

Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali.

Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell'appello.

Riti Speciali

La tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione: presupposti e pronuncia, il commissario ad acta e la cognizione del giudice sui suoi atti, l'area della possibile ottemperanza, l'azione risarcitoria, il giudizio di impugnazione.

1.1

Il procedimento di cui oggi sono chiamato ad occuparmi è, tra i riti speciali trattati con rito camerale, quello di cui forse si potrebbe più "fare a meno", unitamente a quello "per l'ottemperanza", perché riflette spesso un operato della p.a. poco incline a rapportarsi in modo corretto con i privati.

Basti considerare che, in genere, i giudici stranieri che spesso vengono in Italia per "stage" di lavoro, rimangono colpiti da questi riti, principalmente quello del "silenzio", pressoché da loro sconosciuti.

1.2.

Entrando più direttamente nel tema odierno, sotto un profilo classificatorio, è da evidenziare che il legislatore del "codice del processo" ha ampiamente provveduto in tal senso, sia sotto un profilo "sostanziale", sia sotto un profilo "processuale".

Per quanto riguarda il primo profilo, si richiama l'art. 31, collocato al Capo II del Titolo III, rubricato: "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità".

Sorge subito una prima considerazione: la rubrica usa l'espressione "avverso" e, quindi, sembra porre in evidenza un'attività di "reazione", di "attacco", di contrasto nei confronti di "qualcosa", appunto "il silenzio".

Sembra, dunque, che il legislatore dell'art. 31 abbia preso in considerazione un'attività di "impugnazione" ma, in realtà, il relativo comma 1 specifica che si chiede non un annullamento ma "l'accertamento" dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

Si riporta il testo legislativo di cui al primo comma:

“1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere”.

E' configurata, dunque, un'azione di accertamento che ha però ad oggetto un “comportamento”, sia pure negativo, quindi un “non comportamento” dell'amministrazione, nei confronti del quale si muove il ricorrente (“avverso”, di cui alla rubrica).

Quest'ultimo è dunque chiamato ad agire “contro” un sostanziale atteggiamento di inerzia della p.a. che non culmina in alcuna manifestazione espressa, non avendo dato luogo ad alcun rapporto con il privato interessato.

Una seconda considerazione che viene subito in mente, allora, è che il giudice amministrativo può giudicare talvolta sul comportamento e sul rapporto, sia pure nel loro risvolto negativo, a differenza di quel che si dice.

Il paradosso è che quello che si censura con l'azione ex art. 31 cit. è un comportamento inerte non in quanto tale ma perché non ha visto lo sbocco dell'“agere” amministrativo nel suo elemento più tipico, che è “il provvedimento”.

QUINDI E' SEMPRE IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO CHE STA SULLO SFONDO.

Il giudizio amministrativo è quindi, in modo o nell'altro, in tutte le “azioni” come classificate al ricordato Titolo III, sempre legato all'attività dell'amministrazione, che non può che esplicarsi in un'attività provvedimentale, soprattutto laddove vi è una posizione di interesse legittimo, sia esso “oppositivo” o “pretensivo”.

A conferma di ciò basta leggere gli ulteriori commi dell'art. 31, secondo i quali:

“2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. 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.”

Tralascio la lettura del quarto comma, dal contenuto del tutto avulso.

1.3.

Passando al profilo processuale, il legislatore ha provveduto con l'art. 117, che si riporta:

“117. Ricorsi avverso il silenzio

1. Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2.

2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

3. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

4. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

5. 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.

6. Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

6-bis. Le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 6, si applicano anche ai giudizi di impugnazione”.

Ebbene, si pone subito in evidenza che mentre la ricordata rubrica dell'art. 31 parla di “tutela contro l'inerzia della p.a.”, quella dell'art. 117 parla di “ricorsi avverso il silenzio”.

Ritorna la conferma di un modello “impugnatorio”, qualificando anche un (non) comportamento come un qualcosa cui si “va contro”. Ma può “andarsi contro” un qualcosa che non c'è...?

