

Costantino NASSIS

**IL SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E TUTELA
GIURISDIZIONALE: LINEAMENTI EVOLUTIVI**

* * * * *

Sommario: 1.- Premessa: oggetto dell'indagine; 2.- Il problema dell'inerzia dell'amministrazione nelle prime storiche pronunce del Consiglio di Stato; 3.- L'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione e l'art. 2 della legge 241/1990; 4.- Il silenzio amministrativo dopo il giudizio speciale previsto dall'art. 2 della legge n. 205 del 2000; 5.- I limiti del giudizio sul silenzio: tra sindacato nel merito e sindacato sul procedimento; 6.- Le riforme introdotte dalla legge n. 15/2005 e dal d. l. n. 35/2005 (convertito, con modificazioni, in legge n. 80/2005); 7.- I nuovi (anzi antichi) confini della giurisdizione sul silenzio; 8.- Profili ricostruttivi; 9.- Conclusioni e proposte di (vera) riforma; Bibliografia; Giurisprudenza; Appendice normativa.

1.- Premessa: oggetto dell'indagine.

L'inerzia della pubblica amministrazione al cospetto di una richiesta di attività proveniente dall'esterno o in relazione ad un'attività officiosa, in quanto comportamento di inazione, non può avere un significato giuridico univoco. Ciò in quanto plurime e diverse, nei contenuti e negli effetti, sono le conseguenze che l'ordinamento giuridico ricollega al comportamento omissivo degli uffici amministrativi. L'inerzia può rilevare come illecito, cui corrisponde una sanzione per il funzionario renitente; può essere considerata sotto l'aspetto organizzativo e funzionale dell'apparato amministrativo onde predisporre eventuali competenze sostitutive di altri soggetti istituzionali; può, infine, rilevare, in senso generale, come presupposto oggettivo di previsioni normative poste a tutela di situazioni giuridiche in cui emerge l'interesse di un soggetto ad una specifica attività amministrativa. Con riferimento a quest'ultimo profilo, di particolare interesse sono i rimedi giuridici che l'ordinamento giuridico italiano appresta per rimuovere o prevenire gli effetti lesivi del silenzio. Le novità normative degli ultimi anni, ed in particolare quelle introdotte dal legislatore del 2000 (legge n. 205) e del

2005 (legge n. 15 e legge n. 80), hanno, infatti, posto le basi per una nuova (e si spera migliore) stagione dei rapporti tra i cittadini e le autorità amministrative, in cui ad un atteggiamento amministrativo ispirato al paradigma del c. d. 'muro di gomma' si dovrebbe sostituire un principio di azione fondato sull'assunto che *"il tempo è funzione della medesima attività"*

amministrativa”¹. Al riguardo, giova riportare la seguente condivisibile considerazione: “*gli interessi pubblici vanno, per definizione, perseguiti e realizzati in tempi rapidi e certi. Ma lo stesso è da dire riguardo agli interessi privati coinvolti dall’azione pubblica: privati ed imprese si attendono il rispetto di tempi precisi, e siffatta esigenza attiene, poi, al rispetto dell’affidamento che caratterizza la società contemporanea e ne segna i rapporti economici e sociali*”².

Dalle suddette premesse prende l’abbrivio la presente indagine, che, dopo aver divisato, in una prospettiva diacronica, la nozione generale di silenzio ed i connessi criteri di classificazione, approfondirà le novità recentemente introdotte nel tessuto normativo di riferimento, allo scopo di verificarne la reale portata innovativa e le effettive ricadute applicative. Ai fini ora detti, particolare rilievo sarà dato ai principali e più recenti arresti giurisprudenziali in materia, i quali, unitamente ai contributi della dottrina, rappresentano uno strumento indispensabile per tracciare gli attuali profili sostanziali e procedurali degli istituti giuridici in esame.

2.- Il problema dell’inerzia dell’amministrazione nelle prime storiche pronunce del Consiglio di Stato.

Il primo importante contributo della giurisprudenza amministrativa alla realizzazione di un’efficace tutela giurisdizionale nei riguardi del comportamento inerte della pubblica amministrazione è rinvenibile in una decisione del Consiglio di Stato risalente al 1902 (il caso *Longo*)³. In tale pronuncia, concernente l’impugnativa proposta da un impiegato del Ministero della Giustizia (alunno di Cancelleria) avverso un provvedimento disciplinare irrogato dal capo dell’ufficio in cui prestava servizio (il Primo Presidente della Corte d’Appello di Napoli), il Consiglio di Stato dichiarò ricevibile il ricorso giurisdizionale, quantunque non fosse ancora definito il ricorso gerarchico precedentemente proposto dal medesimo impiegato al Ministro Guardasigilli. Disattendendo le eccezioni formulate dall’avvocatura erariale, che dubitava dell’ammissibilità del ricorso in sede giurisdizionale sul rilievo che il provvedimento impugnato non potesse considerarsi definitivo, il giudice

¹ A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, atti del convegno “Le nuove regole dell’azione amministrativa” (Catania 11-12 novembre 2005), in www.giustizia-amministrativa.it – sito istituzionale della giustizia amministrativa, pag. http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cariola_Silenzio_assenso.htm.

² A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, cit.

³ Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 22 agosto 1902, n. 429 (con commento di Marina Chiappetta, Marco De Giorni e Aldo Sandulli), in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di Gabriele Pasquini e Aldo Sandulli, Giuffrè, 2001, pagg. 62-69.

amministrativo degli inizi del novecento dichiarò che, a seguito di esperimento del rimedio gerarchico e di ripetuti inviti all'Autorità di seconda istanza a provvedere rimasti senza alcuna risposta, *«non potrebbesi non riconoscere nel prolungato silenzio dell'Autorità superiore la determinazione di far proprio il provvedimento contro il quale fu invano ad essa prodotto reclamo»*. Per tal via, il Consiglio di Stato ha, per la prima volta, attribuito spessore giuridico all'inerzia dell'amministrazione, riconoscendo l'equivalenza fra silenzio e rigetto del ricorso gerarchico, anche se al solo fine processuale di ritenere ammissibile il ricorso giurisdizionale proposto avverso un provvedimento formalmente non definitivo (a causa della diuturna pendenza del ricorso gerarchico)⁴.

Storicamente molto significativa, per approfondimento dogmatico e sforzo ricostruttivo, è anche la decisione dell'Adunanza Plenaria del 10 marzo 1978 (c. d. caso O. R. M. A.)⁵. In una cornice normativa radicalmente cambiata rispetto al passato⁶, l'Adunanza Plenaria ha affrontato il problema del silenzio nella giustizia amministrativa precisando alcune fondamentali caratteristiche dell'istituto e risolvendo i principali dubbi applicativi dell'epoca. Prendendo le mosse da un'approfondita ed articolata analisi dei contributi dottrinali e giurisprudenziali intervenuti nel corso del tempo sulle maggiori problematiche connesse al silenzio della pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato ha definitivamente preso atto del superamento dell'originaria unità dell'istituto, rilevando che *«se si va alla sostanza delle vicende non si può dubitare della profonda diversità esistente fra un caso in cui, essendosi in fase di riesame, sia già intervenuta una determinazione amministrativa, ed un altro in cui invece manchi qualsiasi presa di posizione dell'amministrazione sull'assetto degli interessi che sono messi in gioco»*. Sul piano concettuale, è stata così confermata la differente qualificazione giuridica dei due fondamentali fenomeni di silenzio amministrativo (silenzio come condizione per l'impugnazione dell'atto di primo grado, in contrapposizione al silenzio come inadempimento dell'obbligo di provvedere). Sul piano funzionale, si è resa quindi necessaria l'individuazione di modalità procedimentali nuove e differenziate.

Per quel che concerne il silenzio sui ricorsi amministrativi (c. d. silenzio-

⁴ Giova rammentare che la citata decisione del 1907 ha consentito il superamento di un grave inconveniente della giustizia amministrativa dell'epoca, la quale operava esclusivamente nei confronti dei provvedimenti definitivi e presupponeva, quindi, l'esaurimento del ricorso amministrativo. Il problema è stato poi superato con la riforma introdotta dalla legge 6 ottobre 1971 n. 1034, la quale ha esteso la tutela giurisdizionale anche nei confronti dei provvedimenti non definitivi.

⁵ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 10 marzo 1978, n. 10 (con commento di Aldo Sandulli), in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pagg. 446-460.

⁶ Si fa riferimento, in particolare, alle riforme intervenute agli inizi degli anni settanta: la legge 24 novembre 1971, n. 1199 e la legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

rigetto), il legislatore del 1971 ha escluso la necessità di configurare il silenzio come un atto tacito riconducibile alla volontà inespressa dell'amministrazione di confermare il provvedimento gravato in sede amministrativa, e ha risolto il problema facendo perno sull'atto di primo grado e riducendo l'inerzia del soggetto pubblico alle sue reali dimensioni giuridiche di mero fatto condizionante l'esercizio dell'azione nei confronti dell'unica determinazione amministrativa esistente.

Con riferimento al fenomeno del silenzio come inadempimento dell'obbligo di provvedere (c. d. silenzio-inadempimento o silenzio-rifiuto) l'Adunanza plenaria del 1978, in assenza di una esplicita disciplina dell'azione amministrativa, ha ritenuto applicabile la disposizione contenuta nell'art. 25 del Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con il Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3⁷. La norma, quantunque emanata per dare applicazione al principio costituzionale (art. 28) della responsabilità personale dei pubblici impiegati, è stata ritenuta idonea, specie per il suo contenuto implicito, a colmare la lacuna normativa evidenziata dalla giurisprudenza nel più ampio ambito dell'inerzia amministrativa ed a costituire una valida fonte per la disciplina del silenzio rifiuto. L'Adunanza plenaria ha dedotto la validità della soluzione accolta anche (e soprattutto) dai profili procedurali, che rispondevano a tutti i requisiti indicati, dall'interpretazione giurisprudenziale, per il silenzio rifiuto. Particolarmente opportuni sono stati ritenuti la strutturazione bifasica del procedimento (istanza e diffida), il passaggio obbligato della diffida (essa introdurrebbe, a parere della giurisprudenza in esame, un ulteriore e provvidenziale spazio di tempo per l'amministrazione per concludere il procedimento e rappresenterebbe un presidio per il privato, che sarebbe altrimenti esposto al continuo pericolo della scadenza automatica spesso ignota dei termini di impugnazione che caratterizzano il rito amministrativo) e la

⁷ Si riporta qui di seguito la norma in esame: “(Diffida) 1. L'omissione di atti o di operazioni, al cui compimento l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento, deve essere fatta constare da chi vi ha interesse mediante diffida notificata all'impiegato e all'Amministrazione a mezzo di ufficiale giudiziario. 2. Quando si tratti di atti o di operazioni da compiersi ad istanza dell'interessato, la diffida è inefficace se non siano trascorsi sessanta giorni dalla data di presentazione dell'istanza stessa. 3. Qualora l'atto o l'operazione faccia parte di un procedimento amministrativo, la diffida è inefficace se non siano trascorsi sessanta giorni dalla data di compimento dell'atto od operazione precedente ovvero, qualora si tratti di atti od operazioni di competenza di più uffici, dalla data in cui l'atto precedente, oppure la relazione o il verbale della precedente operazione, trasmesso dall'ufficio che ha provveduto, sia pervenuto all'ufficio che deve attendere agli ulteriori incombenti. 4. Se le leggi ed i regolamenti amministrativi, ovvero i capitoli generali o speciali e i disciplinari di concessione, stabiliscono per il compimento di determinati atti od operazioni termini più brevi o più ampi di quelli previsti nei commi precedenti la diffida è efficace se notificata dopo la scadenza del termine entro il quale gli atti o le operazioni debbono essere compiuti, secondo la specifica norma che li concerne. 5. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla notificazione della diffida, l'interessato può proporre l'azione di risarcimento, senza pregiudizio del diritto alla riparazione dei danni che si siano già verificati in conseguenza dell'omissione o del ritardo”.

riduzione dei termini minimi a novanta giorni complessivi.

