio 1997, n. 15*), oppure, in mancanza, nella possibilità di impugnare il provvedimento che l'amministrazione adotti in seguito al giudicato, il quale, ove non abbiano partecipato al relativo giudizio, non è loro opponibile.

Questa forma di tutela riservata al terzo nel giudizio contro il silenzio-inadeguata è apparsa inadeguata, soprattutto quando al G.A. è stato riconosciuto il potere di valutare la fondatezza dell'istanza e, quindi, di predeterminare il contenuto del provvedimento che la P.A. dovrà adottare.

Inconvenienti della tesi tradizionale

In questi casi, il rimedio rappresentato dalla possibilità per il terzo di impugnare il successivo provvedimento emanato dalla P.A. in esecuzione di un giudicato che non lo vincola se non ha partecipato al relativo giudizio, appare insufficiente: « non pare affatto facile la posizione di chi attacca un atto che ha alle spalle un accertamento giurisdizionale sulla fondatezza dei suoi presupposti, o addirittura adottato in corrispondenza alla dichiarazione giudiziale di un preciso obbligo in tal senso, e che deve condurre tale attacco dinanzi allo stesso giudice che ha ordinato l'adozione dell'atto. Considerare adeguata e ragionevole tale possibilità di tutela sembra ingenuo » (così CORLETTI).

Per evitare questi inconvenienti, si avvertiva l'esigenza di coinvolgere il terzo nel processo prima che venga pronunciata la sentenza.

Le novità del codice

Ora il codice si fa carico di questa esigenza di tutela prevedendo espressamente che il ricorso avverso il silenzio debba essere notificato a pena di inammissibilità (oltre che all'Amministrazione inerte), ad almeno uno dei controinteressati (art. 117, comma 1, c.p.a.).

Ammettendo che anche nel giudizio contro il silenzio possano esservi controinteressati, si determina un ampliamento della tradizionale nozione, che finisce quindi per abbracciare non solo chi trae un vantaggio dal provvedimento impugnato e che sia individuato nel contenuto dell'atto, assiste, quindi, ad un sicuro ampliamento della tradizionale nozione di controinteressato,

Nasce però il problema di comprendere quando, nel giudizio contro il silenzio-inadempimento, possa configurarsi un controinteressato in senso proprio. È difficile, infatti, sostenere che vi siano sempre controinteressati, perché altri

Una nuova

nozione di controinteressato

menti si corre il rischio opposto di sacrificare eccessivamente la posizione del ricorrente, costringendolo a faticose ricerche.

Al riguardo, sembrano necessarie, due condizioni concorrenti.

Anzitutto, è necessario che il ricorso contro il silenzio sia diretto a stigmatizzare l'inerzia della P.A. all'istanza con riferimento ad una istanza del privato diretta ad ottenere un provvedimento sfavorevole verso terzi. In tal caso, infatti, considerato che il terzo sarebbe destinatario diretto, se il ricorso venisse accolto, di un provvedimento restrittivo della sua sfera giuridica, risulta difficile negargli la veste di controinteressato in senso almeno sostanziale, a prescindere dalla artificiosa distinzione giurisprudenziale tra interesse a conservare un vantaggio e interesse ad evitare un danno.

Oltre a tale dato sostanziale, per non sacrificare in misura eccessiva la posizione del ricorrente costringendolo, a pena di inammissibilità del ricorso, ad andare alla ricerca di eventuali controinteressati anche quando non siano facilmente individuabili, occorre un ulteriore elemento di carattere formale: che il destinatario del provvedimento favorevole sia individuato o facilmente individuabile sulla base dell'istanza presentata dal privato all'amministrazione e sulla quale si è formato il silenzio-rifiuto.

Così, ad esempio, se Tizio presenta un'istanza all'amministrazione con la quale chiede l'adozione di un provvedimento con cui si ordina la demolizione di un immobile abusivo appartenente a Caio, è difficile negare, in caso di silenzio dell'amministrazione, che il successivo ricorso proposto da Tizio contro il silenzio-rinadempimento della P.A. debba essere notificato anche a Caio, onde consentirgli di esercitare appieno il suo diritto di difesa nell'ambito del giudizio il cui vero oggetto consiste nello stabilire se l'immobile di sua proprietà dovrà essere demolito

■ 9. Ricorso avverso il silenzio e risarcimento del danno.

Il principio di concentrazione delle azioni e di cumulo delle domande vale anche in relazione alla possibilità di cumulare il ricorso avverso il silenzio con la domanda di risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Art. 117, comma 6 c.p.a.

Il codice ha ora previsto che se l'azione di risarcimento del danno è proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria (artt. 117, comma 6).

La disposizione in primi luogo ammette la proponibilità contestuale delle due domande, finora esclusa dalla giurisprudenza e, a differenza di quanto previsto per l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto, non stabilisce una conversione obbligatoria del rito, ma lascia al giudice il potere di decidere con rito camerale l'azione avverso il silenzio, rinviando al rito ordinario la trattazione delle domanda risarcitoria.

È, quindi, anche possibile che il giudice definisce con il rito camerale anche la domanda risarcitoria il cui esame non richieda accertamenti complessi (CHIEPPA).

La conversione del rito camerale in rito ordinario è quindi facoltativa ed è rimessa alla valutazione del giudice.

Va segnalato che la norma fa riferimento alla proposizione congiunta dell'azione avverso il silenzio e della domanda risarcitoria, ma non dovrebbe essere esclusa la possibilità che la domanda risarcitoria sia proposta con motivi aggiunti nell'ambito del giudizio avverso il silenzio.