In sostanza, la mia convinzione è che nel giudizio amministrativo, proprio perché oggetto del medesimo è l'attività della p.a. (in senso lato, naturalmente), non vi sia spazio per il giudice per muoversi al di fuori e all'esterno del perimetro del

provvedimento amministrativo, che costituisce lo strumento con il quale la p.a. si interfaccia con l'esterno nell'esplicare i suoi poteri, come riconosciuti dalle norme.

Un'apparente eccezione potrebbe configurarsi, leggendo il comma 2 dell'art. 31 (che riprende quanto già previsto in precedenza dall'art. 3, comma 6bis, d.l. 35/05, conv. in l. n. 80/05), ove è evidenziato che 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"*, ma la stessa conformazione della norma evidenzia il carattere residuale di tale iniziativa.

Basti osservare che il legislatore usa l'espressione *"pretesa dedotta in giudizio"* e quindi è necessaria pur sempre una esplicita domanda, con la conseguenza che il giudice non può procedere d'ufficio.

In questo caso, però, non si procede con conversione del rito e il giudice si pronuncia, definitivamente, su un accertamento, in camera di consiglio.

Che un giudizio sostanziale si decida in camera di consiglio, d'altronde, è pratica ormai in espansione e la previsione di cui al comma 2 sulla *"forma semplificata"* della relativa sentenza, corrisponde a quanto previsto dall'art. 60 del medesimo codice, che prevede la definizione di un'azione già all'esito di una camera di consiglio mediante tale forma di decisione *"semplificata"*.

Né può sostenersi che comunque il rito sul silenzio può sfociare in udienza pubblica tramite la c.d. *"conversione del rito"*, di cui all'art. 117, comma 5, dato che tale conversione è prevista solo se nelle more risulta adottato un provvedimento. A quel punto, quindi, non si è più nel rito sul *"silenzio"* e, logicamente, è stata prevista la trasmigrazione del giudizio nelle forme ordinarie.

1.4.

Per quanto riguarda i presupposti dell'azione in questione, valgano sin da ora i richiami giurisprudenziali, orientati a escluderli per attività amministrativa di natura generale e normativa, dato che lo strumento di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. è circoscritto alla sola attività amministrativa finalizzata all'adozione di atti destinati a produrre effetti nei confronti di specifici destinatari (C.S., IV, 26.3.14, n. 1460) ma lo stesso Consiglio di stato (V, n. 273/15) ha precisato sul punto specifico che:

"...e) il tenore testuale dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 (il cui comma 8 consente il ricorso all'azione ex art. 31 c.p.a.), fa sì che la norma sancita sia applicabile anche al procedimento di formazione degli atti generali, pianificatori o programmatori: infatti,

l'art. 13 della medesima legge - che espressamente concerne la disciplina applicabile agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione - stabilendo che per essi, in quanto non si applichino alcune parti della legge cit. <<...restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione>> - esclude per i procedimenti diretti alla emanazione dei suddetti atti unicamente l'applicazione delle disposizioni contenute nel Capo III della stessa legge (artt. da 7 a 13); a contrario, dunque, detto art. 13 conferma che le disposizioni degli altri capi della legge - e, in particolare, per quanto qui rileva quelle del Capo I, tra cui è compreso l'art. 2 - si applicano anche ai procedimenti destinati a sfociare nell'emanazione di atti generali e pianificatori;"

L'azione in questione è poi esclusa per attività di diritto privato, perché limitata a posizioni di interesse legittimo sullo sfondo (C.S., V, 30.9.13, n. 4835 e 19.3.14, n. 1351).

Resta solo da osservare, sotto un mero profilo sistematico, che all'interno di un quadro a tinte di interesse legittimo è comunque possibile fare un'azione di "accertamento" (della pretesa dedotta in giudizio) se si è al cospetto di attività vincolata, azione che normalmente è però legata a posizioni di diritto soggettivo!