Individuato, nell'art. 25 del D. P. R. n. 3/1957, lo strumento procedimentale per far emergere il silenzio della pubblica amministrazione, l'Adunanza plenaria del 1978 si è anche soffermata sul problema della rinnovabilità della diffida, osservando che «*se non sono intervenuti fatti nuovi a modificare l'assetto degli interessi (acquiescenza, rinuncia o comunque estinzione dell'obbligo di procedere della pubblica amministrazione), si deve riconoscere al privato il potere di far nuovamente valere, in via stragiudiziale, prima, e giudiziale, poi, il proprio interesse*», ed ha anticipato, con straordinaria lungimiranza, la questione delle nuove prospettive di intervento del giudice in materia di silenzio, specialmente nei casi in cui la «*diffida attenga ad atti non provvedimentale o addirittura materiali*». Nella storica decisione esaminata, il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa avvisava, infatti, che, «*nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto, e che la relativa pronuncia sia suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del giudicato amministrativo*». Come si vedrà in seguito, nella sentenza citata, sono già presenti, con quasi trenta anni di anticipo, tutti i principi acquisiti nei più recenti approdi giurisprudenziali sulla materia del silenzio, così come modificata dalla recenti riforme legislative.

3.- L'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione e l'art. 2 della legge 241/1990.

Dopo il consolidamento della giurisprudenza favorevole all'applicazione analogica dell'art. 25 del D. P. R. n. 3/1957⁸, l'interesse si è spostato sull'accertamento dell'obbligo di provvedere da parte della pubblica amministrazione. Prima della legge n. 241 del 1990, in assenza di un generale dovere normativo di provvedere, soltanto in determinati casi era possibile censurare in sede giurisdizionale l'inerzia amministrativa. Non erano, quindi, infrequenti i casi in cui l'Autorità amministrativa metteva in pratica veri e propri "insabbiamenti" del procedimento, non ponendo in essere le prescritte attività istruttorie ovvero trascurando le istanze di sollecitazione provenienti dalla parte privata. La giurisprudenza ha dovuto, pertanto, elaborare i criteri per accertare l'obbligo a provvedere. In particolare, si è precisato che, nei casi di inerzia su attività vincolate, l'obbligo di provvedere debba essere dichiarato dal giudice non in astratto, ma in relazione alla domanda⁹. Sono, inoltre, stati

⁸ Tra gli altri, Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 marzo 1979, n. 220, in *Foro amministrativo*, 1979, I, 343; Consiglio di Stato, Sez. V, 9 luglio 1990, n. 591, *ivi*, 1990, I, 1751.

⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 1982, n. 92, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 174; Consiglio di

enucleati i casi in cui risulterebbe inutile imporre all'amministrazione l'obbligo a pronunciarsi espressamente. Deve, infatti, escludersi che la procedura per la constatazione del silenzio rifiuto possa essere utilizzata nei seguenti casi: a) per ottenere la riapertura di procedimenti già definiti in sede amministrativa; b) per rimettere in discussione provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili¹⁰, con la sola eccezione dell'ipotesi in cui, dopo che l'atto sfavorevole è divenuto inoppugnabile, l'amministrazione emani, per casi simili, provvedimenti favorevoli agli interessati e il destinatario del provvedimento inoppugnabile ne chieda l'applicazione della determinazione favorevole anche nei propri confronti¹¹; c) per ottenere una pronuncia su di una pretesa palesemente assurda o infondata¹²; d) allorquando l'interessato, attraverso la procedura del silenzio rifiuto, abbia sollecitato l'esercizio del potere di autotutela, non sussistendo rispetto a questo una posizione di interesse legittimo, ma di mero interesse di fatto¹³, dal momento che la certezza delle situazioni giuridiche definite è essa stessa un bene irrinunciabile posto a tutela dei cittadini e non può essere elusa mediante l'impugnazione del silenzio rifiuto formatosi su un'istanza diretta a sollecitare l'adozione di provvedimenti di annullamento o di modifica di precedenti determinazioni, non impugnate nei termini e nelle forme di rito; e) per un'istanza di estensione *ultra partes* del giudicato¹⁴.

L'articolo 2 della legge n. 241/1990 ha, poi, generalizzato l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione ed ha fissato il principio per cui ogni procedimento deve concludersi entro un termine prestabilito. Restano, peraltro, valide tutte le eccezioni sopra elencate¹⁵.

La frontiera del dibattito in tema di silenzio inadempimento si è, quindi, spostata sulla questione dell'inutilità della procedura prevista dall'art. 25 del D. P. R. n. 3/1957 in conseguenza della previsione di un termine espresso per la

Stato, Sez. V, 15 marzo 1991, n. 250, *ivi*, 1991, I, 422.

¹⁰ Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 giugno 1937, n. 320, in *Foro amministrativo*, 1937, I, 284; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 novembre 1985, n. 380, *ivi*, 1985, 2207; Consiglio di Stato, Sez. V, 1 aprile 1989, n. 186, *ivi*, 1989, 979; e più di recente, Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5307, *ibidem*.

¹¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 novembre 1986, n. 730, in *Foro amministrativo*, 1986, I, 2402.

¹² Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 luglio 1984, n. 441, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 894; Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 luglio 1986, n. 483, *ivi*, 1986, I, 934; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 gennaio 1990, n. 23, in *Foro amministrativo*, 1990, 65; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 giugno 1991, n. 903, in *Consiglio di Stato*, 1991, I, 971.

¹³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 6838, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136, *ibidem*.

¹⁴ Tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 settembre 2001, n. 4592, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 23 novembre 2001, n. 5026, *ibidem*; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 29 maggio 2006, n. 6240, in *Lexitalia.it*, n. 5/2006.

¹⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909, in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2005.

conclusione del procedimento, dal momento che il silenzio potrebbe ritenersi formato con il mancato rispetto del termine prefissato. Su tale argomento, la giurisprudenza, nonostante le ripetute sollecitazioni provenienti dalla dottrina amministrativa, ha sempre mostrato un atteggiamento conservativo, sul rilievo prevalente che l'art. 2, commi 2 e 3, della legge n. 241/1990 non ha determinato il superamento del principio della diffida, la quale continuerebbe a svolgere una funzione "deflativa" del contenzioso amministrativo, assicurando all'amministrazione un ulteriore termine per evitare l'insorgenza della lite¹⁶.

4.- Il silenzio amministrativo dopo il giudizio speciale previsto dall'art. 2 della legge n. 205 del 2000.

L'art. 2 della legge n. 205 del 2000 ha introdotto nel corpo della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (n. 1034 del 1971) un nuovo articolo (il 21-*bis*) recante un giudizio speciale avverso il silenzio dell'Amministrazione¹⁷. Le caratteristiche principali del nuovo rito sul silenzio sono l'estrema celerità dei tempi processuali e la semplificazione¹⁸. In base alla norma in esame, i ricorsi avverso il silenzio devono, infatti, essere decisi in camera di consiglio con sentenza succintamente motivata e l'udienza camerale per la discussione e la decisione deve essere fissata nei trenta giorni successivi alla scadenza del termine per il deposito del ricorso (il che significa entro sessanta giorni dalla notifica del ricorso, che, tenuti in considerazione i tempi di fissazione delle udienze di discussione dei ricorsi ordinari, è un termine più che

¹⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 1997, n. 980, in *Foro amministrativo*, 1997, 2307; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 1997, n. 1331, *ibidem*, 3044; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm.*, CdS 2002, 1413, 2037, nota (L. LAMBERTI) e in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 2402; Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4004, in *Giur. it.*, 2005, 2402, in cui si precisa che «anche nel vigore della disciplina introdotta dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, il soggetto che intende reagire contro l'inerzia della Pubblica amministrazione ha l'onere di seguire il rigoroso iter procedimentale indicato dall'art. 25 T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, in base al quale, dopo la presentazione di un'istanza e dopo il silenzio dell'Amministrazione protrattosi per almeno sessanta giorni, l'interessato può effettuare una diffida a provvedere entro un congruo termine (non inferiore a trenta giorni) da notificare a mezzo di ufficiale giudiziario, cui fa seguito la proposizione del ricorso (allorquando tale procedimento si sia concluso e si sia fatto formalmente constatare l'inadempimento della P.A.) nel termine di decadenza fissato dalla legge, decorrente dalla scadenza del termine assegnato con l'atto di diffida. (Cons. Stato Sez.V 376 - 4 febbraio 2004) Contrariamente, dunque, a quanto affermato dall'appellante il solo decorso del termine di almeno sessanta giorni assegnato con l'istanza all'Amministrazione, non è sufficiente per la formazione del silenzio-rifiuto, dovendosi a tal fine far constatare formalmente l'inadempimento con il successivo atto di diffida».

¹⁷ Sul tema, cfr. M. VERONELLI, *Azione diretta e immediata avverso il silenzio della pubblica amministrazione (commento a TAR Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4977)*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 2003, n. 1, pag. 45; G. VIZZARI, *Sul ricorso avverso il silenzio della p. a.*, in *Foro amministrativo*, CdS 2004, n. 3, pag. 855.

¹⁸ A. CIOFFI, *Osservazioni sul dovere di provvedere e sul «silenzio» nell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034*, in *Diritto amministrativo*, 2004, n. 3, pag. 633.

ragionevole). Se, poi, il Collegio giudicante dispone un adempimento istruttorio, il ricorso deve essere comunque deciso in camera di consiglio nei trenta giorni successivi alla data fissata per gli incumbenti istruttori. In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo deve ordinare all'amministrazione di provvedere entro un termine, di norma, non superiore a trenta giorni e qualora l'amministrazione resti inadempiente anche oltre il termine assegnato, il Tribunale amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo dell'amministrazione renitente.

Il rito speciale per l'accertamento dell'obbligo di provvedere cumula, dunque, tre tipi di procedimenti¹⁹:

a) la fase di accertamento accelerato dell'illegittimità dell'inerzia amministrativa, che non esclude in assoluto la tutela cautelare di urgenza prevista dall'art. 21 della legge istitutiva dei TT. AA. RR. (non potendosi aprioristicamente escludere esigenze cautelari tali da richiedere un intervento interinale anticipato rispetto alla sentenza che definisce il giudizio);

b) la fase della condanna ad adempiere l'obbligo di provvedere entro un termine breve, in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso;

c) la fase eventuale (e successiva alla sentenza) dell'ottemperanza, che prevede la nomina, ad istanza della parte ricorrente²⁰, di un commissario *ad acta*, che provvederà in luogo dell'amministrazione inadempiente²¹.

Il legislatore del 2000 ha così introdotto nell'ordinamento giuridico uno

¹⁹ Cfr. A. CORSARO, *Silenzio dell'Ente: basta un giudizio solo. Processi snelli, più tutela per i cittadini*, in *Diritto e Giustizia*, n. 47/2005, 82.