Infine, si deve considerare che la domanda dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito a causa dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento deve essere proposta entro 120 giorni dal decorso di un anno dalla scadenza del termine per provvedere (in sostanza entro 1 anno e 120 giorni dalla scadenza del termine per provvedere).

Non essendo stata prevista una norma espressa che consenta al ricorrente di attendere l'esito dell'azione avverso il silenzio (come, invece, è previsto per risarcimento e azione di annullamento dall'art. 30, comma 5), il ricorrente, nell'approssimarsi della scadenza del termine di 1 anno e 120 giorni sopra menzionato dovrà comunque proporre la domanda risarcitoria, anche in assenza di certezze sul contenuto dell'obbligo di provvedere.

Ciò limita con evidenza la strategia processuale della parte e sarebbe stato preferibile lasciare la formulazione dell'art. 30, comma 4, come ipotizzata dal Consiglio di Stato, nel senso, cioè, che l'azione risarcitoria poteva essere proposta senza limiti finché perdura l'inadempimento.

CAPITOLO IV

IL DANNO DA RITARDO (O DA INOSSERVANZA DEI TERMINI DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO)

GUIDA 1. Le fattispecie di danno da ritardo e il riparto di giurisdizione 2. I presupposti del risarcimento del danno da ritardo 3. La domanda di risarcimento del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento nel Codice del processo amministrativo.

■ 1. Le fattispecie di danno da ritardo e il riparto di giurisdizione.

Una peculiare ipotesi di responsabilità della P.A. è quella del c.d. danno da ritardo, alla quale sono ricondotte fattispecie diverse fra loro:

a) in alcuni casi il ritardo, produttivo del danno

Le tre ipotesi di danno da ritardo

, deriva dal fatto che l'amministrazione ha dapprima adottato un provvedimento illegittimo, sfavorevole al privato (ad es., diniego di permesso di costruire), ed ha poi emanato altro provvedimento, legittimo e favorevole, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del primo atto;

b) in altre ipotesi, pur in assenza di un provvedimento illegittimo, il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento (es., permesso di costruire rilasciato in notevole ritardo;

c) il ritardo procedimentale, di cui alla precedente fattispecie, viene ritenuto da alcuni potenzialmente produttivo di danno risarcibile, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo, legittimo ma adottato con ritardo, sia sfavorevole per il privato, potendo quest'ultimo aver subito dei danni per non aver ottenuto il tempestivo esame della propria istanza e per non aver quindi appreso, entro i termini previsti, della non accoglibilità della stessa (es., diniego di permesso di costruire, legittimo, ma adottato ben oltre il termine previsto, oppure mancata definizione dell'istanza del privato in assenza di un accertamento della spettanza del bene della vita).

Le tre fattispecie sono nettamente diverse fra loro: nel primo caso si rientra nella c.d. responsabilità da provvedimento, in quanto il danno è provocato dal primo diniego (illegittimo) e dal conseguente ritardo nel rilascio del provvedimento richiesto; le altre due ipotesi attengono invece a danni (da ritardo procedimentale) non direttamente causati da provvedimenti illegittimi (anzi in entrambi i casi i provvedimenti sono legittimi).

Per quanto concerne le domande risarcitorie e il silenzio non qualificato della P.A., è ormai pacifica la tesi della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo; in primo luogo, da sempre è il giudice che tutela le pretese del cittadino nei confronti del silenzio dell'amministrazione, sempre che ovviamente l'inerzia riguardi l'esercizio di veri e propri poteri pubblici.

Peraltro, la scissione della tutela reale e della tutela risarcitoria del silenzio davanti a due giurisdizioni si porrebbe in contrasto, oltre che col valore dell'effettività, anche col principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111 Cost.*, tenuto conto che il giudizio sul silenzio della P.A. è strettamente connesso con il sindacato sul potere pubblico ed anche il giudizio risarcitorio è legato alle successive manifestazioni del potere pubblico.

La giurisdizione del G.A. sul danno da ritardo è stata ritenuta sussistere sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte di Cassazione.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dalla IV Sezione, nell'esaminare una fattispecie assimilabile all'ipotesi *sub c)* descritta in precedenza, ha affermato che ai fini della giurisdizione rileva unicamente l'inerenza a un potere di natura

autoritativo della mancata emanazione del provvedimento nei tempi prefissati, cioè un ritardo che assume giuridica rilevanza perché derivante dal mancato tempestivo esercizio del predetto potere (*Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7*).

Non sembra esservi dubbio sul fatto che il rilascio di un permesso di costruire o di un provvedimento di condono o sanatoria costituisca esercizio di un potere autoritativo, non importa in che misura vincolato o discrezionale. Nessuno dubiterebbe della sussistenza della giurisdizione amministrativa

*In tutte le ipotesi di danno da ritardo
sussiste la giurisdizione amministrativa*

in caso di provvedimento di diniego; né della conseguente giurisdizione del giudice amministrativo per i danni derivanti dall'illegittimo diniego. Non sembra allora coerente con il disposto della legge n. 205, ritenere che l'omesso esercizio del potere, e il danno che in tesi ne deriva, debba seguire sorte diversa in punto di giurisdizione.

Il potere delineato dalla norma ha natura autoritativa e l'omesso esercizio del potere — sia che venga sindacato al fine di ottenere il provvedimento sia che se ne lamenti l'illegittimità a fini risarcitori — costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio (che a sua volta può dar luogo a un provvedimento positivo o negativo), la quale non sembra poter essere trattata alla stregua di un mero comportamento, cioè di un provvedimento svincolato dall'esercizio di un potere autoritativo.

Anche con le già citate *ordinanze n. 13659 e n. 13660 del giugno 2006*, la Cassazione, nell'affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sui danni da provvedimento, ha sottolineato, in conformità con la Plenaria, che appaiono riconducibili alla giurisdizione del giudice amministrativo i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio.