Lascio all'uditorio e a chi mi legge ulteriori spunti di riflessione in merito.

APPROFONDIMENTI

2.1

Ma cosa deve valutarsi nell'ambito dell'azione ex art. 31, introdotta con le forme di cui all'art. 117?

Si è richiamato un "comportamento" (non) provvedimentoale.

Ebbene, per la sua definizione e inquadramento, si richiama la sentenza dell'Adunanza Plenaria sulla "dia-scia", n. 15/11.

"La denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge.

L'applicazione del rito del silenzio all'omesso esercizio del potere inibitorio doveroso è resa problematica dalla circostanza che il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del

procedimento amministrativo, mentre, nella specie, lo spirare del termine perentorio di legge implica la definitiva consumazione del potere in esame.”

2.2

L'Adunanza continua sulla natura giuridica del silenzio osservato dall'amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio, affermando che detto silenzio si distingue dal silenzio-rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto; pertanto, nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentoale, il silenzio di che trattasi, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.

Trattasi, quindi, di un provvedimento “per silentium” con cui la p.a., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata.

La configurazione del silenzio in esame alla stregua di silenzio significativo produce, infatti, precise conseguenze in merito alle tecniche di tutela praticabili del terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata.

Venendo in rilievo un provvedimento “per silentium”, la tutela del terzo sarà affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, da proporre nell'ordinario termine decadenziale.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.”

Tutto ciò a dimostrare che il “vero” silenzio oggetto degli artt. 31-117 c.p.a. è quello non provvedimentale o “non significativo”.

PRESUPPOSTI

3.1. L’obbligo di provvedere

L’obbligo di provvedere, sussiste, certamente, quando la legge espressamente riconosce al privato il potere di presentare un’istanza; ciò è il presupposto per 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. Deve essere però di interesse legittimo, come detto (C.S., V, n. 273/15).

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 dell’Amministrazione pur in assenza di una norma “ad hoc” che imponga un dovere di provvedere.

Espressione di tale orientamento è, ad esempio, già Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975 secondo cui *“independentemente 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”*.

La ricordata sentenza n. 273/15, pag. 5-6, indica i casi in cui è escluso l’obbligo, a cui devono aggiungersi le ipotesi, ovvie, di incompetenza o carenza assoluta di potere.

E’ stato quindi precisato che:

“a) presupposto processuale per l’esercizio dell’azione disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a. – che introducono norme sul rito e non di giurisdizione esclusiva o di merito - è che la controversia appartenga alla giurisdizione (normalmente di legittimità) del giudice amministrativo; ne rimangono escluse le contestazioni relative a diritti di credito o comunque a posizioni di diritto soggettivo perfetto (con l’eccezione dei tassativi casi previsti dagli artt. 133 e 134 c.p.a.), mentre è indifferente il maggior o

minore grado di discrezionalità riservato all'amministrazione; parimenti esclusa, ex art. 7, co. 1, ultimo periodo, c.p.a., è la possibilità di sindacare, con lo speciale rito del silenzio, la mancata adozione, da parte degli organi titolari del relativo potere, di atti normativi (leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti e così via), venendo in rilievo ambiti nei quali l'amministrazione esprime scelte di natura politica, ovvero soggetti istituzionalmente diversi dalla pubblica amministrazione;

b) fermo rimanendo l'accertamento delle ordinarie condizioni dell'azione (interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, *legitimatio ad causam*), assume importanza centrale il riscontro dell'interesse ad agire che presuppone l'inadempimento dell'obbligo di provvedere; in linea generale, perché si radichi l'interesse è necessario che sia configurabile un obbligo di provvedere, un termine (officioso, perché individuato in via immediata dalla disciplina di settore, ovvero ritraibile dalla presenza di una istanza di parte non evasa nei termini direttamente o indirettamente divisi dall'art. 2, l. 241 del 1990) e la sua violazione;

c) l'obbligo di procedere a carico dell'amministrazione (e simmetricamente la legittimazione al ricorso della parte che agisce in giudizio) non si configura:

I) in presenza di istanze illegali, emulative, manifestamente infondate o inammissibili (adesso ex art. 2, co.1, l. n. 241 cit.);

II) a fronte di provvedimenti inoppugnabili o in relazione ai quali si solleciti l'esercizio dell'autotutela;

III) in presenza di tutte le ipotesi di silenzio significativo (nelle quali l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento espresso);

IV) se l'ordinamento qualifica il termine entro cui deve essere adottato il provvedimento come perentorio: in tal caso, infatti, la sanzione è quella della perdita irrimediabile del potere di esercitare la funzione pubblica da parte dell'autorità rimasta inerte, circostanza questa che impedisce in radice l'esercizio dell'azione ex art. 117 c.p.a. anche per evitarne un (ab)uso strumentale ed elusivo dell'avvenuta estinzione del potere;

d) il presupposto per la condanna ai sensi dell'art. 117 c.p.a. è il fatto che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'Amministrazione inadempiente (e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire); sotto tale angolazione si ritiene che:

I) in linea generale l'adozione di un provvedimento esplicito (in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge), rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della

proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato);

II) permane, viceversa, la situazione di inerzia colpevole (e dunque il corrispondente interesse ad agire ex art. 117 c.p.a.), se l'amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio; tanto nel decisivo presupposto che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento che l'amministrazione ha l'obbligo di concludere ma un rinvio sine die;

e) il tenore testuale dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 (il cui comma 8 consente il ricorso all'azione ex art. 31 c.p.a.), fa sì che la norma sancita sia applicabile anche al procedimento di formazione degli atti generali, pianificatori o programmatori: infatti, l'art. 13 della medesima legge - che espressamente concerne la disciplina applicabile agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione - stabilendo che per essi, in quanto non si applichino alcune parti della legge cit. <<...restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione>> - esclude per i procedimenti diretti alla emanazione dei suddetti atti unicamente l'applicazione delle disposizioni contenute nel Capo III della stessa legge (artt. da 7 a 13); a contrario, dunque, detto art. 13 conferma che le disposizioni degli altri capi della legge - e, in particolare, per quanto qui rileva quelle del Capo I, tra cui è compreso l'art. 2 - si applicano anche ai procedimenti destinati a sfociare nell'emanazione di atti generali e pianificatori;

f) in casi peculiari (caratterizzati dalla presenza di situazioni straordinarie, come il caso fortuito, la forza maggiore e così via), il serio avvio dell'esercizio del potere pianificatorio - il cui contenuto rimane ampiamente discrezionale e insuscettibile di essere vincolato da istanze di parte - dopo la scadenza del termine (se previsto dalla disciplina di settore) o prima di tale scadenza ma in mancanza del completamento del procedimento, può ritenersi esaustivo dell'obbligo di provvedere e dunque idoneo ad una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del ricorso ex art. 117 c.p.a.”

3.2.

Per quanto riguarda il procedimento di formazione del silenzio-rifiuto, l'orientamento tradizionale, a partire dalla sentenza n. 10 del 1978 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, riteneva applicabile ad esso, per analogia, la normativa dettata dall'art. 25 T.U. sugli impiegati civili dello Stato. Per poter proporre ricorso contro il silenzio-rifiuto occorre, quindi, 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 è stata, tuttavia, messa in dubbio sin dall'entrata in vigore dell'art. 2 legge n. 241/1990.

Si è affermato che, scaduto il termine di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 (o previsto nei regolamenti attuativi dell'articolo 2), il silenzio della P.A. dovesse considerarsi già ontologicamente illecito, rendendo così superflua ogni ulteriore attività procedurale, e soprattutto la diffida a provvedere.