²⁰ Si tratta di un'istanza presentata nell'ambito del giudizio proposto ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 1034/1971. La parte ricorrente *ex art. 21-bis* non deve, quindi, proporre un separato ricorso per l'ottemperanza della sentenza sul silenzio, ma è sufficiente che presenti un'istanza aggiuntiva di nomina del commissario *ad acta* che provveda in luogo dell'amministrazione. Sebbene la norma in esame non disciplini dettagliatamente l'eventuale fase esecutiva, è evidente che il commissario *ad acta* dovrà essere nominato dal medesimo Collegio che ha pronunciato la sentenza da eseguire. Al fine ora detto, sarà appositamente fissata un'ulteriore udienza camerale, dandone tempestivo avviso alle parti costituite, onde rispettare, anche *in executivis*, il principio del contraddittorio.

²¹ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giur., 4 novembre 2005, n. 726, in *Lexitalia.it*, n. 11-2005, commento (L. D'ANGELO), ha recentemente precisato che «il rito dell'ottemperanza, nel contesto dell'istituto delineato dall'art. 21-bis ... non è pienamente sovrapponibile al tradizionale giudizio dell'ottemperanza dal momento che non vi è un vero e proprio "dictum" giurisdizionale da portare ad esecuzione attraverso la "longa manus" del commissario, ma vi è solo da elidere una illegittima inattività della p. a. rispetto ad un'istanza del privato. Ne consegue che il commissario, non avendo come paradigma per la sua attività provvedimentale la pronuncia del giudice, la quale si limita ad accertare l'obbligo di provvedere, dovrà sostituirsi all'amministrazione, direttamente vagliando la domanda del privato rimasta inevasa, e che gli atti da lui adottati sono veri e propri atti amministrativi aggredibili solo con rimedi impugnatori ordinari». Le succitate argomentazioni devono, tuttavia, essere, almeno in parte, rimediate alla luce del *novum* normativo introdotto dal d. l. n. 35/2005 (conv. in l. n. 80/2005) a mente del quale «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza». Non può, infatti, non rilevarsi che – nei casi (e nei limiti) in cui il giudice amministrativo estenderà la sua cognizione alla fondatezza dell'istanza – il commissario incaricato dell'ottemperanza non sarà privo di un paradigma provvedimentale, risultando il momento valutativo della domanda del privato già consumato nel *dictum* giurisdizionale.

strumento processuale molto agile e celere, con l'evidente intenzione di contrastare l'inerzia amministrativa con un'arma apparentemente efficace. Il nuovo rito sul silenzio ha, tuttavia, determinato numerosi dubbi ermeneutici sotto molti profili sostanziali e processuali. Dal punto di vista processuale la giurisprudenza ha, in primo luogo, chiarito che è improponibile un ricorso contenente due distinte azioni, disciplinate da diversi riti e di diverso oggetto e contenuto, come nel caso di contestuale proposizione del procedimento camerale in materia di silenzio rifiuto e del rito ordinario di sostanziale natura impugnatoria, che prevede la discussione in udienza pubblica e nel quale il giudizio speciale sul silenzio non può essere convertito, attesa la sua natura di strumento processuale volto ad accelerare e semplificare la definizione delle connesse controversie in ragione della relativa semplicità degli inerenti accertamenti di fatto e di diritto²².

Sempre sul piano procedimentale e processuale sono stati fissati i seguenti canoni regolatori:

a) Nel sistema procedurale di impugnazione del silenzio dell'amministrazione disciplinato dall'art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971, permane la necessità della intimazione dell'amministrazione rimasta inerte²³, da effettuarsi nei modi delineati dall'art. 25 del D. P. R. n. 3 del 1957;

b) La procedura per la constatazione del silenzio amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971, risulta incompatibile con quelle controversie che solo apparentemente hanno ad oggetto una situazione di inerzia, come nei casi in cui l'accertamento verta su pretese patrimoniali costitutive di diritti soggettivi di credito attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In tali ipotesi, la giurisprudenza ha chiaramente evidenziato che i ricorsi sono soggetti al termine ordinario di prescrizione e che, coerentemente, non potrà essere utilizzato il rito speciale sul silenzio, dacché la posizione soggettiva che viene in rilievo non è sicuramente configurabile in termini di interesse legittimo²⁴, potendo l'interessato proporre, in via immediata, l'azione di accertamento del diritto a contenuto economico ritenuto insoddisfatto. È, infatti, pacifico che il rito recato dall'art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971 non può essere utilizzato per introdurre un'azione di accertamento nel merito dell'*an* e del *quantum* del trattamento economico invocato, trattandosi di istituto processuale finalizzato all'accertamento *in limine* della presunta violazione da parte dell'amministrazione dell'obbligo di provvedere²⁵;

²² Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3911, in *Consiglio di Stato*, 2005, I, 2133.

²³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 giugno 2004, n. 4453, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2005, n. 3256, in *Foro amm.*, CDS 2002, 1413, 2037, nota (L. LAMBERTI).

²⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2005, n. 2196, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

c) Un altro aspetto processuale di notevole rilievo divisato dalla giurisprudenza riguarda la possibilità di proporre ricorso per motivi aggiunti (istituto introdotto anch'esso dalla mini riforma della giustizia amministrativa del 2000) avverso il provvedimento amministrativo sopravvenuto nel corso del giudizio instaurato ex art. 21-*bis*. La diversità degli oggetti giuridici dei giudizi – incentrati sul provvedimento o sul silenzio – e la specialità di questo ultimo, hanno spinto parte della giurisprudenza ad escludere, anche per evitare facili elusioni dei tempi ordinari di trattazione della controversia, la possibilità di utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti in pendenza del giudizio speciale sul silenzio²⁶, mercé la conversione del ricorso speciale in ricorso volto ad introdurre un giudizio ordinario di legittimità. In senso diametralmente opposto a quello appena enunciato, altra giurisprudenza ha invece ritenuto che, allorché sia stato proposto ricorso giurisdizionale contro il silenzio rifiuto della P. A. secondo il rito speciale previsto dall'art. 21 *bis*, il provvedimento di diniego sopravvenuto nel corso del processo può essere ritualmente impugnato con ricorso per motivi aggiunti, purché risultino rispettati termini e modalità previsti per il rito ordinario a garanzia di tutti i controinteressati. Tale giurisprudenza ha, infatti, rilevato che il rito speciale previsto dall'art. 21 *bis*, può essere convertito in quello ordinario tutte le volte che, attraverso la proposizione di motivi aggiunti, si riporta nel *thema decidendum* un provvedimento che si pone in rapporto di connessione diretta, oggettiva e soggettiva, con il comportamento asseritamente omissivo della P.A. Il limite a tale conversione sarebbe costituito solo dalla rigorosa tutela dei diritti processuali posti a garanzia della difesa di tutti i soggetti controinteressati, rispetto alla pretesa fatta valere dal ricorrente²⁷. Appare evidente che, quantunque i rischi processuali evocati dall'orientamento più restrittivo (*scil.* elusione dei tempi ordinari del giudizio) siano parzialmente fondati, è

²⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2002, n. 144, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 10 aprile 2002, n. 1974, in *Foro amm.*, CDS 2002, 924 (s. m.) e in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, 1005, nota (D. BERTONAZZI). La Sezione V ha osservato che «la legge n. 205 è ispirata al criterio di fondo di ricondurre ad una più salda unità sistematica e procedurale il campo della giustizia amministrativa, con il dichiarato obiettivo di rendere più semplice, efficace e, dunque, reale, la tutela dei beni della vita messi in gioco dal rapporto tra cittadini e organizzazione dei poteri amministrativi. In questa ottica, la specialità del rito semplificato sul silenzio della PA può essere ricostruita come una variante nell'ambito del genus del processo amministrativo; variante che ha ragione di essere percorsa in modo distinto, fino a quando permangono tutte le condizioni che ne sorreggono il carattere di specialità ... Il carattere speciale del rito può dunque essere risolto e convertito nella disciplina processuale generale tutte le volte che, attraverso la proposizione di motivi aggiunti, si riporta nel *thema decidendum* un provvedimento che si pone in rapporto di connessione diretta, oggettiva e soggettiva, con il comportamento asseritamente omissivo della P. A. Il limite a tale conversione è costituito solo dalla rigorosa tutela dei diritti processuali posti a garanzia della difesa di tutti i soggetti controinteressati, rispetto alla pretesa fatta valere dal ricorrente». V., in argomento, G. VIRGA, *L'evoluzione dell'istituto del ricorso per motivi aggiunti (nota a TAR Sicilia, Catania, Sez. I, sentenza 15 maggio 2000 n. 922)*, in *Lexitalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/tar1/tarcatania1_2000-922.htm#motivi.

preferibile, avuto particolare riguardo alla *ratio* ispiratrice della riforma recata dalla legge n. 205 del 2000 ed all'esigenza di orientare l'applicazione degli istituti processuali del giudizio amministrativo ad un sostanziale *favor* del privato postulante²⁸, l'opinione secondo cui – fatti comunque salvi i diritti processuali posti a garanzia della difesa di tutti i soggetti controinteressati – il carattere speciale del rito sul silenzio può sempre essere risolto e convertito nella disciplina processuale generale tutte le volte che, attraverso la proposizione di motivi aggiunti, si introduce nel *thema decidendum* un provvedimento che si pone in rapporto di connessione diretta con il comportamento omissivo dell'Amministrazione convenuta in giudizio²⁹.

5.- I limiti del giudizio sul silenzio: tra sindacato nel merito e sindacato sul procedimento.

La riforma del giudizio sul silenzio, introdotta dall'art. 2 della legge 205 del 2000, ha indubbiamente rappresentato una importante novità nel quadro ordinamentale che disciplina del silenzio della pubblica amministrazione. Essa ha accelerato i tempi del processo, definendo con precisione i poteri e gli strumenti di cui il giudice dispone per contrastare l'inerzia amministrativa. Non si può, pertanto, trascurare l'oggettiva validità delle novità (processuali) introdotte dalla riforma del 2000. Si deve, nondimeno, rilevare che la riforma non ha sciolto il principale nodo ermeneutico concernente la problematica della tutela giudiziale nei confronti del silenzio amministrativo: i limiti cognitivi del giudizio sul silenzio. Al contrario, proprio in conseguenza delle novità introdotte dal legislatore di fine millennio, il problema dei limiti della giurisdizione sul silenzio si è presentato con rinnovato vigore (non essendo mai venuto meno)³⁰.

La questione ha, invero, origini molto remote³¹ e si è evoluta in sincronia

²⁸ La cui posizione processuale è connotata da innegabili asimmetrie e svantaggi rispetto alla parte pubblica, che, con l'attività provvedimentale di cui è titolare, può sempre sterilizzare gli eventuali gravami interposti dal privato, costringendolo a defatiganti *itinerari* processuali.

²⁹ Per una ricostruzione della problematica, cfr. C. E. GALLO, *Il giudizio avverso il silenzio della P. A., la cumulabilità delle azioni e la convertibilità dei riti (commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2386)*, in *Urbanistica ed appalti* 2004, n. 8, pag. 926.

³⁰ Cfr. S. SPINELLI, *Ancora sull'oggetto del giudizio nel nuovo rito avverso il silenzio della p. a. (nota a Tar Liguria, Sez. I, 12 marzo 2003 n. 303)*, in *Foro amministrativo*, TAR 2003, n. 5, pag. 1586.

