**Cinquant’anni dopo** (per Franco Gaetano Scoca – Roma LUISS, 11 gennaio 2022)

Di Filippo Patroni Griffi

17 gennaio 2021

Quando entrai in Consiglio di Stato nel 1986, sentivo ancora parlare di tempi, all’epoca vicini, in cui gli avvocati che difendevano in Consiglio erano pochi, per lo più accademici, e facevano parte di quello che mi fu definito come un ristretto club di magistrati e avvocati che si cimentavano, nel trattare le cause, in tenzoni di alto livello. Tra questi, naturalmente, c’era Franco Gaetano Scoca. Di lui avevo già letto, da giovane studioso, direi studente, *Il Silenzio*, su indicazione prescrittiva del mio Professore, Geppino Palma.

Era un altro mondo. O meglio, quello attuale è un altro mondo, nelle università, nel Consiglio di Stato. E Franco Scoca, da vero Maestro e studioso, ha attraversato questo lungo tempo conservando una invidiabile “freschezza di pensiero”, cogliendo sempre e tempestivamente l’evoluzione degli istituti, sia sul piano teorico, sia sul versante pratico della loro utilizzabilità a fini di tutela.

Lo ha fatto sul versante scientifico e lo ha fatto nelle aule dei tribunali e, in particolare, per l’esperienza da me vissuta, di Palazzo Spada. Per questo devo solo ringraziare, non solo a titolo personale ma nella mia attuale (ancora per poco) qualità, per avermi voluto a questo evento che si ripromette di rendere onore, giustamente, a un Maestro del diritto amministrativo, che ha tanto contribuito alla formazione di accademici e di magistrati e che tanto ha dato al diritto amministrativo sia sul piano dogmatico e sistematico, nell’Accademia, sia sul piano pratico nelle aule di giustizia. Sempre con un tono, sia scritto che parlato, pacato e argomentativo, facente leva sulla riflessione motivata più che sull’affermazione delle proprie ragioni.

Se voglio individuare un filo conduttore nella sua opera, ma direi meglio nel suo operato, è la costante attenzione alla sostanza delle questioni, il saper coniugare rigore dogmatico e preoccupazione “pratica” dell’uso degli istituti. Con una “finalità di metodo”, se mi si passa il termine: individuare la soluzione che consenta la più efficace tutela dei “diritti” nei confronti dei poteri pubblici. Secondo una linea metodologica che vede nella individuazione del rimedio processuale più adatto ed efficace nel caso concreto la chiave dell’effettività non solo della tutela, ma della stessa situazione sostanziale.

Prendiamo come esempio proprio due opere che costituiscono due capisaldi a poco meno di cinquant’anni di distanza l’una dall’altra*: Il Silenzio*, *L’interesse legittimo*.

L’esigenza di una disciplina del silenzio deriva dalla preoccupazione di voler fornire un rimedio all’inerzia della pubblica amministrazione (Lignani), naturalmente quando questa sia lesiva della sfera giuridica di un soggetto.

La centralità del tema dell’inerzia –e del suo collegamento con la disciplina del silenzio- è colta da subito da Scoca, già nel titolo dei suoi primi scritti al riguardo (*Considerazioni sull’inerzia amministrativa*, *Foro amm*.1962); poi, in una prospettiva che definirei “relazionale” nel saggio su *Il termine giudiziale per l’adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione* (Milano 1965) e che troverà ulteriore svolgimento nello studio critico, condotto con Marina D’Orsogna, sulla disciplina introdotta dalla legge 241/90, studio dal titolo suggestivo *Silenzio, clamori di novità* (*Dir.proc.amm*. 1995).

Il rifiuto dell’equiparazione del silenzio a qualsivoglia atto di volontà –nella scia dell’Adunanza plenaria n.8 del 1960, che ribalta la precedente giurisprudenza (che traeva origine dalla decisione IV, 22 agosto 1902 n.429) condivisa dalla prevalente dottrina- pone un tema centrale nella successiva elaborazione teorica del silenzio: il silenzio è un fatto omissivo e “il problema dell’inazione nel diritto amministrativo si pone proprio là dove non è riconoscibile alcuna volontà della pubblica amministrazione, e quindi dove non esiste alcun provvedimento amministrativo” (così ne *Il silenzio*, 17), tacito o espresso che sia. Sicché –come osserva bene Ruugguiero Dipace nel saggio contenuto negli *Scritti i*n onore del Maestro[[1]](#footnote-1)- “il problema del silenzio si intreccia con i princìpi della doverosità dell’esercizio della funzione amministrativa e dell’obbligo di provvedere” involgendo direttamente il principio di legalità *sub specie* di tipicità dei provvedimenti della pubblica amministrazione; principio che non consente di ritenere che con l’inerzia sia esercitata una funzione pubblica. La novità e la rottura con l’impostazione precedente –maturata peraltro con riferimento al ricorso gerarchico e per esigenze di tutela in un processo impugnatorio- sono evidenti sul piano dell’impostazione dommatica: la vecchia impostazione si muove nell’ambito di una lettura “privatistica” del silenzio, che viene ricondotto a una forma tacita di manifestazione di volontà; Scoca accentua la peculiarità pubblicistica dell’inerzia della pubblica amministrazione individuando nel silenzio una “pausa” nell’esercizio di una funzione pubblica che, in quanto tale, è doverosa, sicché il mancato suo esercizio è per ciò stesso illegittimo. Perché? Perché il mancato esercizio della funzione è per ciò stesso lesivo di un interesse legittimo all’esercizio della funzione; il che mi sembra essere particolarmente evidente per gli interessi pretensivi, in cui il soggetto che “chiede” qualcosa all’amministrazione ha diritto a una risposta.