Secondo la Cassazione, ciò che viene qui in rilievo è bensì un comportamento, ma il comportamento si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo, non di un diritto soggettivo.

Peraltro, l'art. 2-bis della legge n. 241/90

L'art. 2-bis della L. 241/90

, introdotto dalla legge n. 69/2009, ha disciplinato le conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento, stabilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento e che le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (tale secondo comma, che prevedeva anche che il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni è stato poi abrogato dal d.lgs. n. 104/2010, che ha approvato il Codice del processo amministrativo, che ora include, nell'art. 133, l'attribuzione al G.A. della giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento).

Alcun dubbio vi può, quindi, essere oggi sulla sussistenza della giurisdizione del G.A. sulle varie tipologie di danno da ritardo.

■ 2. I presupposti del risarcimento del danno da ritardo.

Descritte le diverse fattispecie di danno da ritardo e affrontati i profili attinenti al riparto di giurisdizione, va osservato che minori certezze vi sono sui presupposti della responsabilità dell'amministrazione per i ritardi nella sua azione amministrativa.

Rispetto alla tesi che riteneva possibile una ricostruzione del danno da ritardo inteso come danno conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento, l'adunanza plenaria

Secondo la plenaria, non spetta il danno da ritardo, se non spetta il bene della vita

del Consiglio di Stato ha optato per la necessità dell'accertamento della spettanza del bene della vita e della proposizione della diffida nel sistema previgente l'entrata in vigore delle modifiche introdotte con il d.l. n. 35/2005, convertito in legge n. 80/05 (*Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7*).

Secondo la Plenaria, il ritardo da parte della P.A. nella definizione delle istanze del privato non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità per danni. Il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita"); deve pertanto ritenersi che non sia possibile accordare il risarcimento del danno da ritardo della P.A. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute intangibili per la omessa proposizione di una qualunque impugnativa.

Si osserva che la questione della diffida non è più attuale, in quanto a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 6-bis del d.l. n. 35/2005 convertito nella legge 80/05, non è più necessario, ai fini della rituale formazione del silenzio-rifiuto, che la presentazione dell'istanza sia seguita, dopo la scadenza dei termini procedimentali, dalla notifica di apposito atto di diffida, che nel sistema previgente rappresentava la *condicio sine qua non* per la costituzione delle inadempienze pubblicistiche.

È stata, invece, oggetto di critiche

Critiche alla tesi della plenaria

l'esclusione in assoluta della risarcibilità dei danni subiti per non aver saputo nei tempi fissati dalla legge se una determinata istanza poteva essere accolta, o meno; anche il tempo

Anche il tempo è un bene della vita

è un bene della vita per il privato e non può essere in astratto escluso che il ritardo anche nel ricevere un provvedimento sfavorevole possa comportare conseguenze negative anche sotto il profilo patrimoniale (ad es., non aver optato per altre soluzioni, in attesa della risposta tardiva della P.A.).

Un argomento a favore del superamento della tesi della Plenaria potrebbe essere tratto dal nuovo art. 2-bis della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 69/2009, che disciplina le conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento, stabilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Pur lasciando la norma aperta la questione sui presupposti per accedere alla tutela risarcitoria in caso di danni da ritardo, sembra potersi ricavare un *favor* del legislatore per una risarcibilità anche del danno da mero ritardo (ove provato), non collegato alla ritardata attribuzione di un bene della vita.

In questo senso, è stato riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (*Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre*

2010 *n. 1368*, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo, atteso che l'inosservanza del termine massimo di durata del procedimento ha comportato, quale immediata e pregiudizievole conseguenza, l'assoluta imprevedibilità dell'azione amministrativa e quindi l'impossibilità per il soggetto privato di rispettare la programmata tempistica dei propri investimenti).

Per quanto concerne l'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per danno da ritardo, si rinvia ai principi generali esposti, in questa parte, nel cap. II, limitandosi ad evidenziare come in presenza della violazione del termine di conclusione del procedimento, ben difficilmente l'amministrazione potrà dimostrare la sussistenza di un errore scusabile (tranne casi eccezionali), essendo suo compito predisporre misure organizzative idonee a consentire il rispetto di termini normativamente previsti.

Per completare il quadro, si ricorda che in passato non venne attuato il criterio di delega di cui all'art. 17, comma 1, lettera f), della legge n. 59/1997 (introduzione per il semplice ritardo della P.A.

L'indennizzo forfetario e automatico per i ritardi della P.A.

di forme di indennizzo automatico e forfetario) e che, comunque, tale indennizzo non avrebbe fatto venir meno l'eventuale risarcimento del maggior danno, da provare secondo i criteri ordinari e risarcibile anche se il provvedimento richiesto non spettava al richiedente, qualora questi dimostri di aver subito comunque un pregiudizio (prova non facile, ma da non escludere in assoluto).

Al momento, una forma di indennizzo automatico e forfetario (che è cosa diversa e ulteriore rispetto al risarcimento) è stato previsto dalla l.r. Toscana

La soluzione della Regione Toscana

23 luglio 2009 n. 40 (l. di semplificazione e riordino normativo 2009) che, all'art. 16, 1° comma, ha previsto l'obbligo per la Regione, gli altri enti e organismi (anche di diritto privato) dipendenti dalla Regione, le aziende sanitarie e gli enti del servizio sanitario regionale, di corrispondere agli interessati che ne facciano richiesta, « in caso di inosservanza dei termini per la conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza.....una somma di denaro a titolo di indennizzo per il mero ritardo, stabilita in misura fissa di 100,00 euro per ogni dieci giorni di ritardo, fino a un massimo di 1.000,00 euro. Resta impregiudicato il diritto al risarcimento del danno » (con onere per l'interessato di presentare apposita istanza entro un anno dalla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento). Incidentalmente, si rileva che la novità potrebbe aprire il problema della giurisdizione davanti a cui far valere il mancato pagamento dell'indennizzo (ricorrendo ai principi generali e al collegamento con il mancato esercizio del potere, la giurisdizione dovrebbe essere quella amministrativa).