³¹ I principali lineamenti del tema in discorso si trovano già sinteticamente tracciati nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 10/1978, in cui si è incidentalmente osservato che «*nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto, e che la relativa pronuncia sia suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del giudicato amministrativo [scil. assumendo poteri cognitivi di merito, n. d. r.]*» (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 10 marzo 1978, n. 10, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit.).

con la lenta trasfigurazione della pubblica amministrazione da “potere” a “servizio”. Dalle originarie posizioni di stampo tradizionale, la dottrina e la giurisprudenza sono passate, attraverso un lungo e travagliato dibattito, a posizioni sempre più innovative che hanno sovvertito le precedenti. In una prima fase, il silenzio amministrativo è stato considerato alla stregua di un tacito diniego e la relativa tutela era equiparata a quella contro gli atti negativi. Oggetto del giudizio era la legittimità dell’atto negativo (tacito), avverso il quale erano deducibili, nell’eventuale atto di gravame, i vizi sostanziali dell’atto (tacitamente) negativo. Per tal via, era possibile veicolare anche le ragioni poste a fondamento della pretesa sostanziale all’emanazione di un atto positivo (*scil.* il sottostante bene della vita). In seguito, tale impostazione fu progressivamente disattesa dalla giurisprudenza, la quale cominciò a configurare il silenzio non più come impugnazione di un provvedimento tacito, ma come giudizio di accertamento dell’obbligo di provvedere³². Conseguenza logica della nuova configurazione dell’azione avverso l’inerzia amministrativa fu l’impossibilità di estendere l’oggetto del giudizio alla pretesa sostanziale dedotta con l’istanza originaria non esaminata (*rectius*, non esitata) dalla pubblica amministrazione. L’orientamento restrittivo (dell’oggetto del giudizio) ha avuto un notevole consenso anche nella giurisprudenza più recente ed ha trovato la piena consacrazione nella decisione dell’Adunanza Plenaria n. 1 del 2002, le cui argomentazioni hanno fatto leva sul nuovo modello processuale introdotto dalla legge n. 205 del 2000.

Non sono, infatti, mancate, lungo tutto il periodo in considerazione, pronunce giurisprudenziali che hanno affermato l’opportunità, in alcuni casi, di estendere il giudizio alla fondatezza della pretesa sostanziale azionata dall’interessato³³. Più precisamente, tale orientamento ha distinto tra le ipotesi in cui venga dedotta in giudizio l’inerzia amministrativa in ordine ad attività vincolate (o a basso coefficiente di discrezionalità) ed i casi in cui sussistano rilevanti profili di discrezionalità. Nel primo caso, il giudice, secondo la giurisprudenza in esame, può accertare se la pretesa sostanziale del ricorrente sia conforme alla legge; nel secondo caso, il giudice amministrativo deve arrestarsi sull’accertamento dell’illegittimità del silenzio, senza addentrarsi nel merito delle pretese, dichiarando (ove ne ricorrano i presupposti) l’obbligo neutrale di provvedere.

Come accennato in precedenza, l’introduzione dell’art. 21-*bis*, nella legge istitutiva dei Tribunali amministrativi del 1971, ha rappresentato un

³² Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 maggio 1960, n. 8, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, III, 257.

³³ *Ex pluribus*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 1999, n. 101, in *Foro amm.*, 1999, 376; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 1996, n. 251, in *Urbanistica e appalti*, 1997. Per un’ampia e completa rassegna della giurisprudenza in materia, v. B. E. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio rifiuto della p. a.: orientamenti giurisprudenziali*, in *Urb. e app.*, 1997.

passaggio importantissimo nell'evoluzione dalla tutela processuale contro l'inerzia amministrativa ed un momento in cui la disputa sopra delineata sembrava dovesse essere definitivamente superata. Il legislatore del 2000 non ha, tuttavia, sciolto, in modo chiaro ed inequivoco, i descritti nodi ermeneutici, per dirimere i quali è intervenuto, nei primi giorni del 2002, l'evocato importantissimo arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁴.

Nell'occasione, l'Adunanza Plenaria è stata, quindi, chiamata a pronunciarsi sulla vessata questione se la cognizione del giudice amministrativo adito con il ricorso avverso il silenzio sia limitata all'accertamento della legittimità dell'inerzia amministrativa, ovvero si estenda all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato.

I giudici amministrativi hanno condiviso la prima tesi (sindacato ristretto all'illegittimità del silenzio), fondando tale scelta su un'articolata serie di argomentazioni formali e sostanziali, che possono essere compendiate nei seguenti assunti motivazionali:

a) L'articolo 21-*bis* identifica l'oggetto del ricorso nel “*silenzio*”, senza fare alcun riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente;

b) la citata norma prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice “*ordina all'amministrazione di provvedere*” e se “*l'amministrazione resti inadempiente ... il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa*”. L'espressione “*resti inadempiente*” sta a significare, secondo i giudici di Palazzo Spada, che l'inadempimento dell'amministrazione non ha un contenuto diverso prima della sentenza e dopo la pronuncia del giudice. Il lessico utilizzato dal legislatore (“*ordina ... di provvedere*”, “*un commissario che provveda*”) definisce l'esercizio di una potestà amministrativa, che, nell'accezione comune, non tollera una preventiva determinazione del contenuto da parte del giudice, con conseguente degradazione ad attività di mera esecuzione del *dictum* giurisdizionale;

c) La previsione di un modello processuale caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità (fase cognitiva e fase esecutiva incluse nel medesimo processo) è congrua se il giudizio si incentra sul “*silenzio*”, non anche se il giudice dovesse estendere la propria cognizione ad altri profili;

d) Sul piano sistematico la scelta operata dal legislatore si allinea al principio secondo cui la cura dell'interesse pubblico deve essere assegnata all'amministrazione e al giudice amministrativo, nelle aree in cui

³⁴ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 gennaio 2002, n. 1, in *Giustizia civile*, 2002, I, 801 nota (S. DEL GATTO; R. LEONARDI); *Giur. it.*, 2002, 1285, nota (N. MIRATE); *Informazione previdenziale*, 2002, 360, nota (D. NANNUCCI); *Rivista amministrativa Rep. It.*, 2002, 257; *Studium Juris*, 2002, 670; *Foro italiano*, 2002, III, 227, nota (D. TRAVI).

l'amministrazione è titolare di potestà pubbliche, il solo controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà;

e) L'ordito normativo recato dall'articolo 21-bis definisce una disciplina unica ed indifferenziata, valida in tutti i casi in cui l'amministrazione si sottrae al dovere di adottare un provvedimento. Sotto questo profilo, risulta quindi irrilevante la natura (vincolata o discrezionale) dell'attività provvedimentale omessa;

f) Una diversa interpretazione del sistema normativo concluso con l'art. 2 della legge n. 205/2000, condurrebbe alla irrazionale conseguenza che, in caso di inerzia dell'amministrazione, il privato (in presenza di un'attività vincolata) potrebbe ottenere, mediante il ricorso avverso il silenzio, l'accertamento immediato, da parte del giudice, della fondatezza della sua pretesa sostanziale, mentre, nella medesima situazione, ove l'amministrazione adottasse un provvedimento esplicito di diniego, la tutela giurisdizionale sarebbe soggetta alle forme, ai limiti ed ai (lunghissimi) tempi del giudizio ordinario.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che il giudizio speciale sul silenzio è diretto ad accertare se l'inerzia violi l'obbligo dell'amministrazione – ove esistente – di adottare un provvedimento esplicito; il giudice non si sostituisce all'amministrazione in nessuna fase del giudizio, dovendosi limitare – una volta accertata l'illegittimità del silenzio – ad imporre all'amministrazione di provvedere entro il termine assegnato; il commissario *ad acta* esercita, in via sostitutiva, la potestà amministrativa dell'organo rimasto inadempiente³⁵.

6.- Le riforme introdotte dalla legge n. 15/2005 e dal d. l. n. 35/2005 (convertito, con modificazioni, in legge n. 80/2005).

Dopo un lungo e tormentato processo di elaborazione, la riforma della legge in materia di procedimento amministrativo (legge 7.8.1990 n. 241) si è concretizzata nel testo normativo recato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15. Tale riforma, quantunque non sia riuscita a porre in essere un intervento autenticamente innovativo, ha emendato ed aggiornato i principali istituti e moduli operativi dell'azione amministrativa. L'opera riformatrice del legislatore del 2005 si è, infatti, mossa nella duplice direzione dell'armonizzazione della legge sul procedimento con le principali novità normative recentemente sopravvenute e della rielaborazione recettiva di alcuni principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa. Seguendo queste

³⁵ Per un approfondimento sul ruolo e le funzioni commissariali, cfr. G. MARI, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'amministrazione (nota a Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 novembre 2002 n. 1651)*, in *Foro amministrativo*, TAR 2003, n. 2, pag. 750

coordinate, sono state riviste (ed, invero, non sempre migliorate) le disposizioni normative che governano l'obbligo della pubblica amministrazione di concludere il procedimento; le modalità ed i contenuti del contraddittorio procedimentale; i presupposti ed i limiti di operatività del modulo autorizzatorio per dichiarazione di inizio attività in luogo dell'atto di autorizzazione esplicito; l'istituto del silenzio assenso (di cui è stata generalizzata l'applicazione)³⁶.

Per quel che concerne l'argomento in trattazione, le principali novità introdotte dalla legge n. 15/2005 attingono importanti profili processuali del giudizio di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971³⁷. Disattendendo quanto predicato dalla prevalente giurisprudenza (anche successiva all'introduzione del rito speciale sul silenzio)³⁸, il legislatore ha statuito che il ricorso avverso il silenzio amministrativo può essere proposto anche senza necessità della preventiva diffida all'amministrazione inadempiente³⁹. Tale scelta normativa merita sicura adesione, atteso che meglio si concilia con quanto solennemente prescritto, nell'articolo 2 della legge n. 241/2000, riguardo al dovere delle amministrazioni pubbliche di procedere e, qualora sussistano i presupposti di legge, di adottare il provvedimento finale rispettando il termine fissato (dall'amministrazione stessa con regolamento o, in mancanza, dalla legge in via generale) per la conclusione del procedimento. La validità di siffatta opzione legislativa (ammissibilità del ricorso avverso il silenzio anche in assenza della previa diffida stragiudiziale) non può essere, peraltro, infirmata dal tradizionale *argumentum* secondo cui la diffida rappresenterebbe un presidio per il privato, che sarebbe in grado di acquisire, in virtù della formale intimazione stragiudiziale, la piena conoscenza del *dies a quo* per il computo dei termini

³⁶ Sulle novità concernenti l'istituto del silenzio assenso si segnalano le interessanti riflessioni di L. OLIVERI, *Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge 241/1990*, in *LexItalia.it*, n. 6/2005, pag. http://www.lexitalia.it/articoli/oliveri_silenzio.htm.

³⁷ Cfr. L. BUSICO, *Silenzio-rifiuto e legge n. 15/2005*, in *LexItalia.it* n. 4/2005, pag. http://www.lexitalia.it/articoli/busico_silenzio.htm.