La tesi contraria prevedeva, invece, che la diffida, lungi dall'essere una mera formalità, svolgesse sia una funzione deflattiva del contenzioso, in quanto fissava il termine entro cui l'amministrazione poteva evitare l'insorgenza della lite provvedendo in senso conforme alla pretesa del privato, sia, soprattutto, una funzione garantistica, in quanto, impedendo il decorso immediato del termine di decadenza per l'impugnazione allo scadere del termine del procedimento, evitava che il silenzio-rifiuto diventasse inoppugnabile senza che l'interessato fosse a conoscenza della sua formazione. La giurisprudenza è restata ferma su tale conclusione pur dopo l'art. 2 della l. 205/2000.

L'art. 2 della legge n. 15 ha previsto, infatti, 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. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrono i presupposti".

Il testo di cui al c.p.a. ha disposto, poi, risolvendo definitivamente la "querelle", che la relativa domanda giudiziale non sia più sottoposta all'onere della previa diffida e, in luogo dello stringente termine decadenziale di 60 giorni, ha introdotto termine "lungo" di un anno, decorso il quale, tuttavia, il privato non perde ogni possibilità di tutela.

3.3

Può sostenersi che il ricorso contro il silenzio-rifiuto pertanto è teso a stigmatizzare l'inerzia della P.A. non rispetto semplicemente ad un astratto dovere di provvedere, ma rispetto ad uno specifico dovere di provvedere favorevolmente: ciò che il privato fa valere, pertanto, non è il diritto (soggettivo) ad ottenere una risposta

dall'Amministrazione indipendentemente dal suo contenuto, ma l'interesse (legittimo) a che l'Amministrazione provveda favorevolmente.

Io dico di no: l'interesse al contenuto del provvedimento è esterno all'azione di cui all'art. 31 cit. (salva la residuale fattispecie sopra evidenziata).

Nel caso di specie si è al cospetto di un diritto, esistente "a monte" dell'interesse legittimo che si intende fare valere nel procedimento da concludersi con provvedimento espresso.

Per questo è un'azione di accertamento.

STRUTTURA PROCESSUALE E TERMINI

4.1

Dato che, come detto, il rito del silenzio è un rito speciale, esso si svolge in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 87 c.p.a. e quindi anche del relativo comma 3 che stabilisce come tutti i termini processuali siano dimezzati. Questo è importante soprattutto per quanto riguarda i termini di deposito, che – si rammenta - devono essere valutati d'ufficio da parte del giudice.

Per quanto riguarda il termine per proporre ricorso, anteriormente all'entrata in vigore del codice, si era lungo discusso, sia in dottrina sia con varie pronunce da parte del giudice amministrativo, se il termine fosse quello ordinario di 60 giorni dalla formazione del silenzio oppure se il ricorso fosse proponibile per tutta la durata dell'inerzia da parte della pubblica amministrazione. Ora la problematica è stata definitivamente superata dall'articolo 31, comma 2, del codice, che riprende quanto già previsto in sede di legislazione non codicistica con le leggi n. 80/05 e 69/09, disponendo che l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Tale termine ha una connotazione e una natura processuale, come riconosciuto dalla giurisprudenza (in senso riassuntivo: TAR NA, VI, 19.1.11, n. 361), per cui allo stesso si applica la sospensione feriale di cui alla nota legge 742/69 (C.S., IV, 14.2.14, n. 499).

Il relativo ricorso e quindi l'azione "avverso" si propone, come ormai anche qui chiarito legislativamente, senza previa diffida, fermo restando che quest'ultima è pur sempre un atto facoltativo a disposizione del privato per cercare di evitare di giungere a un contenzioso. È chiaro che tutto ciò riguarda comunque i presupposti stessi dell'azione e deve sempre verificarsi la sussistenza di un obbligo a provvedere da

parte dell'amministrazione. In tali casi, si discute se, in assenza di tale obbligo, sia invece necessaria una previa diffida. Io lo escluderei perché il presupposto processuale della diffida è stato ormai cancellato del tutto.