Per quanto riguarda i termini per proporre nel processo amministrativo la domanda di risarcimento del danno da ritardo, si rinvia al paragrafo successivo.

■ 3. La domanda di risarcimento del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento nel Codice del processo amministrativo.

Nei due paragrafi precedenti sono già stati approfondite le questioni del riparto di giurisdizione e dei presupposti per il c.d. danno da ritardo.

Resta da esaminare la modalità di esercizio di tale peculiare azione di risarcimento nel nuovo sistema delineato dal Codice del processo amministrativo.

L'art. 30, comma 2 fa riferimento alla azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Il termine “obbligatoria” va riferito alla possibilità di chiedere il risarcimento

Anche la domanda di risarcimento del danno da ritardo è assoggettata ad un termine di decadenza

del danno da ritardo, ove sussista un obbligo di provvedere della P.A. e, sotto tale profilo, la questione si sposta sul piano sostanziale della verifica, in ordine alle singole fattispecie, della sussistenza dell'obbligo di provvedere.

In relazione ai termini per proporre la domanda di risarcimento, per la ipotesi di danno da ritardo, consistente nell'adozione di un primo provvedimento negativo, poi annullato dal giudice e nel successivo rilascio del provvedimento favorevole, il danno da ritardo non è altro che una ipotesi di danno da provvedimento illegittimo (il primo diniego) e si rientra quindi nella disciplina del comma 3 dell'art. 30 e la domanda va proposta nel termine di 120 giorni dalla conoscenza del provvedimento di diniego o, in caso di impugnazione di tale provvedimento, nel corso del giudizio di annullamento o entro 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza, con cui viene annullato l'atto fonte del danno.

Invece, per il risarcimento del danno derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento la Commissione presso il Consiglio di Stato aveva previsto che, fintanto che perdura l'inadempimento, non potesse decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, in quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustifichi il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia.

Il termine di decadenza

Il termine di decadenza (di 120 giorni) decorre dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere

iniziava a decorrere solo al momento in cui tale situazione di inadempimento veniva meno. Fino a quando permaneva l'inadempimento, si era quindi stabilito di non assoggettare l'azione neanche al termine di prescrizione, la cui decorrenza era invece in precedenza prevista, anche in situazioni di persistenza dell'inerzia, dall'art. 2-bis della l. n. 241 del 1990, che è stato ora abrogato.

Nel testo finale è stato confermato che, fintanto che perdura l'inadempimento, non può decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria e nella stessa relazione si continua a fare riferimento alla natura permanente dell'illecito; tuttavia, in accoglimento di un'osservazione formulata dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, si è stabilito che il termine decadenziale inizi comunque a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento in esito al quale si sarebbe dovuto provvedere.

I due periodi del comma 4 appaiono porsi in contraddizione: affermare che il termine per proporre l'azione risarcitoria non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e aggiungere subito dopo che lo stesso termine inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere significa negare la prima proposizione e stabilire una regola diversa.

La regola è, quindi, che il termine per proporre l'azione di risarcimento del danno derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento è di un anno e 120 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per provvedere.

Tale soluzione

Critiche alla soluzione accolta dal codice

si pone in contrasto con quanto indicato nella stessa relazione governativa circa la già ricordata natura permanente dell'illecito e circa il fatto che “fintanto che perdura l'inadempimento, non possa decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, in quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustifichi il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia” (testualmente dalla relazione del Governo).

Inoltre, anche tenuto conto della già menzionata previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'abrogazione del riferimento al termine di prescrizione, contenuta nel comma secondo dell'art. 2-bis della legge n. 241/90, appare meno giustificabile a seguito dell'introduzione di tale più stretto termine per l'azione risarcitoria.

Si ricorda che il decorso dell'anno dal termine di conclusione del procedimento non consolida la situazione di inerzia dell'amministrazione e non preclude la tutela del privato, che, come previsto dall'art. 31, comma 2, può sempre riproporre l'istanza.

Del resto, è nota in sede civilistica la distinzione tra l'atto illecito istantaneo e l'atto illecito permanente — con le relative conseguenze in ordine alla decorrenza del termine prescrizionale per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Mentre nell'illecito istantaneo tale comportamento si esaurisce con il verificarsi del danno, pur se l'esistenza di questo si protragga poi autonomamente (c.d. fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti), nell'illecito permanente la condotta oltre a produrre l'evento dannoso, lo alimenta continuamente per tutto il tempo in cui questo perdura, avendosi così coesistenza dell'uno e dell'altro (*Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2007, n. 5831*). Il danno derivante dalla mancata conclusione del procedimento non deriva da un fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti, ma costituisce un illecito permanente, che non cessa con la scadenza dell'anno dal termine per provvedere.

Il limite temporale inserito nel testo finale sembra, invece, presupporre che dopo il decorso dell'anno, se non tempestivamente attivata l'azione di risarcimento (nei 120 giorni successivi), la riproponibilità dell'istanza comporta che ogni eventuale danno può essere solo riferito al periodo temporale successivo alla scadenza del termine per provvedere sulla nuova istanza.