³⁸ Tra le ultime, Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4004, in *Giur. it.*, cit.; Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6201, in *Foro amm.*, CDS 2004, 2540 (s. m.); Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5316, in *Foro amm.*, CDS 2004, 2141 (s. m.); Consiglio di Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 376, in *Foro amm.*, CDS 2004, 441 (s. m.);

³⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 22 novembre 2005, n. 6500, in *Lexitalia.it*, n. 11/2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/cds5_2005-11-22-5.htm. I Giudici di Palazzo Spada, nell'occasione, hanno rilevato che «la chiara presa di posizione del legislatore statale nel senso della permanenza, entro il limite di un anno, dell'inadempimento amministrativo all'obbligo di provvedere sancito dall'art. 2 L. n. 241/1990, è destinata ad infirmare le giustificazioni teoriche sottese al riferito indirizzo pretorio [secondo cui il giudizio sul silenzio non poteva essere validamente instaurato senza la preventiva intimazione nelle forme indicate dall'art. 25 del d. P. R. n. 3/1957, ndr], giacché il soggetto interessato a provocare una risposta provvedimento dell'amministrazione risulta ora legittimato a ricorrere direttamente all'autorità giudiziaria, con il rimedio accelerato previsto dall'art. 21-*bis* della L. n. 1034/1971, anche in assenza di una preventiva diffida dell'amministrazione rimasta inerte».

decadenziali che caratterizzano il rito amministrativo⁴⁰. A scongiurare il descritto pericolo rispondono pienamente a) l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati l'avvio del procedimento ed il termine entro il quale esso deve concludersi (art. 8, comma 2, lett. *c-bis*, della legge n. 241/1990, siccome modificata dalla legge n. 15/2005); b) la possibilità di proporre il ricorso avverso il silenzio amministrativo fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine fissato per la definizione del procedimento, ferma restando la possibilità per l'interessato di proporre nuovamente l'istanza laddove ne ricorrano i presupposti (art. 2, comma 5, della legge n. 241/1990, siccome modificata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005). In merito a quest'ultimo rilievo, la giurisprudenza più recente ha chiarito che il termine di un anno non costituisce un vero e proprio termine di decadenza, regolato dagli articoli 2964 e seguenti del cod. civ., ma una mera presunzione legale assoluta, avente ad oggetto la persistenza dell'interesse ad agire in giudizio per il rilascio del provvedimento richiesto, nonostante il decorso di un notevole intervallo di tempo dalla scadenza del termine di definizione del relativo procedimento⁴¹.

Ancora più significative sono le novità introdotte dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80), che, ritoccando il testo della legge n. 241/1990 nella versione successiva alla legge n. 15/2005, ha modificato il comma 5 (ex *4-bis*) dell'art. 2, il quale, nella edizione attuale, oltre al nuovo *incipit* "*salvi i casi di silenzio assenso*", reca la seguente statuizione "*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*". Sotto il profilo ermeneutico, si deve, in primo luogo, osservare che la locuzione utilizzata dal legislatore riproduce fedelmente la formula *iuris* che ha caratterizzato il dibattito giurisprudenziale tra l'orientamento che ammetteva, sia pure entro certi limiti, la cognizione giudiziale sul merito dell'istanza sottesa al ricorso contro l'inerzia amministrativa e quello, più restrittivo, che invece affermava che al giudice spettava esclusivamente l'accertamento dell'obbligo giuridico a provvedere. È, altresì, noto che la cennata disputa giurisprudenziale ha trovato una (relativamente) stabile composizione nel sistema delineato dalla legge n. 205/2000 e dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2002, che ha sposato la tesi più restrittiva. Tanto premesso, non si può non rilevare che la nuova norma

⁴⁰ In proposito v. M. OCCHIENA, *Riforma della l. 241/1990 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in *GiustAmm.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 2-2005, pag. http://www.giustamm.it/new_2005/Occhiena.pdf.

⁴¹ TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 6 giugno 2006 n. 6747, in *GiustAmm.it*, n. 6-2006. Il Collegio napoletano ha correttamente osservato che «*mentre nei casi di decadenza l'inerzia del titolare della situazione giuridica soggettiva è sanzionata dal legislatore con la perdita della situazione giuridica soggettiva stessa, nella fattispecie in esame l'inerzia dell'interessato non preclude, per espressa previsione di legge, la possibilità di proporre nuovamente l'istanza laddove ne ricorrano i presupposti*».

ha riaperto del tutto i termini del confronto. Essa, infatti, ha riproposto (senza offrire una soluzione univoca) il problema dei limiti cognitivi del giudice del silenzio. Su questo terreno sono, dunque, tornate a confrontarsi la dottrina e la giurisprudenza amministrativa, le quali, al fine di elaborare soluzioni ermeneutiche consentanee alla rinnovata cornice normativa, si sono largamente ispirate alle acquisizioni pretorie delineatesi prima della riforma del 2000.

7.- I nuovi (anzi antichi) confini della giurisdizione sul silenzio.

Sulla scorta del *novum* normativo recato dal d. l. n. 35/2005 (“*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell’istanza*”) non è più possibile affermare che il rito speciale previsto dall’art. 21-bis della legge n. 1034/1971 è finalizzato allo scopo esclusivo di verificare l’esistenza di un obbligo a provvedere e l’eventuale inadempimento. Se espressamente richiesto nell’atto introduttivo del giudizio, il giudice dovrà operare una duplice valutazione. In un primo momento si dovrà accertare l’esistenza dell’obbligo a provvedere ed il suo effettivo inadempimento, successivamente – verificata l’esistenza e l’inadempimento dell’obbligo a provvedere – il giudice potrà valutare la fondatezza dell’istanza⁴².

In merito alle frontiere ed alla profondità di quest’ultima indagine, tutte le pronunce successive alla nuova norma hanno riproposto a nuovo vigore le acquisizioni della giurisprudenza antecedente la riforma del 2000. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha osservato che la fondatezza della domanda del privato è chiaramente apprezzabile dal giudice laddove il provvedimento costituisca esercizio di attività vincolata, posto che in tal caso “*la vincolatività dell’atto e la fondatezza della pretesa sono, solitamente, avvinte in una unica situazione sostanziale*”⁴³ e dal momento che, “*trattandosi di attività vincolata, è la stessa norma che assorbe in sé la identificazione dei presupposti per l’adozione dell’atto e per l’accoglimento della istanza del privato*”⁴⁴. In questi casi, il potere cognitivo del giudice in ordine alla

⁴² Per un’analisi approfondita dei principali nodi ermeneutici connessi alla tematica dei limiti dell’indagine giurisdizionale sulla fondatezza dell’istanza, v. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1725, in *Guida al Diritto*, n. 3/2006, pag. 76 e seguenti.

⁴³ TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1725, cit.; sostanzialmente *in terminis*, TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 febbraio 2006, n. 332, in *Lexitalia.it*, n. 2-2006; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 17 marzo 2006, n. 3099, in *Lexitalia.it*, n. 3-2006; TAR Sicilia, Puglia, Lecce, Sez. I, 6 luglio 2006, n. 3866, in *GiustAmm.it*, n. 7-2006;

⁴⁴ TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 6 giugno 2006, n. 6747, cit.; il Tribunale territoriale ha rimarcato, al riguardo, che «*se ... rispetto all’attività costituente esercizio di discrezionalità piena si impongono i limiti della riserva di amministrazione e le correlative valutazioni in tema di opportunità, convenienza e simili, che, come noto, esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo, tali limiti non si riscontrano in relazione agli atti vincolati, in quanto per essi la “fondatezza” della istanza, essendo rivolta l’indagine ad accertare la conformità della pretesa alla norma fondante il titolo vantato dal ricorrente, implica un*

fondatezza dell'istanza serve, quindi, a consentire la piena delibazione dell'esistenza dell'obbligo a provvedere, dalla cui affermazione deriva automaticamente la fondatezza.

Problemi più delicati si sono, invece, posti per il giudizio sull'inerzia relativa ad atti amministrativi connotati da sensibili profili di discrezionalità o collegati ad attività procedurali complesse. Posto, infatti, che il testo della norma in esame non sembra porre distinzioni di cognizione circa la fondatezza dell'istanza, si è reso obbligatorio, in sede pretoria, un riesame dell'orientamento tradizionale, che predicava l'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione negli apprezzamenti discrezionali, pena la violazione del noto divieto di interferenza nella riserva di amministrazione, derivante, a sua volta, dal principio di separazione dei poteri.

Prendendo spunto dal testo della novella legislativa, alcune pronunce immediatamente successive all'entrata in vigore del d. l. n. 35/2005 hanno provato a superare la descritta impostazione tradizionale, riconoscendo al giudice del silenzio una cognizione molto penetrante e significativa. A sostegno della tesi ampliativa dei poteri cognitivi del giudice, si è detto che l'impugnazione del silenzio richiede comunque la legittimazione del soggetto in relazione alla situazione dedotta ed è coerente con l'art. 24 della Costituzione ritenere che essa non può esaurirsi nella mera impugnazione del silenzio formale, ma deve essere riferita alla sottostante situazione sostanziale⁴⁵. L'interesse del ricorrente, secondo la tesi in esame, non è soddisfatto dall'ottenimento di un accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere, ma dall'accertamento della legittimità della situazione di diritto posta a base del ricorso e della domanda attorea. L'interesse del ricorrente che si rivolge al giudice amministrativo è un interesse sostanziale di tutela e non può ritenersi soddisfatto attraverso un accertamento formale. L'inerzia contro cui si ricorre non è il titolo legittimante l'azione, ma è la tutela dedotta in senso sostanziale. La nuova norma avrebbe recepito le superiori argomentazioni, offrendo una tutela piena. La previsione che il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza deve, quindi, essere interpretata *“come attribuzione al giudice di provvedere sull'oggetto del giudizio che non può essere ridotto al silenzio, ma comprende anche la fondatezza dell'istanza. Si tratta quindi di una giurisdizione di merito”*⁴⁶. La giurisprudenza aderente a tale impostazione

giudizio completamente assorbito nei profili di illegittimità del silenzio»

⁴⁵ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giur., 4 novembre 2005, n. 726, cit.

⁴⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giur., 4 novembre 2005, n. 726, cit. Pur riconoscendo la coraggiosa presa di posizione dei Giudici d'Appello siciliani, devesi, tuttavia, segnalare che, nel caso esaminato dai magistrati palermitani, non era in questione l'esercizio di un potere discrezionale della p. a., trattandosi di un giudizio finalizzato all'accertamento di una pretesa avente consistenza di diritto soggettivo (adeguamento del trattamento economico di un pubblico dipendente).

ermeneutica, ha poi precisato che la normativa in esame è volta a rendere eccezionale l'ipotesi di inerzia dell'amministrazione, sicché *“si giustifica l'intromissione del giudice anche in ambiti di discrezionalità, non limitando la norma ... alle sole ipotesi di atti vincolati la possibilità di pregnante sindacato sulla fondatezza dell'istanza, vale a dire sulla definizione del rapporto sottostante, senza alcuna intermediazione dell'atto normativo tra la posizione vantata e l'atto richiesto”*⁴⁷.