Novità ascrivibile al codice è quella dell'individuazione, anche in questo rito, della necessità di notifica del ricorso ad almeno un controinteressato, qualora ovviamente esso sia individuato o individuabile.

La questione era già stata presa in considerazione prima dell'entrata in vigore del codice secondo due indirizzi giurisprudenziali, dei quali, il prevalente, riteneva che mancando un provvedimento, mancavano anche soggetti controinteressati in senso proprio, sull'assunto che il vantaggio derivante al terzo dal diniego o dall'inerzia della pubblica amministrazione realizzava un puro fatto astratto in assenza di un intervento esplicito dell'autorità. Un secondo orientamento riteneva invece di dover necessariamente coinvolgere il controinteressato, quanto meno in presenza di un giudizio sulla fondatezza della pretesa (v. C.S., V. 3.1.02, n. 12 e TAR NA, VII, 10.4.09, n. 1947).

Rimane il fatto che, anche dopo l'entrata in vigore della norma codicistica, essendo assente il provvedimento, è chiaro che l'individuazione dei soggetti controinteressati non può che fondarsi sulla nozione di controinteressato in senso "sostanziale" e non formale.

Come visto il giudice ha la possibilità conoscere della fondatezza dell'istanza senza per questo che si dia l'introduzione ad una giurisdizione estesa al merito, vista la precisazione della stessa norma che comunque tale possibilità è prevista soltanto per l'attività vincolata o quando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Torniamo, quindi, alla sopra richiamata distinzione tra diritti e interessi legittimi, tanto che la stessa norma si affretta a precisare che in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Curiosa tale specificazione da un punto di vista letterale, perché è chiaro che ogni volta che ci sia un silenzio i poteri amministrativi non sono ancora esercitati, quindi è chiaro che il riferimento era a situazioni particolari relative a un'estensione del potere strettamente richiesto con l'attivazione del silenzio.

Può concludersi quindi che la sentenza del giudice può avere un duplice contenuto, in un primo caso può essere qualificata di accertamento e di condanna a provvedere, in un secondo caso può essere qualificata di accertamento e condanna a emanare il

provvedimento richiesto. Io continuo comunque a vedere scarsa differenza concettuale tra provvedere e emanare il provvedimento richiesto.

Interessante è certamente il comma quinto dell'articolo 117 che ha disciplinato l'ipotesi in cui, in corso di giudizio, sopravviene un provvedimento da parte dell'amministrazione. In questo caso il codice non fa altro che attivare ciò che sarebbe già indicato implicitamente all'interno nel medesimo, nel senso che è consentita l'impugnazione nel corso del giudizio anche con motivi aggiunti, però nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.

Ciò ha risolto un contrasto giurisprudenziale che vedeva da una parte ritenere in caso di provvedimento sopravvenuto la cessazione materia del contendere e nel caso di provvedimento negativo l'impugnazione con ricorso per motivi aggiunti con rito ordinario, dall'altra l'esclusione della possibilità di impugnare il provvedimento sopravvenuto nell'ambito del giudizio sul silenzio.

La soluzione del codice, sicuramente più pratica, attua il principio del "cumulo delle domande" di cui all'articolo 32 e in coerenza con questo ma, dal punto di vista pratico, non è che introduca una grande semplificazione laddove comunque è necessaria la conversione del rito. Non è chiarito - e ne abbiamo discusso anche recentemente in un'udienza nella mia Sezione - se nel convertire il rito il collegio debba già fissare l'udienza di merito o la fissazione è riservata "extra udienza" a provvedimento presidenziale. Io propenderei per la seconda ipotesi, dato che, altrimenti, il ricorrente potrebbe usare l'"escamotage" di introdurre una domanda "ordinaria" con il rito del silenzio, sapendo comunque che il giudice sarà "costretto" a fissare l'udienza nella conversione del rito, guadagnando così la possibilità di ottenere subito la (tanto agognata) fissazione dell'udienza pubblica.

A proposito di cumulo, lo stesso il principio di concentrazione consente la possibilità di provvedere al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (già art. 2-bis l. 241/90 ex l. n. 69/09) ovvero al pagamento di un indennizzo per il mero ritardo, nell'ipotesi ora contemplata dall'art. 1-bis l. n. 241/90 ex art. 28, co 9, d.l. 69/13, conv. in l. n. 98/13.

Anteriormente al codice il prevalente orientamento giurisprudenziale escludeva la compatibilità del rito speciale sul silenzio con una domanda contenente anche quella relativa all'azione di risarcimento dei danni mentre il codice ha ora previsto, all'opposto, che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta congiuntamente a quella verso il silenzio ma anche in questo caso non si è spinto

oltre, affermando che il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria (comma sei dell'articolo 17). Anche in questo caso la domanda sorge spontanea: ma il "cumulo" è utile se poi si dividono i riti? Forse può essere utile solo ai fini introduttivi per il ricorrente per evitare contributi unificati multipli e numeri di registro generale multipli?

Qui, infatti, a differenza della fattispecie di provvedimento sopravvenuto, ove è prevista la conversione obbligatoria del rito, vi è possibilità soltanto per il giudice di rinviare al rito ordinario la trattazione della domanda risarcitoria. Nulla è detto, però, se il giudice non decide di convertire. Secondo me quest'ultimo deve sempre provvedere in tal senso.

ESECUZIONE

La fase esecutiva è ovviamente una fase non necessaria e si attua qualora l'amministrazione non ottemperi all'obbligo di provvedere imposto dal giudice e la parte si attivi a far rilevare tale nuovo comportamento. Nell'ipotesi in cui il giudizio si sia concluso con la condanna all'adozione di uno specifico provvedimento si avrà inadempimento anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione emani un provvedimento dal contenuto diverso da quello indicato nella sentenza.

E' quindi un'azione di ottemperanza, costruita sulla falsariga di quanto previsto dall'articolo 114, dato che l'articolo 117 comma quattro stabilisce che il giudice conosce anche di tutte le questioni relative alla sarta adozione del provvedimento richiesto.

Ovviamente la difficoltà minore è quando è richiesto uno specifico provvedimento.

Ma quando si censura il solo silenzio e quindi l'amministrazione è costretta soltanto ad adempiere nel senso di adottare un provvedimento, cosa succede?

Il giudice potrà ordinare di provvedere entro un ulteriore termine e, qualora non lo abbia già fatto perché ciò è consentito anche nella sentenza da eseguire, può nominare un commissario ad acta.

Sulla natura di tale commissario si è discusso, nel senso se sia un ausiliario del giudice o se sia un ausiliario dell'amministrazione.

Mentre nell'ambito del rito ordinario è assodato che il commissario ad acta sia un ausiliario del giudice, nel rito del silenzio tale commissario conserva delle proprie peculiarità.

In primo luogo gode di poteri ben più ampi rispetto alla sentenza di mero accertamento dell'obbligo di provvedere. Si tratta quindi di un'attività sostitutiva "piena" ma in che senso?

Secondo me in questo caso il commissario ad acta non è un ausiliario del giudice ma è un vero e proprio ausiliario dell'amministrazione, in quanto ha l'obbligo non di adottare direttamente il provvedimento, visto che la sentenza non si può pronunciare in luogo dell'amministrazione, ma solo di adoperarsi affinché siano adottati tutti i presupposti affinché l'amministrazione si pronunci (ad esempio: convocazione conferenza servizi, convocazione funzionari, ecc...).

Appello

La norma estende tutto il quadro anche al giudizio di appello. Problema se il provvedimento sopravviene nelle more? Si ritiene che si applichi la stessa concatenazione procedimentale, per cui il provvedimento sopravvenuto sarà impugnabile con rito ordinario, ovviamente partendo dal primo grado.