Inoltre, la modifica crea un ulteriore problema: in caso di proposizione dell'azione di annullamento il comma 5 dello stesso art. 30 ha previsto che la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, consentendo, come si è già ricordato, al privato di scegliere la strategia processuale di attendere l'esito del giudizio di annullamento per poi proporre e articolare la sua domanda di risarcimento. Una volta inserito un analogo termine per il risarcimento del danno da ritardo, tale esigenza sussiste anche in questo caso e il meccanismo previsto dal comma 5 sarebbe dovuto essere esteso anche al ricorso avverso il silenzio.

Ciò non è avvenuto e, di conseguenza, il privato che propone ricorso avverso il silenzio è comunque “costretto” a proporre la domanda di risarcimento entro un anno e 120 giorni dalla scadenza del termine per provvedere, anche se il ricorso avverso il silenzio non è stato ancora deciso e non avendo, in questo caso, neanche la cognizione esatta dei presupposti su cui fondare la domanda di risarcimento.

CASI IN CUI L'ISTANZA DEL PRIVATO DETERMINA LA NASCITA DI UN OBBLIGO DI PROVVEDERE

N.2318/2007

REPUBBLICA ITALIANA

Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1514 Reg.Ric.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da CARBONI Raffaele, rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi Manzi, elettivamente domiciliato presso lo studio del medesimo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

il COMUNE DI PORTO SAN GIORGIO, in persona del Sindaco pro tempore, non costituitosi in giudizio;

e nei confronti

di PUBBLICENTRO s.n.c. di Fagiani Pietro & C., in persona del suo legale rappresentante in carica, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizia Tomassini e Giuseppe Villa, elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino, 46, presso lo studio dell'avv. Maria Chiara Morabito;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche – Sezione I, n. 1396/2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della Pubblicentro s.n.c.;

Vista la memoria prodotta dall'appellante a sostegno delle proprie difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 21-*bis* legge n. 1034/1971;

Alla camera di consiglio del 20 marzo 2007, relatore Consigliere Roberto Giovagnoli; uditi per l'appellante l'avv. Andrea Manzi per delega dell'avv. Luigi Manzi e l'avv. Ricci per delega dell'avv. Villa;

FATTO

1. Con ricorso *ex art. 21-bis* legge n. 1034/1971 (notificato sia al Comune di Porto S. Giorgio sia alla Pubblicentro s.n.c.), Raffaele Carboni ha impugnato il silenzio-rifiuto formatosi sulla propria istanza-diffida (notificata in data 3 maggio 2006) con la quale aveva rivolto formale invito all'Amministrazione Comunale per l'adozione degli atti necessari ad evitare che nell'estate del 2006 venisse effettuata una pubblicità commerciale sonora a mezzo degli altoparlanti posti al servizio della spiaggia del Comune di Porto San Giorgio.

A sostegno del ricorso, il Carboni ha esposto:

1) di frequentare da sempre la spiaggia di Porto San Giorgio in quanto proprietario di una abitazione in Via T. Salvadori n. 57;

2) che sulla citata spiaggia risultava esistente un impianto di altoparlanti (costituito da paline metalliche su base in cemento di mt 9 di altezza con diffusore sonoro sulla sommità) originariamente utilizzato dall' Azienda di Soggiorno e/o dal Comune per soli avvisi di pubblica necessità e/o interesse e poi gestito dalla società Pubblicentro snc in base a convenzioni annuali con il Comune, recanti però l'esplicito divieto di pubblicità di carattere commerciale (cfr. pag.1 del ricorso);

3) che, tuttavia, *"la società Pubblicentro .. nei mesi di luglio e agosto di ogni anno non si limita ad effettuare la pubblicizzazione delle iniziative del Comune, ma utilizza impropriamente l'impianto di altoparlanti per effettuare pubblicità commerciale sonora per una ora al giorno ... "* (cfr. pag.2 e 3 del ricorso);

4) che tale utilizzo improprio dell'impianto era stato oggetto di ben tre decreti penali di condanna a carico del legale rappresentante della Pubblicentro ai sensi dell'art.659 c.p. e per la violazione delle ordinanze sindacali n.9548 del 20.7.1988 e n.135 del 30.6.1985 che vietano l'uso di strumenti sonori per la propaganda commerciale;

5) di aver notificato al Comune di Porto San Giorgio in data 3.5.2006 un invito ad "*adottare tutti gli atti necessari*" affinché, quanto meno a partire dall'estate dell'anno 2006, la Pubblicentro non utilizzasse impropriamente l'impianto affidatogli in gestione, diffondendo pubblicità commerciale .

2. Con la sentenza n. 1369/2006 il TAR della Marche ha dichiarato inammissibile il ricorso condannando il ricorrente al pagamento delle spese processuali quantificate in € 1000,00 per ciascuna delle controparti. Il TAR ha, invece, rigettato la domanda di risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. per responsabilità aggravata proposta dalle parti resistenti.

A fondamento della dichiarazione di inammissibilità il Tar ha osservato che:

- il contenuto della diffida è diretto ad ottenere un "facere" a carico del Comune, sebbene la concreta disciplina della pubblicità riguardi il merito amministrativo, notoriamente precluso all'esame del Giudice amministrativo anche a seguito della modifica introdotta dall'art. 3, comma 6 bis, del D.L. 14 marzo 2005 n. 35 all'art. 21 bis della legge n.1034/1971;

- quando il ricorso è stato notificato, l'attività che doveva essere vietata ai sensi della diffida, era stata pur sempre già effettuata, tant'è che il relativo provvedimento è stato già impugnato con altro ricorso dallo stesso ricorrente.