A parte le pronunce sopra menzionate, la cui portata innovativa si apprezza soprattutto nelle enunciazioni di principio e molto meno nelle soluzioni concretamente adottate, la giurisprudenza prevalente si è, però, orientata verso soluzioni ricostruttive più tradizionali. L'assunto di fondo è che esiste una insopprimibile differenza sostanziale e strutturale tra la cognizione sul (l'illegittimità del) provvedimento ed il giudizio sul silenzio. Il provvedimento espresso è frutto di un'attività amministrativa, ossia di una edizione del potere. Analogamente deve dirsi per il *silenzio rigetto*, ossia per i casi in cui il silenzio figura quale elemento di una fattispecie complessa cui la norma conferisce valenza significativa ed effetti di rigetto della istanza del privato. Quando, invece, il silenzio è privo di significato giuridico, è una mera inerzia, che si può estrinsecare in *silenzio inadempimento* (inerzia a fronte di attività vincolata) o in *silenzio rifiuto* (inerzia a fronte di attività discrezionale), il contenuto cognitorio dei poteri del giudice si deve necessariamente differenziare. Se il silenzio è inadempimento, non sorgono difficoltà in ordine alla possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza, atteso che la norma esaurisce in se tutti i presupposti dell'azione ed il decorso del termine determina il sorgere dell'interesse al ricorso. Se l'inerzia è rifiuto, può essere accertato ed affermato l'obbligo a provvedere, ma non può valutarsi la fondatezza dell'istanza e determinare, per tal via, il contenuto del provvedimento⁴⁸. Questo perché la potestà discrezionale o complessa implica

⁴⁷ TAR Veneto, Sez. III, 16 dicembre 2005, n. 4304, in *Lexitalia.it*, n. 1-2006. Anche in questo caso, occorre, però, osservare che i giudici veneti, pur affermando in linea generale la portata innovativa della novella legislativa, nel caso concreto (impugnativa del silenzio formatosi su alcune domande di autorizzazione a nuove installazioni di impianti pubblicitari) si sono limitati ad una pronuncia di accoglimento del ricorso recante esclusivamente l'ordine alla p. a. di adottare l'atto conclusivo del procedimento avviato, senza approfondire (anche per mezzo dell'arsenale istruttorio di cui dispone il g. a.) la questione della fondatezza dell'istanza. Ed invero, nella motivazione della sentenza si legge che quantunque sia *«chiaro che ora con l'espressione ordina di provvedere è ammissibile anche l'indicazione del concreto atto da adottarsi e non di un provvedimento qualsiasi, ma comunque idoneo a concludere il procedimento: è altrettanto chiaro, tuttavia, che, anche in caso di espressa richiesta del ricorrente, laddove non sia possibile da parte del giudice il vaglio della fondatezza, rimane pur sempre consentito che questi adotti una pronuncia “del vecchio tipo” vale a dire si limiti all'accertamento dell'inerzia con conseguente ordine all'amministrazione di adottare l'atto conclusivo del procedimento»*.

⁴⁸ TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 febbraio 2006, n. 332, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 17 marzo 2006, n. 3099, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 6 giugno 2006 n. 6747, cit.; TAR Sicilia, Puglia, Lecce, Sez. I, 6 luglio 2006, n. 3866, cit.

considerazioni di convenienza, opportunità, organizzazione e simili (come anche l'acquisizione di valutazioni tecniche o specialistiche o l'attivazione di sub procedimenti aventi ad oggetto attività di altre amministrazioni e così via), i cui esiti si pongono quali elementi costitutivi della pretesa che si vorrebbe far valere e la cui assenza determina la mancanza di attualità dell'interesse al ricorso su quel punto (*scil.* sulla spettanza del bene della vita). Al riguardo, la giurisprudenza maggioritaria ha chiarito che *“se il potere non è stato esercitato affatto o è stato esercitato in misura incompleta, non si costituisce una situazione suscettibile di essere valutata dal giudice, in quanto i presupposti di fatto e di diritto che incardinano giuridicamente la pretesa del soggetto non sono definiti direttamente dalla legge ... ma richiedono una mediazione della potestà pubblica. Questa conclusione appare coerente col limite che deriva alla giurisdizione amministrativa dalla riserva di amministrazione e dal principio di separazione dei poteri, i quali impediscono al giudice di supplire ad un'amministrazione inerte, circostanza da ritenersi impraticabile anche con riguardo alla natura del giudizio sul silenzio che esula dal novero della cognizione di merito. D'altronde, ciò si ricava anche dalla lettera del menzionato art. 2, comma 5, L. 241/1990, secondo la quale il giudice "può" conoscere della fondatezza dell'istanza. La norma è da intendersi nel senso che non può sorgere alcuna pretesa di valutazione della fondatezza dell'istanza se, per essa, è necessario acquisire gli elementi istruttori demandati ad un procedimento che o non si è mai svolto o si è svolto in modo incompleto senza giungere alla sua naturale conclusione con l'emanazione del provvedimento ... Né, in senso contrario, potrebbe essere di ausilio la possibilità di indagine istruttoria oggi offerta al giudice dalla legge, perché la consulenza tecnica non consente altro che di ripercorrere le valutazioni tecniche già compiute dall'amministrazione ed acquisire nuove e maggiori conoscenze degli elementi di fatto. Essa invece manca dell'attitudine ad integrare quegli elementi dell'azione la cui assenza ne preclude l'esercizio”*⁴⁹.

Il nucleo centrale della ricostruzione della disciplina dell'istituto operata dalla giurisprudenza in rilievo è, dunque, costituito dal rapporto tra il giudizio sul silenzio (di cui all'art. 21-*bis* l. n. 1034/1971) ed i limiti della giurisdizione amministrativa. Secondo tale impostazione, il limite alla possibilità del giudice di apprezzare la fondatezza dell'istanza nei casi di attività discrezionale o complessa coincide con il limite esterno della giurisdizione, inteso come divieto di sostituirsi all'amministrazione nell'apprezzamento dell'interesse pubblico, adottando (ovvero obbligando l'amministrazione ad adottare) provvedimenti che implicino valutazioni di convenienza e opportunità della scelta. Infatti, per valutare la fondatezza dell'istanza in caso di inerzia totale, il

⁴⁹ TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 febbraio 2006, n. 332, cit.

giudice dovrebbe eseguire il procedimento (effettuare l'istruttoria, acquisire i pareri prescritti, svolgere gli accertamenti tecnici previsti, notificare i controinteressati) e dovrebbe, conclusa la fase istruttoria, svolgere le valutazioni di opportunità e convenienza, ponendo così in essere una vera e propria attività sostitutiva dell'amministrazione inerte.

La possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza nei casi di attività vincolata non implica, invece, il superamento del limite della giurisdizione, dacché lo sconfinamento non può essere configurato quando la sentenza costituisce la conseguenza diretta dell'interpretazione giudiziale delle norme di legge applicabili al caso.

8.- Profili ricostruttivi.

Sulla base della prospettata ricostruzione del quadro normativo che deriva dalla nuova normativa sul silenzio, la giurisprudenza ha tratto alcune importanti soluzioni interpretative, che possono essere compendiate nei seguenti punti fondamentali⁵⁰:

a) Il rito speciale previsto ex art. 21 *bis* è esperibile (alternativamente al rito ordinario) solo per i casi di silenzio inadempimento o rifiuto, mentre il silenzio rigetto (*scil.* il silenzio qualificato dalla norma alla stregua di un provvedimento o comunque di un elemento di una fattispecie complessa cui la norma conferisce valenza ed effetti di rigetto della istanza del privato) costituisce un provvedimento vero e proprio che può essere impugnato solo nelle forme ordinarie di rito.

b) Un primo limite cognitivo del giudice è dato dalla necessità che nel giudizio accelerato ex art. 21-*bis*, accertata l'illegittimità del silenzio, il giudice decida, circa la fondatezza della istanza, allo stato degli atti e delle risultanze della istruttoria, se effettuata dall'Amministrazione e salve nuove attività di quest'ultima qualora sussistano ancora aspetti da valutare o approfondire.

c) I poteri istruttori del giudizio dovranno essere limitati esclusivamente all'accertamento del fatto dedotto in giudizio, ma non all'acquisizione di nuovi fatti o elementi che non siano stati preventivamente offerti all'istruttoria dell'Ente. Se infatti non vi è stata istruttoria e quindi l'Amministrazione non ha di fatto avviato il procedimento, e se oltre all'affermazione dell'obbligo di provvedere, si volesse ottenere una pronuncia sulla fondatezza dell'istanza, si incontrerebbe sempre il limite della necessità dell'Amministrazione di porre in essere il procedimento, nell'ambito del quale (dovendosi porre in essere attività discrezionali e/o complesse) ben potrebbe essere effettuata una ponderazione di

⁵⁰ L'articolazione rappresentata riproduce, in gran parte, quella elaborata dal TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1725, cit.

interessi o scelte amministrative di segno opposto a quelle sperate dal ricorrente.

d) La cognizione sulla fondatezza è possibile, di fatto, solo in relazione ad attività vincolata, tale conclusione essendo giustificata anche dalla lettera della norma, secondo la quale il giudice “può” conoscere della fondatezza della istanza; se lo fa, deve farlo in relazione all’ accertamento dell’obbligo a provvedere e dunque nei limiti di esso.

e) Il giudizio sulla fondatezza è, quindi, condizionato dalla norma come eventuale e come corollario della pronuncia sulla esistenza dell’obbligo a provvedere. In altri termini, è necessario determinare quali siano i presupposti per l’esercizio del potere o per l’avverarsi dell’eventualità. Tenendo presente che l’accertamento di fondatezza è sempre collegato all’accertamento dell’obbligo di provvedere (e che non ci si trova in presenza di una giurisdizione di merito), si deve osservare, quanto ai presupposti del potere, che se l’obbligo riaffermato dal giudice conduce all’apertura di un procedimento, il cui esito non è prevedibile allo stato degli atti, implicando acquisizioni documentali complesse e/o valutazioni discrezionali, allora viene meno il presupposto della domanda sulla fondatezza della pretesa, la quale non può essere valutata e quindi dovrà dichiararsi improcedibile, per carenza di attualità dell’interesse o, qualora il giudizio di fondatezza sia vincolato a valutazioni discrezionali, per carenza assoluta di giurisdizione.

f) Se si tratta inerzia a fronte di istanza tendente ad attività discrezionale, la cognizione sulla fondatezza della istanza è preclusa, dovendosi prima adempiere all’obbligo di provvedere e poi attendere i risultati della istruttoria e delle valutazioni ad essa connesse per conoscere della fondatezza della pretesa. Posto, infatti, che l’interesse processuale del ricorrente si concretizza nell’affermazione di avere un diritto alla pronuncia, derivante da una fattispecie complessa di insieme (che può dar luogo ad un provvedimento o ad un silenzio inadempimento), di cui si lamenta la illegittimità ed i cui profili di vizio costituiscono elemento legittimante la pretesa medesima, risulta evidente che, se il procedimento non è iniziato o comunque si è fermato ad uno stato embrionale, insufficiente quindi a fare acquisire all’Amministrazione (e dunque al giudice) gli elementi per la decisione di adozione o diniego del provvedimento, allora manca in radice la posizione processuale corrispondente da fare valere davanti al giudice, perché la valutazione dell’Amministrazione e gli elementi del procedimento costituiscono elemento strutturato e strutturante di quella pretesa.

g) Sul piano processuale dell’interesse al ricorso, la differenza tra l’aspirazione ad un provvedimento vincolato e quella ad un provvedimento discrezionale sta nella circostanza che il fondamento della legittimazione del ricorrente trova nel primo caso tutti i propri elementi costitutivi nella norma ed

i presupposti processuali nel decorso del termine; nel secondo caso, invece, sorge solo se, e nella misura in cui, siano state prodotte dall'Amministrazione (tutte) le necessarie valutazioni discrezionali e gli adempimenti procedurali, demandati dalla norma e che, come tali, sono indispensabili a configurare la situazione giuridica attiva legittimante l'azione in giudizio.

h) Non può sorgere alcuna pretesa di valutazione della fondatezza della istanza se, per essa, è necessario acquisire gli elementi istruttori demandati al procedimento e questo non c'è stato. In tali casi, il ricorrente non potrà ottenere una pronuncia sulla fondatezza della propria pretesa perché il sorgere di questa è condizionato, alla sussistenza di atti e provvedimenti non ancora esistenti o alla effettuazione di valutazioni discrezionali non ancora compiute. Per tali fattispecie il potere del giudice deve intendersi finalizzato all'accertamento della fondatezza della pretesa "al procedimento", fermo restando che il contenuto effettivo del provvedimento dovrà essere poi liberamente determinato dall'Amministrazione all'esito delle sue attività istruttorie e deliberative dell'interesse pubblico.

i) Le superiori conclusioni non possono essere infirmate dalla considerazione che il giudice è dotato di strumenti processuali di indagine più ampi che in passato. Anche l'introduzione della consulenza tecnica, che affianca la verifica nella ricostruzione del fatto e nella qualificazione ed interpretazione di elementi tecnici di esso, non consente al giudice di fare altro che di ripercorrere le valutazioni tecniche già effettuate dall'Amministrazione ed acquisire nuove e maggiori conoscenze degli elementi di fatto; ma non può essere utilizzato per integrare quegli elementi dell'azione la cui assenza ne impedisce l'esercizio.

l) Diversamente da come opinato dalla giurisprudenza tradizionale⁵¹, si deve ritenere, riguardo alla possibilità di fare valere con il rito sul silenzio pretese fondate sulla tutela di situazioni giuridiche soggettive di diritto e non di interesse legittimo, che la novella della legge 241/90 può esplicare effetti di ampia rilevanza. Si deve, invero, ammettere che la situazione soggettiva attiva che si vuole tutelare con il ricorso ex art. 21 *bis* l. n. 1034/1971 può essere indifferentemente di diritto soggettivo o interesse legittimo, sempre entro i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo e ferma restando la natura residuale del rito sul silenzio (che non è attivabile se sussistono altri utili strumenti processuali per la diretta tutela del credito). I limiti della giurisdizione costituiscono anche limiti al giudizio del silenzio in questa nuova "veste" processuale, così che - se si verte su diritti soggettivi attratti nella giurisdizione esclusiva del G.A. - nessun ostacolo può porsi rispetto alla deliberazione di fondatezza di una istanza tendente ad ottenere l'adempimento di

⁵¹ Per tutte, v. Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2005, n. 3256, cit.

una obbligazione o di un obbligo dell'Amministrazione, sorto a fronte di un diritto soggettivo vantato dal privato.

m) Nel caso in cui, nel corso del giudizio avverso il silenzio della p. a., sopravvenga il provvedimento esplicito dell'Amministrazione, l'accertamento giurisdizionale non può estendersi, nel medesimo procedimento speciale contemplato dall'art. 21 *bis* della legge n. 1034/1971, alla legittimità del provvedimento adottato dall'amministrazione neppure in vigenza dell'art. 3, comma 6 *bis*, del decreto legge n. 35 del 2005 (convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2005), che, modificando il testo dell'art. 2 della legge 241 del 1990, ha espressamente previsto (al comma 5 del suddetto art. 2 innovato) che “*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*”, ostandovi i limiti derivanti dalla domanda formulata con il ricorso introduttivo (volta all'accertamento della illegittimità dell'inerzia) e la specialità della tutela giurisdizionale e dei poteri accordati al giudice amministrativo in materia di inerzia dell'amministrazione⁵².

9.- Conclusioni e proposte di (vera) riforma.

Dall'indagine sin qui svolta, risulta chiaramente che la giurisprudenza maggioritaria ammette che il potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza è, senz'altro, esercitabile in caso di attività vincolata ovvero quando siano presenti ristretti profili di discrezionalità, tale potere non sussisterebbe, invece, al cospetto di un'attività amministrativa connotata da non trascurabili profili di discrezionalità. Tale assunto, che

⁵² Consiglio di Stato, Sez. V, 24 agosto 2006 n. 4968, in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2006. L'assunto dei giudici romani non appare, ad un attento esame, del tutto condivisibile. Si deve, invero, rilevare a) che, anche alla stregua della giurisprudenza più recente, la domanda giudiziale non deve essere necessariamente volta all'esclusivo accertamento dell'illegittimità dell'inerzia, potendo il ricorrente – in determinati casi e a certe condizioni – instare anche per la verifica della fondatezza dell'istanza, b) e che i poteri istruttori e processuali del giudice, in materia di inerzia amministrativa, non subiscono sostanziali trasfigurazioni rispetto a quelli ordinari. Ove, infatti, la non condivisa tesi voglia fare riferimento al procedimento inteso come camerale, va ricordato come l'attività giurisdizionale secondo l'art. 101 della Costituzione, è una attività posta in essere da un giudice terzo rispetto agli interessi delle parti, ed indipendente. Gli artt. 24 e 113 della Costituzione riconoscono una unica area di giurisdizione, concedendo il diritto di azione e la relativa adeguata tutela al titolare di situazioni giuridiche non rispettate per la mancata cooperazione di soggetti estranei alla sua sfera giudica. È ovviamente scelta del legislatore nell'attuare tale tutela, fare ricorso a un processo a cognizione piena che si conclude con un provvedimento che ha caratteristiche di giudicato formale e sostanziale, o ad un processo sommario o semplificato in cui l'accertamento, privo di efficacia di giudicato formale e sostanziale può essere messo in discussione in un successivo processo a cognizione piena, o attraverso un procedimento camerale detto di giurisdizione volontaria che risulta semplificato non solo nel rito, ma anche nella mancanza di stabilità del provvedimento finale. Nel giudizio a cognizione piena si ha una predeterminazione legale della forma degli atti, dei poteri procedurali del giudice e delle attività e facoltà processuali delle parti. Alla luce di tali considerazioni, si deve concludere che il procedimento di cui all'art. 21-*bis* della l. n. 1034/1971, seppur detto camerale, in realtà risponde ai requisiti di un processo a cognizione piena e quindi, il problema del rito, finisce per essere un non problema (Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giur., 4 novembre 2005, n. 726, cit.).

riprende le argomentazioni elaborate prima della miniriforma del processo al silenzio amministrativo del 2000, è stato sostanzialmente condiviso anche in dottrina, sul rilievo che *“nei casi ... di attività discrezionale che implichi approfondimenti istruttori e verifiche complesse, il nuovo potere non sembra esercitabile, giacché esso finirebbe per collidere con la celerità del rito che il legislatore ha voluto assicurare con l’art. 2 della L. n. 205 del 2000”*⁵³.

Si deve, al riguardo, riconoscere che il recupero dell’impostazione tradizionale (sia pure con gli inevitabili aggiornamenti, imposti dal sopravvenuto *novum* normativo) appare, per molti aspetti, proficuo e coerente con tutta la vicenda evolutiva dell’istituto giuridico in rilievo, giacché anche la mera proclamazione dell’obbligo di adempiere, se inserita in una cornice processuale agile e snella, assicura, da un lato, una prima tutela ai privati instanti e, dall’altro, non interferisce con le valutazioni ampiamente discrezionali dell’organo pubblico.

Tanto premesso, occorre, parimenti, osservare che dietro la nozione di discrezionalità amministrativa si celano fenomeni diversi che dovrebbero venire alla cognizione del giudice amministrativo in modo differenziato. Non si possono mettere sullo stesso piano le competenze degli apparati burocratici e quelle degli organi di indirizzo politico. In verità tali diverse competenze andrebbero ordinate secondo un criterio di progressione verticale che tenga conto delle sostanziali differenze. Ad ogni livello di graduazione, il sindacato del giudice dovrebbe atteggiarsi diversamente. Così, mentre nei confronti degli organi titolari della funzione di indirizzo politico (la cui legittimazione si fonda generalmente su investiture elettive e sulla connessa responsabilità politica) appare corretto (e necessario) limitare il sindacato giurisdizionale, nei confronti degli apparati burocratici (titolari della gestione amministrativa delle superiori scelte politiche) il controllo del giudice può essere più penetrante. In altri termini, con il diminuire dell’intensità discrezionale dei poteri amministrativi, si deve progressivamente ampliare la possibilità di intervento del giudice sulla ‘direzione’ che il procedimento deve assumere in applicazione della normativa di riferimento e sul contenuto del provvedimento definitivo⁵⁴.

⁵³ G. VIRGA, *La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della P.A.*, in *LexItalia.it* n. 2/2006 http://www.lexitalia.it/p/61/virgag_silenzio.htm. Contraddittoria rispetto alla tesi predicata dall’autore è, invece, la successiva affermazione che anche nei casi di attività discrezionale piena *«sussisterà comunque l’obbligo del g.a. di pronunciarsi sull’accogliibilità o meno in astratto della istanza, la fondatezza della stessa verrà accertata dall’amministrazione ovvero dallo stesso giudice amministrativo, ma in sede di esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza dichiarativa dell’obbligo di provvedere, sia pure attraverso la nomina del commissario ad acta»*. Appare, invero, difficile distinguere i lineamenti sostanziali della auspicata pronuncia *in astratto* sull’accogliibilità (o meno) dell’istanza, atteso che (come riconosce lo stesso Autore) spetterebbe comunque all’amministrazione accertare la fondatezza della stessa e che la fase dell’ottemperanza è, in ogni caso, successiva ed eventuale rispetto alla sentenza che definisce il ricorso avverso il silenzio amministrativo.

⁵⁴ Così A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, cit.

Fintantoché l'inerzia amministrativa sarà giustiziabile (in senso pieno) solo in casi limitati (attività vincolata o scarsamente discrezionale)⁵⁵, la tutela nei confronti dei ritardi dell'amministrazione resterà dimidiata e lontana dal paradigma costituzionale. Per superare le posizioni restrittive, occorre un intervento riformatore radicale, che non può consistere nelle estemporanee e parziali modificazioni della normativa attualmente vigente. L'auspicato intervento riformatore non può non passare per due vie alternative tra loro e parimenti impegnative sotto il profilo politico ed organizzativo.

La prima soluzione implica una rimediazione di molti concetti tipici del diritto amministrativo, in cui la nozione di discrezionalità, tipica espressione di un diritto amministrativo autoritario, sia ridimensionata dal principio di piena sottoposizione alla legge (e quindi al giudice) del potere amministrativo degli apparati burocratici. In siffatta cornice concettuale, non residuerebbero difficoltà a riconoscere al giudice amministrativo una cognizione molto penetrante, in grado di perforare lo schermo della discrezionalità amministrativa non solo nella fase del controllo postumo del potere già consumato (sindacato sull'eccesso di potere), ma anche nella fase anticipata del sindacato sul silenzio, indicando all'amministrazione le concrete modalità di esercizio del potere.

La seconda alternativa riformista, concettualmente meno impegnativa ma altrettanto difficoltosa dal punto di vista della concreta realizzazione, si basa sulla creazione, nell'ambito dei singoli plessi amministrativi, di organi speciali, funzionalmente competenti a sostituire l'amministrazione inerte in tutte le attività (anche discrezionali) ad essa devolute. Tali apparati, quantunque incardinati nell'amministrazione dai medesimi controllata in via sostitutiva, dovranno presentare notevoli profili di autonomia organizzativa, funzionale e finanziaria e dovranno essere titolari di rilevanti poteri istruttori e di una competenza sostitutiva generalizzata. In tale prospettiva, è auspicabile un profondo ripensamento del ruolo e delle funzioni del difensore civico, che attualmente è, in verità, relegato in una posizione molto marginale della vita amministrativa degli enti presso cui è previsto ed istituito.

⁵⁵ A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, cit., osserva che «l'idea che il giudice possa indicare all'amministrazione l'atto da adottare – o addirittura adottarlo direttamente – solo nei casi di attività vincolata è prossima alla tesi che, in generale, lo strumento dell'art. 21-bis sia adoperabile in vicende tutto sommato ai confini dell'attività amministrativa, laddove, appunto, la legge prescrive pressoché per intero caratteristiche e modalità del potere pubblico da esercitare e dove, di conseguenza, risulta di fatto vanificata l'intermediazione di quest'ultimo al fine di assicurare tutela alla situazione giuridica soggettiva».

BIBLIOGRAFIA

* * * * *

BUSICO Luca, *Silenzio-rifiuto e legge n. 15/2005*, in *LexItalia.it* n. 4/2005, pag. http://www.lexitalia.it/articoli/busico_silenzio.htm .

CARIOLA Agatino, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, atti del convegno “Le nuove regole dell’azione amministrativa” (Catania 11-12 novembre 2005), in www.giustizia-amministrativa.it – sito istituzionale della giustizia amministrativa, pag. http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cariola_Silenzio_assenso.htm .

CIOFFI Alessandro, *Osservazioni sul dovere di provvedere e sul «silenzio» nell'art. 21 - bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034*, in *Diritto amministrativo*, 2004, n. 3, pag. 633.

CORSARO Antonino, *Silenzio dell’Ente: basta un giudizio solo. Processi snelli, più tutela per i cittadini*, in *Diritto e Giustizia*, n. 47/2005.

GALLO Carlo Emanuele, *Il giudizio avverso il silenzio della P. A., la cumulabilità delle azioni e la convertibilità dei riti (commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2386).*, in *Urbanistica ed appalti* 2004, n. 8.

MARI Giuseppina, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell’amministrazione (nota a Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 novembre 2002 n. 1651)*, in *Foro amministrativo TAR* 2003, n. 2.

OCCHIENA Massimo, *Riforma della l. 241/1990 e “nuovo” silenzio-rifiuto: del diritto v’è certezza*, in *GiustAmm.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 2-2005, pag. http://www.giustamm.it/new_2005/Occhiena.pdf .

OLIVERI Luigi, *Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge 241/1990*, in *LexItalia.it*, n. 6/2005, pag. http://www.lexitalia.it/articoli/oliveri_silenzio.htm .

SPINELLI Simona, *Ancora sull’oggetto del giudizio nel nuovo rito avverso il silenzio della p. a. (nota a Tar Liguria, Sez. I, 12 marzo 2003 n. 303)*, in *Foro amministrativo TAR* 2003, n. 5.

TONOLETTI Bruno Emilio, *Oggetto del giudizio contro il silenzio rifiuto della p.*

a.: orientamenti giurisprudenziali, in Urb. e app., 1997.

VERONELLI Manuela, *Azione diretta e immediata avverso il silenzio della pubblica amministrazione (commento a TAR Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4977), in Giornale di Diritto Amministrativo 2003, n. 1.*

VIRGA Giovanni, *L'evoluzione dell'istituto del ricorso per motivi aggiunti (nota a TAR Sicilia, Catania, Sez. I, sentenza 15 maggio 2000 n. 922), in Lexitalia.it, pag. http://www.lexitalia.it/tar1/tarcatania1_2000-922.htm#motivi .*

VIRGA Giovanni, *La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della P.A., in LexItalia.it n. 2/2006 http://www.lexitalia.it/p/61/virgag_silenzio.htm .*

VIZZARI Giorgio, *Sul ricorso avverso il silenzio della p. a, in Foro amministrativo CdS 2004, n. 3.*

GIURISPRUDENZA

* * * * *

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 22 agosto 1902, n. 429 (con commento di Marina Chiappetta, Marco De Giorni e Aldo Sandulli), in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di Gabriele Pasquini e Aldo Sandulli, Giuffrè, 2001, pagg. 62-69.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 giugno 1937, n. 320, in *Foro amministrativo*, 1937, I, 284.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 maggio 1960, n. 8, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, III, 257.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 10 marzo 1978, n. 10 (con commento di Aldo Sandulli), in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pagg. 446-460.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 marzo 1979, n. 220, in *Foro amministrativo*, 1979, I, 343.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 1982, n. 92, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 174.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 luglio 1984, n. 441, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 894.

Consiglio di Stato, Sez. V, 6 novembre 1985, n. 380, in *Foro amministrativo*, 1985, 2207.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 luglio 1986, n. 483, in *Consiglio di Stato*, 1986, I, 934.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 novembre 1986, n. 730, in *Foro amministrativo*, 1986, I, 2402.

Consiglio di Stato, Sez. V, 1 aprile 1989, n. 186, in *Foro amministrativo*, 1989, 979.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15 gennaio 1990, n. 23, in *Foro amministrativo*,

1990, 65.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 luglio 1990, n. 591, in *Foro amministrativo*, 1990, I, 1751.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 1991, n. 250, in *Consiglio di Stato*, 1991, I, 422.

Consiglio di Stato, Sez. V, 5 giugno 1991, n. 903, in *Consiglio di Stato*, 1991, I, 971.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 1996, n. 251, in *Urbanistica e appalti*, 1997.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 1997, n. 980, in *Foro amministrativo*, 1997, 2307.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 1997, n. 1331, in *Foro amministrativo*, 3044.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 1999, n. 101, in *Foro amm.*, 1999, 376.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 6838, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 settembre 2001, n. 4592, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5307, in www.giustizia-amministrativa.it.

TAR Campania, Napoli, Sez. III, 23 novembre 2001, n. 5026, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 gennaio 2002, n. 1, in *Giustizia civile*, 2002, I, 801 nota (S. DEL GATTO; R. LEONARDI); *Giur. it.*, 2002, 1285, nota (N. MIRATE); *Informazione previdenziale*, 2002, 360, nota (D. NANNUCCI); *Rivista amministrativa Rep. It.*, 2002, 257; *Studium Juris*, 2002, 670; *Foro italiano*,

2002, III, 227, nota (D. TRAVI).

Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2002, n. 144, in *www.giustizia-amministrativa.it* .

Consiglio di Stato, Sez. V, 10 aprile 2002, n. 1974, in *Foro amm.*, CdS 2002, 924 (s. m.) e in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, 1005, nota (D. BERTONAZZI).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm.*, CdS 2002, 1413, 2037, nota (L. LAMBERTI) e in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 2402.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136, *www.giustizia-amministrativa.it* .

Consiglio di Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 376, in *Foro amm.*, CdS 2004, 441 (s. m.).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 giugno 2004, n. 4453, in *www.giustizia-amministrativa.it* .

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5316, in *Foro amm.*, CdS 2004, 2141 (s. m.).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6201, in *Foro amm.*, CdS 2004, 2540 (s. m.);

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2005, n. 2196, in *www.giustizia-amministrativa.it* .

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2005, n. 3256, in *Foro amm.*, CdS 2002, 1413, 2037, nota (L. LAMBERTI).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909, in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2005.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3911, in *Consiglio di Stato*, 2005, I, 2133.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4004, in *Giur. it.*, 2005, 2402.

TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1725, in *Guida al Diritto*, n.

3/2006, pag. 76 e seguenti.

Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giur., 4 novembre 2005, n. 726, in *Lexitalia.it*, n. 11-2005, commento (L. D'ANGELO).

Consiglio di Stato, Sez. V, 22 novembre 2005, n. 6500, in *Lexitalia.it*, n. 11/2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/cds5_2005-11-22-5.htm .

TAR Veneto, Sez. III, 16 dicembre 2005, n. 4304, in *Lexitalia.it*, n. 1-2006.

TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 febbraio 2006, n. 332, in *Lexitalia.it*, n. 2-2006.

TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 17 marzo 2006, n. 3099, in *Lexitalia.it*, n. 3-2006.

TAR Campania, Napoli, Sez. III, 29 maggio 2006, n. 6240, in *Lexitalia.it*, n. 5/2006.

TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 6 giugno 2006 n. 6747, in *GiustAmm.it*, n. 6-2006.

TAR Sicilia, Puglia, Lecce, Sez. I, 6 luglio 2006, n. 3866, in *GiustAmm.it*, n. 7-2006.

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 agosto 2006 n. 4968, in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2006.

APPENDICE NORMATIVA

* * * * *

LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241 (ESTRATTO)
NUOVE NORME IN MATERIA DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E DI DIRITTO
DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

Articolo 1

Principi generali dell'attività amministrativa

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia (e di pubblicità), **di pubblicità e di trasparenza** secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, **nonché dai principi dell'ordinamento comunitario**.

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

NDR: in grassetto le modifiche e le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; in parentesi tonda, il testo originale della norma successivamente modificato;

Articolo 2

Conclusione del procedimento

1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

(2. Le pubbliche amministrazioni determinano per ciascun tipo di procedimento, in quanto non sia già direttamente disposto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso deve concludersi. Tale termine decorre dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il

procedimento è ad iniziativa di parte.)

2. Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.

3. Qualora (le pubbliche amministrazioni non provvedano) non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di (trenta) novanta giorni.

(4. Le determinazioni adottate ai sensi del comma 2 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti.)

4. Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2.

5. [4-bis.] Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, [e successive modificazioni,] può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

NDR: in grassetto le modifiche e le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; in grassetto-corsivo le modifiche e le aggiunte introdotte dal D. L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80); in parentesi tonda, il testo originale della norma successivamente sostituito o modificato; in parentesi quadra, il testo introdotto dalla legge 11

febbraio 2005, n. 15 e successivamente sostituito o modificato dal D. L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80).

Articolo 7

Comunicazione di avvio del procedimento

1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenirvi. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari.

NDR: in grassetto le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15;

Articolo 8

Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento

1. L'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale.

2. Nella comunicazione debbono essere indicati:

- a) l'amministrazione competente;
- b) l'oggetto del procedimento promosso;
- c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento;
- c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall' articolo 2 , commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;**
- c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza;**
- d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

3. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a

rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima.

4. L'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista.

NDR: in grassetto le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15;

Articolo 19

Dichiarazione di inizio attività

(1. In tutti i casi in cui l'esercizio di un'attività privata sia subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, ad esclusione delle concessioni edilizie e delle autorizzazioni rilasciate ai sensi delle leggi 1 ° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, e del D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla L. 8 agosto 1985, n. 431, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo per il rilascio degli atti stessi, l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio di attività da parte dell'interessato alla pubblica amministrazione competente, attestante l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, eventualmente accompagnata dall'autocertificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate, ove previste. In tali casi, spetta all'amministrazione competente, entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre, se del caso, con provvedimento motivato da notificare all'interessato entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa.)

1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione,

all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste.

L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente. Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente.

3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato.

4. Restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti.

5. Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

NDR: in grassetto le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; in parentesi tonda, il testo originale della norma; in grassetto-corsivo il testo introdotto dal D. L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in

legge 14 maggio 2005, n. 80).

Articolo 20 **Silenzio assenso**

(1. Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n.400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata, si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità del rispettivo procedimento, dal medesimo predetto regolamento. In tali casi, sussistendone le ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa.

2. Ai fini dell'adozione del regolamento di cui al comma 1, il parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il Governo procede comunque all'adozione dell'atto.

3. Restano ferme le disposizioni attualmente vigenti che stabiliscono regole analoghe o equipollenti a quelle previste dal presente articolo)

1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.

2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.

3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

5. Si applicano gli articoli 2, comma 4, e 10-bis.

NDR: in grassetto le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; in parentesi tonda, il testo originale della norma; in grassetto-corsivo il testo introdotto dal D. L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80).

Articolo 21

Disposizioni sanzionatorie

1. Con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato.

2. Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

2-bis. Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 (2) .

NDR: in grassetto le aggiunte introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; in grassetto-corsivo il testo introdotto dal D. L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80).

LEGGE 6 DICEMBRE 1971, N. 1034 (ESTRATTO)
ISTITUZIONE DEI TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Articolo 21 Bis

1. I ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Nel caso che il collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori. La decisione è appellabile entro trenta giorni dalla notificazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio d'appello si seguono le stesse regole.

2. In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa.

3. All'atto dell'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo con la decisione prevista dal comma 2.

NDR: articolo aggiunto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000, n. 205.