Prescindiamo dagli sviluppi successivi della tematica del silenzio –dall’Adunanza plenaria n.10 del 1978 alla legge n.241 del 1990, dalle ipotesi di inerzia “significativa” per legge all’autonomia del mero silenzio dal silenzio su ricorso amministrativo- per cogliere come il tema della doverosità della funzione si saldi, nel pensiero di Scoca, con la sua configurazione dell’interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale.

Questo approccio ha sicuramente influenzato la disciplina del silenzio nel codice del processo amministrativo e nella giurisprudenza che ne è seguita, con particolare riguardo ai poteri del giudice nel rito sul silenzio in relazione alla (valutabilità della) pretesa sostanziale del privato. Ma ha influito anche sulle successive elaborazioni, anche di diritto positivo, in tema di danno da ritardo e di relativa responsabilità dell’amministrazione.

Dicevo che il filo rosso che lega il pensiero di Scoca sul silenzio e sull’interesse legittimo è costituito proprio dalla configurazione di quest’ultimo come situazione soggettiva sostanziale a tutti gli effetti, di cui abbiamo una compiuta elaborazione nel volume che richiamavo all’inizio sull’interesse legittimo.

In quel saggio Scoca “ri-legge” alla luce del diritto sostanziale: quella “giurisprudenza [che] rende palese che l’oggetto della tutela è proprio l’interesse privato, e non l’interesse pubblico o la retta applicazione del diritto obiettivo” (p-110); i criteri del sindacato, che “si trasformano in regole non scritte di diritto sostanziale” sui modi di esercizio del potere (p.112); il procedimento amministrativo come luogo dove le regole create in sede processuale devono trovare applicazione nel momento sostanziale della ponderazione degli interessi; infine riprendendo una teoria di Romano Tassone, la configurazione dell’interesse legittimo come “corretta e adeguata sistemazione degli interessi materiali coinvolti nel procedimento amministrativo”.

Come già ho avuto modo di rilevare nel dibattito sul volume, la configurazione in chiave sostanziale dell’interesse legittimo, che riceve *conseguentemente* tutela nel processo, non mi pare collidere, ma piuttosto si accompagna, con quegli orientamenti che sottolineano come nel diritto amministrativo si sia storicamente determinata, sul piano delle tutele, una “singolare inversione logica” (Clarich) tra situazione soggettiva e tutela nel senso che la situazione soggettiva è stata il risultato della tutela accordata dal giudice, secondo un modello “riconoscimento dell’azione/situazione soggettiva” di tipo spiccatamente rimediale (*remedies precede rights*). La dimensione relazionale dei rapporti pubblicistici, che si è venuta sviluppando con lo Stato di diritto ma soprattutto con lo sviluppo dello Stato sociale, senza dubbio ben si inquadra nella dinamica del confronto tra situazioni soggettive, del privato e dell’amministrazione, per giunta entrambe attive (potere e interesse legittimo), quindi con peculiarità assai diverse dallo schema relazionale del diritto privato. Al tempo stesso, non può negarsi, sul piano storico ma anche dell’analisi dello sviluppo della giurisprudenza, l’emersione per via giurisprudenziale dall’indistinto giuridico -per dirla con Nigro- di posizioni legittimanti e di interessi tutelabili. È un fenomeno non estraneo al diritto privato, in cui pure la preesistenza della situazione soggettiva alla sua tutela costituisce un caposaldo della dommatica tradizionale fino al riconoscimento e, direi, alla codificazione della tutela stessa come diritto, il diritto di azione: si pensi alla giurisprudenza storicamente in evoluzione sul riconoscimento dei diritti risarcibili.

Ma è indubbio che nel diritto pubblico il collegamento tra situazione sostanziale e tutela –nel senso che l’una e l’altra si condizionano reciprocamente sul piano genetico- è molto più forte in quanto il bisogno di tutela si accompagna al ruolo storicamente assegnato alla pubblica amministrazione e quindi all’esercizio o al mancato esercizio della funzione. Se, infatti, assegno un “compito” all’amministrazione, e attribuisco alla stessa il potere per perseguirlo, quella funzione amministrativa esce dall’ambito dell’irrilevante giuridico e, nel momento in cui si “giuridicizza”, è idonea –sia pure non sempre- a radicare una situazione soggettiva tutelabile; e il “riconoscimento” di questa situazione soggettiva, come emersa dall’irrilevante giuridico, avviane per lo più nella sede giudiziaria, cioè nel momento in cui ne venga chiesta tutela.

Per concludere, il filo rosso che mi sembra legare il pensiero del Maestro è proprio la riflessione sul bisogno di tutela, sulla sua effettività sulla idoneità in genere del diritto e del giudice amministrativo a soddisfare gli interessi materiali del privato che si trovi ad avere a che fare, nel suo quotidiano, con l’esercizio di poteri pubblici. Ed è questa la stessa ragion d’essere del diritto amministrativo, in uno Stato non solo di diritto, ma che voglia assumere su di sé i valori del benessere e dell’uguaglianza in una comunità.

Grazie, caro Professore.

1. R.Dipace, *L’inerzia e il silenzio della pubblica amministrazione nelle opere di Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021, 1829ss., spec.1933. [↑](#footnote-ref-1)