3. Contro tale sentenza, il Carboni ha proposto appello formulando le seguenti censure:

1) l'istanza-diffida non era diretta ad ottenere un facere dal Comune, ma era finalizzata all'emanazione da parte dell'Amministrazione dei provvedimenti amministrativi necessari per evitare l'improprio utilizzo da parte della Pubblicentro degli impianti di altoparlanti;

2) l'istanza-diffida presentata al Comune non poteva intendersi circoscritta all'estate del 2006, ma doveva essere intesa come rivolta al futuro, come finalizzata ad impedire la reiterazione della condotta denunciata a partire dall'estate 2006;

3) in ogni caso, l'istanza-diffida notificata al Comune dal ricorrente recava la data del 5.5.2006 e, pertanto, anche a prescindere dal momento di introduzione del ricorso ex art. 21-bis legge n. 1034/1971, il Tar doveva considerarsi comunque tenuto a verificare, in base al principio *tempus regit actum*, se in relazione a quella istanza fosse ravvisabile un obbligo di provvedere del Comune e se su quella istanza di fosse poi formata l'inerzia da parte dell'Amministrazione.

4. Si è costituita la Pubblicentro s.n.c. chiedendo il rigetto dell'appello ed eccependo, a tal fine, l'inammissibilità del ricorso proposto in primo grado, per tardività e carenza di interesse.

La Pubblicentro s.n.c. ha inoltre chiesto (come già aveva fatto nel giudizio di primo grado) la condanna dell'appellante al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. per lite temeraria.

DIRITTO

5. L'appello è fondato e deve essere accolto con le precisazioni che seguono.

6. Questione centrale del giudizio è se l'istanza con cui l'odierno appellante ha chiesto al Comune di Porto S. Giorgio l'adozione dei provvedimenti necessari ad evitare l'effettuazione (da parte della Pubblicentro s.n.c.) della pubblicità commerciale con gli altoparlanti in spiaggia, sia idonea, o meno, a far nascere in capo all'Amministrazione comunale l'obbligo di provvedere ex art. 2 legge n. 241/1990.

La Pubblicentro s.n.c. chiede il rigetto dell'appello proprio sostenendo che l'istanza presentata all'Amministrazione comunale dal Carboni non abbia fatto nascere alcun obbligo di provvedere, atteso che l'istante non sarebbe titolare di alcuna posizione qualificata che legittimi la richiesta da lui presentata.

7. Non vi è dubbio che è solo in presenza di un obbligo di provvedere che l'inerzia dell'Amministrazione assume rilevanza giuridica *sub specie* di silenzio-rifiuto.

Occorre, pertanto, individuare preliminarmente le fattispecie dalle quali sorge in capo in capo alla Pubblica Amministrazione un obbligo di pronunciarsi sulle istanze dei privati.

7.1. L'obbligo di provvedere sussiste, anzitutto, quando la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un'istanza, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata. 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.

Nel caso di specie, non vi è, tuttavia, nessuna norma che espressamente riconosca al privato la facoltà di presentare un'istanza all'Amministrazione diretta ad ottenere l'emanazione dei provvedimenti necessari ad evitare la diffusione di messaggi pubblicitari mediante altoparlanti.

8. Occorre allora chiedersi se l'obbligo di provvedere possa essere configurato anche in assenza di una espressa previsione legislativa che "tipizzi" l'istanza del privato.

Al quesito appena formulato deve darsi sicuramente risposta positiva.

Ormai da tempo, infatti, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, partendo dal principio generale della doverosità dell'azione amministrativa, ed integrandolo con le regole di ragionevolezza e buona fede, tendono ad ampliare l'ambito delle situazioni in cui vi è obbligo di provvedere, al di là di quelle espressamente riconosciute dalla legge.

Si afferma, così, che esiste l'obbligo di provvedere, oltre che nei casi stabiliti dalla legge, in fattispecie ulteriori nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento. Si tende, in tal modo, ad estendere le possibilità di protezione contro le inerzie della Amministrazione pur in assenza di una norma *ad hoc* che imponga un dovere di provvedere.

Espressione di tale orientamento è, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975 secondo cui <<indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 Cost.), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia>>.

9. Appurato che l'obbligo di provvedere può nascere anche in assenza di una norma che consenta espressamente al privato di presentare una istanza all'Amministrazione, occorre compiere uno sforzo ricostruttivo ulteriore, per verificare se tra queste fattispecie non tipizzate da cui nasce l'obbligo di provvedere vi sia anche quella oggetto del presente giudizio.

10. Al riguardo, appare opportuno distinguere tre categorie di atti amministrativi alla cui emanazione in cittadino può avere interesse, per poi verificare, in relazione a ciascuna di esse, se esiste, a fronte dell'istanza del privato, il correlativo obbligo di provvedere in capo alla P.A.

Si può, in particolare, operare una distinzione tra istanza volte ad ottenere: 1) atti di contenuto favorevole in quanto ampliano la sfera giuridica del richiedente; 2) il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati; 3) atti

diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali).

10.1. Quanto alla prima categoria, l'istanza diretta ad ottenere un provvedimento favorevole determina un obbligo di provvedere quando chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo. Non è seriamente dubitabile, infatti, che colui che ha un interesse differenziato e qualificato ad un bene della vita per il cui conseguimento è necessario l'esercizio del potere amministrativo sia titolare di una situazione giuridica che lo legittima, pur in assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa, a presentare un'istanza dalla quale nasce in capo alla P.A. quantomeno un obbligo di pronunciarsi.

Anche in questi casi, tuttavia, l'obbligo di provvedere, pur sussistendo in astratto, può risultare mancante in concreto. Ciò accade, ad esempio, secondo alcune pronunce, quando la domanda inoltrata dal privato sia manifestamente infondata o esorbitante dall'ambito delle pretese astrattamente riconducibili al rapporto amministrativo.

10.2. Quanto alla seconda categoria di istanze (quelle di riesame di precedenti atti non impugnati), secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, l'istanza del privato mirante ad ottenere il riesame da parte della Pubblica amministrazione di un atto autoritativo, non impugnato tempestivamente dal medesimo, non comporta, di regola, la configurazione di un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo inficerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale che sono alla base dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e della inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti.

10.3. Maggiormente problematica è proprio la terza categoria di istanze, nella quale rientra quella presentata dall'odierno appellante al Comune di Porto San Giorgio e rispetto alla quale è maturata l'inerzia contestata con il ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

Laddove il privato sollecita l'esercizio di poteri sfavorevoli (repressivi, inibitori, sanzionatori) nei confronti di terzi non è sempre agevole distinguere tra l'istanza che fa nascere l'obbligo di provvedere e il semplice "esposto", che ha mero valore di denuncia inidonea a radicare una posizione di interesse tutelata sia dall'apertura del procedimento conclusivo, sia dalla conclusione dello stesso in modo conforme alle aspettative dell'istante.

Al riguardo, il criterio distintivo tra istanza (idonea a radicare il dovere di provvedere) e mero esposto, deve essere ravvisato nell'esistenza in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività.

Occorre, in altri termini, che il comportamento omissivo dell'Amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto, per l'appunto, titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile. Ove ciò accada, l'eventuale inerzia serbata dall'Amministrazione sull'istanza, assume una connotazione negativa e censurabile dovendo l'Ente dar comunque seguito (anche magari esplicitando l'erronea valutazione dei presupposti da parte dell'interessato) all'istanza.

11. Applicando le susesposte coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, deve ritenersi che la richiesta presentata dall'odierno appellante sia tale da far nascere in capo al Comune di Porto San Giorgio l'obbligo di provvedere.

E', infatti, circostanza non contestata (e, quindi, pacifica) che il Carboni sia proprietario di un appartamento situato proprio a ridosso della spiaggia in cui è situato l'impianto fonico che egli asserisce essere illegittimamente utilizzato dalla Pubblicità, secondo modalità rumorose e moleste.

Proprio la proprietà da parte del Carboni di un appartamento limitrofo alla spiaggia in cui si svolge l'attività illecita (diffusione di messaggi pubblicitari mediante altoparlanti) di cui egli chiede la repressione, attribuisce al

ricorrente una situazione di specifico e rilevante interesse, differenziata da quella della generalità dei consociati e tale, pertanto, da radicare in capo all'Amministrazione un obbligo di provvedere sulla relativa istanza.

12. Né tale obbligo di provvedere può essere escluso, come erroneamente affermato dalla sentenza impugnata, ritenendo che l'istanza fosse in realtà volta ad ottenere un *facere* dall'Amministrazione. Si tratta di un'affermazione smentita, in punto di fatto, proprio dalla lettura della diffida notificata dal Carboni al Comune di Porto S. Giorgio. Tale diffida si conclude con l'invito rivolto al Comune di Porto S. Giorgio affinché adotti "tutti i provvedimenti che si rendano necessari per evitare che la società publicentro effettui nell'estate del 2006 pubblicità commerciale con gli altoparlanti posti al servizio della spiaggia di Porto S. Giorgio". La richiesta è, quindi, chiaramente diretta ad ottenere l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

13. Privo di fondamento è anche il rilievo (pure contenuto nella sentenza impugnata) secondo cui il ricorso *ex art. 21-bis* legge n. 1034/1971 sarebbe inammissibile perché l'istanza presentata dal Carboni al Comune riguarderebbe il merito amministrativo, "*notoriamente precluso al Giudice amministrativo, anche a seguito della modifica introdotta dall'art. 3, comma 6 bis, d.l. 14 marzo 2005, n. 35*" (pag. 3 della sentenza impugnata).

13.1. L'eventualità che l'istanza presentata dal privato sia diretta ad ottenere un provvedimento espressione di discrezionalità amministrativa se, infatti, preclude al Giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, non gli impedisce, tuttavia, di dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione rimasta inerte di provvedere sulla richiesta del privato (impregiudicato il contenuto dell'emanando provvedimento). Si arriverebbe altrimenti alla conclusione, inaccettabile e priva di qualsiasi fondamento normativo, di ritenere che contro l'inerzia della p.a. non vi sia tutela in tutti i casi in cui l'istanza del privato rimasta inevasa solleciti l'esercizio di poteri discrezionali.

14. Non ha pregio, infine, l'ulteriore argomento contenuto nella sentenza di primo grado, secondo cui il ricorso sarebbe inammissibile per essere ormai decorso il periodo di tempo (estate del 2006) con riferimento al quale il Carboni aveva chiesto al Comune l'adozione dei provvedimenti inibitori nei confronti dell'attività di comunicazione pubblicitaria svolta dalla Pubblicentro.

14.1. Il Collegio ritiene, infatti, che la circostanza (peraltro contestata in sede d'appello) che l'istanza del Carboni fosse diretta ad ottenere dal Comune i provvedimenti necessari ad evitare l'indebito utilizzo da parte di Pubblicentro degli altoparlanti con esclusivo riferimento ad un periodo ormai trascorso (l'estate del 2006), non valga a rendere inammissibile per difetto di interesse il ricorso *ex art. 21-bis* legge n. 1034 del 1971.

Non vi è dubbio, infatti, che il Carboni, conservi un interesse alla decisione del ricorso avverso il silenzio-rifiuto, quanto meno ai fini della dichiarazione dell'esistenza o meno di un obbligo di provvedere sull'istanza da lui presentata.

14.2. In particolare, l'accertamento dell'esistenza dell'obbligo di provvedere, e, quindi, della illegittimità del silenzio mantenuto dall'Amministrazione sull'istanza-diffida notificata dall'appellante in data 3 maggio 2006, può rilevare, sia ai fini della regolazione delle spese del giudizio, sia ai fini dell'esercizio di un eventuale pretesa risarcitoria per il danno da ritardo, sia, e soprattutto, al fine di conformare la successiva attività dell'Amministrazione a fronte della presentazione, negli anni successivi, di eventuali ulteriori istanze di analogo contenuto a quella rimasta inevasa.

14.3. Giova rilevare, sotto tale ultimo profilo, che l'attività di pubblicità sonora cui il Carboni (lamentandone l'illegittimità) ha chiesto la inibizione è destinata a ripetersi anche nel 2007 (è la stessa Pubblicentro ad affermare, a pagina 8 della memoria di costituzione in appello, di essere titolare di una concessione comunale che le permette di utilizzare l'impianto fonico ad uso commerciale sino al 31.12.2007).

In questa situazione, è evidente, anche in considerazione dell'effetto conformativo del giudicato, che l'appellante ha ancora interesse ad ottenere una pronuncia che accerti l'esistenza dell'obbligo di provvedere sull'istanza presentata.

15. Per le ragioni che precedono, l'appello sotto questo profilo va accolto e, conseguentemente, deve essere dichiarato che il Comune di Porto San Giorgio aveva l'obbligo di provvedere sull'istanza-diffida presentata dall'appellante il 3 maggio 2006.

16. Accertata l'esistenza dell'obbligo di provvedere, occorre stabilire se, a tale accertamento debba anche seguire la condanna dell'Amministrazione a provvedere così come richiesto dall'appellante.

Con riferimento a tale aspetto, il Collegio ritiene che l'appello non possa essere accolto: ed, infatti, l'esaurimento del periodo di tempo (estate 2006) in relazione al quale l'Amministrazione era stata diffidata ad intervenire, se, da un lato, non impedisce (per le ragioni già diffusamente illustrate) al Giudice amministrativo di dichiarare l'esistenza dell'obbligo di provvedere sull'istanza, dall'altro, preclude tuttavia al Giudice la pronuncia di una condanna a provvedere.

16.1. A tal proposito, va precisato che, a differenza di quanto sostiene l'appellante, il tenore dell'istanza-diffida notificata al Comune in data 3 maggio 2006, non può essere intesa come rivolta al futuro, diretta cioè ad ottenere i provvedimenti necessari ad impedire l'effettuazione della pubblicità sonora "ad iniziare dall'estate 2006".

Al contrario, con l'istanza del 3 maggio 2006, il Carboni ha, testualmente, invitato e diffidato "*il comune e il sindaco di Porto San Giorgio ad adottare [...] tutte le attività e i provvedimenti che si rendano necessari per evitare che la società Pubblicentro effettui nell'estate del corrente anno 2006 pubblicità commerciale con gli altoparlanti posti al servizio della spiaggia di Porto San Giorgio*".

La richiesta riguardava quindi solo l'estate del 2006, non anche i periodi successivi. Ed allora, il fatto che l'estate del 2006 sia ormai passata, pur non impedendo la declaratoria dell'obbligo a provvedere, non consente al Collegio di pronunciare la sentenza di condanna, ordinando all'Amministrazione di adottare il provvedimento (positivo o negativo) in risposta alla richiesta.

L'ordine giudiziale (dato il contenuto dell'istanza originaria) non potrebbe che riguardare, infatti, l'emanazione di un provvedimento che, anche laddove dovesse essere favorevole al ricorrente, sarebbe finalizzato ad impedire un'attività che si è definitivamente già svolta. Il che ne evidenzia l'assoluta inutilità.

17. Per queste ragioni l'appello va accolto in parte, soltanto ai fini della dichiarazione che il Comune di Porto San Giorgio aveva l'obbligo di provvedere sull'istanza presentata dal Carboni il 3 maggio 2006. L'appello non può essere invece accolto per quanto riguarda la condanna dell'Amministrazione ad emanare il provvedimento.

La dichiarazione dell'esistenza dell'obbligo di provvedere non è fine a se stessa, ma è destinata a condizionare la condotta dell'Amministrazione Civica a fronte di eventuali altre istanze presentate dal Carboni in vista dell'estate del 2007; ed è proprio questa eventualità che radica l'interesse al ricorso.

18. L'accoglimento, sia pure parziale, dell'appello comporta il rigetto della domanda di risarcimento del danno per lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.* proposta anche in appello, dalla Pubblicentro.

19. Quanto alle spese di giudizio, il Collegio ritiene che, alla luce del parziale accoglimento del ricorso, vi siano giusti motivi per compensare quelle del giudizio di primo grado. Le spese del giudizio di appello devono invece essere poste a carico, in solido, delle parti appellate e vanno liquidate in complessivi €2.500,00.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione, il ricorso in appello in epigrafe indicato e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara che il Comune di Porto San Giorgio aveva l'obbligo di provvedere sull'istanza presentata dall'appellante.

Compensa le spese del giudizio di primo grado. Condanna in solido la Pubblicentro s.n.c. e il Comune di Porto San Giorgio al pagamento a favore dell'appellante delle spese del giudizio di appello che si liquidano in complessivi € 2.500,00.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nelle Camere di Consiglio del 20 marzo 2007, con l'intervento dei Signori:

Claudio VARRONE	Presidente
Paolo BUONVINO	Consigliere
Luciano BARRA CARACCIOLO	Consigliere
Domenico CAFINI	Consigliere
Roberto GIOVAGNOLI	Consigliere Est.

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

ROBERTO GIOVAGNOLI

Segretario

GLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...11/05/2007

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria