

La tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a.: la necessità della diffida ad adempiere e la recente riforma della legge sul procedimento amministrativo.

Sommario: 1. Premessa – 2. La diffida ad adempiere prima dell'art.2 L. 7 agosto 1990, n. 241 – 3. La necessità della diffida a seguito dell'art.2 della legge n. 241 del 1990 - 4. La diffida a provvedere successivamente all'art.2 L. 21 luglio 2000, n. 205 – 4.1. *Segue*: Gli orientamenti giurisprudenziali – 5. Conclusioni.

1. Premessa. La sentenza che si annota ribadisce un'impostazione consolidata, secondo cui, prima di esperire il rito speciale¹ previsto dall'art.21-*bis* L. 6 dicembre 1971, n. 1034 avverso il silenzio della pubblica amministrazione, è necessario attivare la disciplina di cui all'art.25 t.u. imp. civ. Stato², ossia l'interessato, dopo l'inutile decorso del termine per la conclusione del procedimento, deve far formalmente

¹ Tale disposizione è stata introdotta dall'art.2 L. 21 luglio 2000, n. 205, il quale testualmente recita: "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. 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. 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". Cfr. L. TARANTINO, *Giudizio amministrativo e silenzio della pubblica amministrazione (art. 2)*, in F. Caringella-M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001, p. 25 ss.; M. CLARICH, *Introduzione - La riforma del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 1069 ss.; G. GIOVANNINI, *Note di commento alla l. 21 luglio 2000 n. 205*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, in *Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche*, n. 29, Università degli Studi di Trento, 2001; N. SAIITA, *Ricorsi contro il silenzio della p.a.: quale silenzio?*, in www.giust.it/articoli/saitta_silenziopa.htm; S. PELILLO, *Il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione*, in www.giust.it/articoli/pelillo_silenziopa.htm; B. TONOLETTI, *Commento all'art.2, l. n. 205*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 575 ss.; S. GIACCHETTI, *Il "ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione" e le "macchine di Munari"*, in *Cons. St.*, 2001, 474 ss. Circa l'ambito oggettivo di applicazione e l'oggetto del sindacato giurisdizionale cfr. *Cons. St., Ad. Plen.* 9 gennaio 2002, n. 1, con nota di L. TARANTINO, *L'epilogo del silenzio, O sancta simplicitas*, in *Urb. App.*, n. 4, 2002, p. 420 ss.

² Cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 28 agosto 2004, n. 3649: "Ai sensi dell'art.25 t.u. 10 gennaio 1957 n. 3, il quale disciplina in via generale l'istituto del silenzio della p.a., l'omissione di atti od operazioni, cui l'amministrazione sia tenuta per legge o per regolamento, deve essere fatta constare da chi vi ha interesse mediante diffida notificata a mezzo di ufficiale giudiziario. È conseguentemente inammissibile la domanda di annullamento del silenzio serbato dall'autorità comunale non preceduta da tale diffida".

constare tale inadempimento mediante una diffida a provvedere entro un congruo termine, di regola non inferiore ai trenta giorni, da notificare a mezzo ufficiale giudiziario.

Il giudice amministrativo qualifica, infatti, l'istituto di elaborazione pretoria della previa diffida ad adempiere come un'imprescindibile condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale.

Tale orientamento, da considerarsi tralaticio, è, invero, destinato ad essere superato in seguito alla modifica operata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, il cui art.2 ha aggiunto dopo il comma 4 dell'art.2 L. 7 agosto 1990, n. 241 (a cui, come noto, si deve la codificazione dell'obbligo di provvedere da parte della p.a.), il nuovo comma 4-*bis* che testualmente recita: "Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, a sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, può essere proposto anche senza la necessità della diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di cui ai commi 2 e 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti"³.

Ai sensi di tale nuova disposizione la proposizione del ricorso contro il silenzio-rifiuto può avvenire o immediatamente una volta scaduti i termini per provvedere o non oltre un anno decorrente dalla suddetta scadenza. È fatta salva la diversa volontà dell'interessato circa l'attivazione del meccanismo della diffida: la formulazione della norma è, infatti, alquanto "possibilista".

La sentenza in epigrafe offre l'occasione di soffermarsi sia sulle ragioni storiche che, anteriormente all'art.2 L. proc. amm., hanno reso necessario l'esperimento di tale istituto per la formazione del silenzio-rifiuto, che, successivamente a tale momento, sui motivi addotti dalla prevalente giurisprudenza, avvallata da parte della dottrina, per giustificare la sopravvivenza fino ad oggi.

2. *La diffida ad adempiere prima dell'art.2 L. 7 agosto 1990, n. 241.* In assenza di una norma che imponesse in via generale all'amministrazione l'obbligo di provvedere su un'istanza del privato, si pose il problema di individuare il momento a partire da quale l'inerzia potesse acquisire rilevanza giuridica. Il ricorso giurisdizionale era,

³ La legge contenente *Modifiche ed integrazioni della legge 7 agosto 1990, n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, è pubblicata nella G.U. 21 febbraio 2005, n. 42, ed entrerà in vigore il prossimo 8 marzo. Per un primo commento alla legge cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - I parte - II parte - III parte - IV parte - V parte*, in www.giustamm.it, n. 2, 2005; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, *ivi*; M. OCCHIENA, *Riforma della l. 241/1990 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, *ivi*; N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, *ivi*; S. TARULLO, *L'art.10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, *ivi*; D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art.21-octies della Legge n. 241/90*, *ivi*; M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, *ivi*; R. ROLLI, *Brevi riflessioni sulla riforma della legge n. 241 del 1990*, *ivi*; A. FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/90*, *ivi*; E. BATTISTI, *L'iter del disegno di legge di modifica della legge 241/1990*, *ivi*.

infatti, esperibile nei confronti di un provvedimento⁴ lesivo di una situazione di interesse legittimo, affetto da un vizio di illegittimità, non anche nell'ipotesi in cui la lesione derivasse dalla sua mancata adozione⁵.

Si rese, pertanto, necessario escogitare un sistema che permettesse all'interessato di rivolgersi al giudice anche in mancanza di un atto formale: la giurisprudenza ricorse, pertanto, in via analogica, all'istituto della diffida ad adempire, al fine di creare, in virtù di una *fictio iuris*, un atto negativo implicito, una volta decorso il termine assegnato alla pubblica amministrazione per provvedere. Il silenzio, di per sé non illegittimo prima della diffida, in seguito ad essa diveniva impugnabile alla stregua di un diniego espresso.

I dettagli della disciplina applicabile, in mancanza di espressa disposizione di legge, vennero individuati dal Consiglio di Stato, che, in una celebre sentenza⁶, equiparò il silenzio ad un rigetto del ricorso gerarchico, una volta che fosse scaduto il termine fissato dall'interessato attraverso un atto di diffida ad adempiere o messa in mora⁷.

L'indirizzo inaugurato da tale pronuncia trovò numerose adesioni, come risulta dal suo recepimento, dopo un'esperienza ultratrentennale, in sede legislativa nell'art.5 del R.D. 3 marzo 1934, n. 383 (T.U. della legge comunale e provinciale)⁸.

Tale norma, contenente disposizioni in materia di silenzio rigetto sul ricorso gerarchico, più nel dettaglio prevedeva, ai commi 5 e 6, che, decorsi centoventi giorni dalla presentazione del ricorso, l'interessato dovesse mettere in mora l'amministrazione con una diffida notificata per atto di ufficiale giudiziario. Decorso l'ulteriore termine di sessanta giorni assegnato con diffida, il ricorso si intendeva respinto a tutti gli effetti.

⁴ Va detto che, prima della riforma della disciplina dei ricorsi amministrativi avvenuta con D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, il ricorso giurisdizionale era possibile solo avverso un atto definitivo, ossia un atto dell'autorità competente a pronunciarsi in ultima istanza. L'interessato, pertanto, aveva l'obbligo, prima di impugnare l'atto dinanzi al G.A., di esperire tutti i rimedi interni alla P.A. L'autorità amministrativa gerarchicamente superiore poteva, quindi, di fatto, ritardare l'accesso alla giustizia amministrativa, semplicemente non decidendo sul ricorso amministrativo, dal momento che in tal modo non si veniva a formare l'atto definitivo.

⁵ G. ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, p. 20 ss.

⁶ Cons. St., sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429, in *Giur. It.*, II, 1902, p. 342. Tale pronuncia - preceduta da altre sentenze, in particolare da Cons. St., sez. IV, 16 marzo 1893, n. 109, in *Giust. amm.*, 1893, I, 197 - richiamava la precedente decisione del Cons. St., sez. IV, 2 marzo 1894, che aveva svolto il ruolo di capostipite, suscitando anch'essa un certo clamore in dottrina per la sua arditezza. Sul punto cfr., per tutti, F. LA VALLE, *Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, 165.

⁷ Nella sentenza non venivano specificati né il termine iniziale che il privato doveva attendere per mettere in mora la p.a., né il termine finale da assegnare con la diffida, limitandosi il giudice a richiedere che gli stessi fossero "congrui".

⁸ Tale novella legislativa sostituì al giudizio di congruità del termine precedentemente rimesso alla valutazione del privato, una meccanica sequenza cronologica, ben più lunga ed onerosa per il richiedente.

In seguito all'innovazione introdotta dall'art.6 D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, che ha modificato la disciplina del silenzio-rigetto, prevedendo che “decorsi inutilmente novanta giorni dalla presentazione di un ricorso gerarchico, ... esso si intende respinto a tutti gli effetti”, si pose nuovamente il problema della disciplina applicabile alla formazione del silenzio rifiuto. La nuova disciplina eliminava, infatti, per la prima volta, la necessità dell'esperimento della diffida.

Le soluzioni fornite al fine di rendere possibile la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'inerzia della P.A., furono alquanto variegate: alcuni giudici⁹ applicarono analogicamente l'art.6 D.P.R. cit. alla formazione del silenzio-rifiuto; altri¹⁰, invece, sostennero che l'art.6 non avesse mutato il procedimento di formazione del silenzio-rifiuto, a cui era ancora applicabile l'art.5 T.U. com. e prov. Difatti, mentre nell'ambito del silenzio-rigetto si giustificava l'eliminazione della messa in mora della P.A., con conseguente semplificazione dell'*iter* procedimentale, perché qui vi era un atto da impugnare in sede giurisdizionale (lo stesso impugnato in sede amministrativa), nei casi di silenzio-inadempimento un atto mancava del tutto, per cui non si rinveniva alcuna *ratio* giustificatrice del mutamento di procedura.

A dirimere il contrasto giurisprudenziale intervenne l'Adunanza Plenaria¹¹ del Consiglio di Stato che, con la celebre sentenza 10 marzo 1978, n. 10, adottò l'opzione esegetica secondo cui, mancando altra fonte idonea a disciplinare il procedimento di formazione del silenzio-rifiuto, a seguito dell'abrogazione dell'art.5 T.U. com. e prov., poteva trovare applicazione in questa materia la disposizione dell'art.25 T.U. degli impiegati civili dello Stato. Perciò il silenzio-inadempimento si riteneva formato quando, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione all'amministrazione di un'istanza sulla quale questa sarebbe stata tenuta a provvedere, e notificato ad essa successivamente un atto di messa in mora, l'amministrazione avesse persistito per oltre trenta giorni nella sua inerzia.

Si era osservato che la norma, pur essendo stata dettata in tema di responsabilità personale di pubblici impiegati, aveva un più vasto campo di applicazione, in quanto prendeva in considerazione la stessa situazione giuridica alla base del silenzio-rifiuto, cioè l'inadempimento della P.A. a fronte di un obbligo di provvedere.

⁹ Cfr. T.A.R. Sicilia, 18 aprile 1975, n. 102.

¹⁰ Cfr. Cons. St., 19 ottobre 1976, n. 355; ID., 14 dicembre 1976, n. 447; ID., 7 giugno 1977, n. 599.

¹¹ Cons. St., Ad. Plen., 10 marzo 1978, in *Cons. St.*, 1978, I, 335: si ricorda che tale sentenza è importante anche per un altro e ben più rilevante aspetto, ossia perché per la prima volta si ammise la possibilità per il giudice amministrativo, limitatamente agli atti vincolati, di andare oltre il mero accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto e di pronunciarsi anche sulla fondatezza dell'istanza presentata dal ricorrente (“... la possibilità che la diffida attenga ad atti non provvedimentali o addirittura materiali, pone il giudice di fronte a nuove prospettive di intervento. Non sembra dubbio, 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 quando e come detto obbligo possa essere adempiuto, e che la relativa pronuncia sia suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del sindacato amministrativo”).

Il giudice amministrativo, quindi, anziché ripercorrere la strada dell'*analogia legis*, mutuando le previsioni dettate nella materia dei ricorsi amministrativi al fine del trattamento processuale delle altre ipotesi di silenzio, che avrebbe comportato l'estensione del principio della superfluità della diffida ad adempire, preferì raccogliere il suggerimento di autorevole parte della dottrina¹² ed optare per l'applicazione analogica dell'art.25 cit.

3. *La necessità della diffida a seguito dell'art.2 della legge n. 241 del 1990.* La sopravvivenza della diffida ai fini della formazione del silenzio-rifiuto non mancò di suscitare critiche: in primo luogo a causa del carattere defatigante della procedura di cui all'art.25 T.U. del 1957, n. 3, comportante dapprima il decorso di sessanta giorni dall'istanza iniziale e poi quello di trenta giorni dall'ulteriore diffida; inoltre per la contrarietà ai principi costituzionali (di imparzialità e di trasparenza) dell'insussistenza di un obbligo generalizzato di conclusione esplicita del procedimento.

Anteriormente alla promulgazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, una ristrutturazione sostanziale dell'istituto si era già avuta con l'art.16, comma 2, della legge 26 aprile 1990, n. 86, recante modifiche in tema di reati contro la pubblica amministrazione, che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio di compiere atti del suo ufficio entro trenta giorni, o, in mancanza, di spiegare le ragioni del ritardo¹³.

Occorreva verificare se la fattispecie di cui al novellato art.328 c.p. avesse modificato il procedimento di formazione del silenzio-rifiuto, nel senso che esso sarebbe maturato alla scadenza dei trenta giorni dalla presentazione della richiesta dell'interessato.

La dottrina prevalente¹⁴ rispose negativamente al suddetto interrogativo, escludendo che il meccanismo di formazione del silenzio-rifiuto potesse essere stato *ab imis* riformato da una norma rivolta all'incriminazione dei comportamenti di persone fisiche e non alla delineazione dei principi informatori dell'azione amministrativa¹⁵.

¹² A.M. SANDULLI, *Sull'impugnabilità giurisdizionale del silenzio serbato dall'amministrazione sul ricorso straordinario*, in *Giust. civ.*, 1962, 181; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 398 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, 178 ss.

¹³ Per un'analisi approfondita dell'art.328 cfr. A. CRESPI, F. STELLA e G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova, 2001, p. 1128 ss. e bibliografia *ivi* indicata

¹⁴ Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Mulino, 1992, 49; P.G. LIGNATI, voce *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 559 ss., secondo cui "non è detto che ogni caso di silenzio, nel senso amministrativistico della parola, sia anche un caso di omissione di atti d'ufficio, in senso penalistico, o viceversa".

¹⁵ Tale conclusione è stata confermata dalla circolare amministrativa del Ministero della Funzione Pubblica 4 dicembre 1990, n. 58245/7464.

In seguito all'introduzione dell'art.2 della legge n. 241 del 1990, che ha introdotto l'obbligo generale della P.A. di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento esplicito, la situazione prima descritta veniva profondamente innovata¹⁶.

In particolare, il secondo e il terzo comma dell'articolo in questione statuiscono che quest'obbligo di conclusione esplicita del procedimento deve, in assenza di un'apposita norma legislativa e regolamentare, essere adempiuto nel termine stabilito dalle pubbliche amministrazioni per i singoli procedimenti o, in mancanza di questa determinazione, in quello legale di trenta giorni e che tale termine decorre dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte.

All'indomani, quindi, di tale novella, la maggior parte della dottrina¹⁷ e della giurisprudenza di merito¹⁸ si erano espresse nel senso di ritenere che l'art.2 cit.

¹⁶ L'azione amministrativa si articola in una serie di atti logicamente coordinati, che hanno lo scopo di giungere all'adozione del provvedimento finale, che, attraverso la comparazione di opposti interessi, è espressione della volontà dell'amministrazione ed ha effetti esecutivi. La legge n. 241 del 1990 indica i principi a cui la P.A. deve necessariamente ispirarsi nel condurre l'*iter* procedurale volto all'emanazione del provvedimento, che sono in assoluto contrasto con la possibilità di un comportamento omissivo da parte della stessa. Di importanza cruciale è stata l'introduzione, in capo alla P.A., e dell'obbligo di concludere il procedimento entro un termine prestabilito mediante l'adozione di un provvedimento espresso e dell'obbligo della motivazione. Sull'art.2 legge proc. amm. si veda più diffusamente N. W. M. SUCK, *L'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il termine nel procedimento amministrativo*, in www.giust.it.

¹⁷ Cfr. G. PALEOLOGO, *La l. 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 16 e 28; M.E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla "deregulation" delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, *ivi*, 1991, p. 196 ss.; G. CORSO, *Elementi di giustizia amministrativa*, Palermo, 1998, p. 72; G. MORBIDELLI, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1355; R. MURRA *Legge sul procedimento amministrativo e corretta formazione del silenzio impugnabile*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1993, II, p. 429 ss., secondo cui "oggi, alla luce dei principi generali apportati al nostro ordinamento dalla legge sul procedimento amministrativo, può a ben diritto affermarsi che l'obbligo della P.A. di provvedere sull'istanza del privato si è trasformato da "generico" a "specifico", allorché sono stati scanditi i ritmi dell'attività procedimentale e sono stati apposti termini finali per la conclusione dell'*iter* amministrativo stesso"; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, parte III, Torino, 1991, p. 83 ss. Tale soluzione interpretativa, postulante il superamento della procedura di cui all'art.25 T.U. imp. civ., oltre che meglio armonizzabile con la formulazione letterale del dettato normativo, appare più omogenea con la *ratio* ispiratrice della disposizione *de qua* e, più in generale, della legge sul procedimento, concretantesi nella necessità di improntare l'azione dei pubblici poteri a canoni di speditezza, di trasparenza e di democrazia procedimentale. Cfr. Corte dei Conti, 4 aprile 1991, n. 76986.

¹⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, 11 febbraio 1993 n. 138, in *I Tar*, 1993, 867 ss.; T.A.R. Lazio, sez. II, 23 novembre 1993 n. 1440, *ivi*, 1993, 4394 ss.; T.A.R. Puglia, Lecce, 25 giugno 1996 n. 574, in *Foro Amm. TAR*, 1997, 586 ss.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 17 dicembre 1996 n. 889, in *I Tar*, 1997, 751; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 ottobre 1998, n. 3290, *ivi*, 1998, 4561 ss.; T.A.R. Marche, 25 settembre 1999 n. 1041, *ivi*, 1999, 4413 ss.; T.A.R. Calabria, 23 maggio 2000 n. 774, *ivi*, 2000, 3488 ss.; T.A.R. Calabria, 23 maggio 2000, n. 774, *ivi*: "Ai

avesse eliminato la necessità di esperire il complesso *iter* di formazione del silenzio-rifiuto, di cui all'art.25 T.U. imp. civ., in luogo del quale ne veniva introdotto uno più agile, basato sul mero decorso del termine di trenta giorni dall'inizio d'ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda.

Secondo tale opzione interpretativa, qualora la p.a. non avesse emanato entro i termini previsti dall'art.2, commi 2 e 3 il provvedimento finale, si sarebbero determinato, *ope legis*, un comportamento giuridicamente rilevante di rifiuto di provvedere; l'interessato era conseguentemente legittimato all'esperimento del ricorso giurisdizionale al G.A., o, in alternativa, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, allo scadere del termine di cui sopra, senza dover seguire l'*iter* di cui all'art.25 T.U. imp. civ. e, quindi, senza dover previamente diffidare l'amministrazione; il G.A. adito con l'esperimento del ricorso avverso il silenzio-rifiuto della P.A., doveva, ferma restando l'illegittimità intrinseca dell'inerzia dell'amministrazione, valutare la fondatezza della pretesa sostanziale prospettata dall'interessato e, in caso di esito positivo di detta valutazione, imporre all'amministrazione l'obbligo di pronuncia espressa.

In senso contrario alla valenza innovativa dell'art.2 in materia di silenzio-rifiuto si era, invece, espresso il Ministero della Funzione Pubblica, con circolare 8 gennaio 1991, n. 60397/7493, in cui si specificava che l'art.2 non incideva sull'applicabilità del procedimento di cui all'art.25 T.U. n. 3/1957, in quanto "non dispone nel senso della qualificazione dell'inerzia imputabile all'amministrazione".

A supporto di tale assunto, altra parte della dottrina¹⁹ richiamava l'indirizzo giurisprudenziale, a tenore del quale, in costanza dell'orientamento previgente, era da considerarsi necessaria la previa diffida anche nei casi in cui le leggi di settore stabilivano un termine per provvedere²⁰.

Il Consiglio di Stato, nonostante le oscillazioni dei giudici di merito, non registrava al riguardo alcuna incertezza interpretativa, ritenendo la diffida, sempre e comunque, elemento imprescindibile²¹.

sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, di fronte al silenzio della Pubblica Amministrazione non sono necessarie, ai fini della diretta adizione del giudice amministrativo, la diffida e la messa in mora, atteso che una volta decorso inutilmente il termine essenziale stabilito per espressa e motivata conclusione del procedimento amministrativo, l'inadempimento di tale obbligo da parte dell'Amministrazione procedente è *in re ipsa* e, quindi, può essere immediatamente denunciato in via di azione, senza che sia necessaria la previa diffida e messa in mora"; T.A.R. Calabria, 23 novembre 2000, n. 1956, *ivi*. *Contra*, vedi T.A.R. Lazio, sez. I, 29 aprile 1992 n. 626, in *I Tar*, 1992, 1750 ss.

¹⁹ Cfr. A. DE ROBERTO, *Il silenzio del funzionario responsabile del procedimento amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1992, p. 2067 ss.; I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1991, p. 31 e 36; P.G. Lignani, *I tempi del procedimento amministrativo*, in B. Cavallo (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1993, p. 38 ss.; F. BRIGNOLA, voce *Silenzio della pubblica amministrazione (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 6.

²⁰ Cfr. C.G.A., 23 dicembre 1999, n. 665; Cons. Stato, sez. III, 2 giugno 1998, n. 113; ID., sez. V, 18 novembre 1997, n. 1331; ID., sez. V, 18 novembre 1997, n. 3549.

²¹ Cons. St., sez. IV, 25 settembre 1995 n. 745, in *Foro Amm.*, 1995, 1844 ss.; Cons. St., sez. V, 18 novembre 1997 n. 1331, *ivi*, 1997, 3044; Cons. St., sez. V, 15 settembre 1997 n. 980,

Il timore paventato dai Giudici di Palazzo Spada era che il venire meno della procedura *ex art.25*, potesse tradursi in una minore tutela per il privato, esposto al continuo pericolo di una scadenza automatica dei termine per ricorrere ad esso potenzialmente ignota, mentre attraverso la diffida avrebbe potuto conservare la disponibilità del termine per proporre ricorso²².

4. *La diffida a provvedere successivamente all'art.2 L. 21 luglio 2000 n. 205*. La nuova disciplina di cui all'art.21-*bis* L. TAR non fa menzione espressa della diffida: a prima lettura, quindi, si è ritenuto di poter affermare che alla luce degli obiettivi cui ha inteso mirare il legislatore, ossia economicità ed efficienza del processo, ma soprattutto effettività della tutela giuridica dei singoli, la stessa non fosse più necessaria, risolvendosi, nei fatti, in un ingiustificato aggravio procedurale. Questa possibilità si allineava, peraltro, con la previsione di cui all'art.3-*ter* della legge 11 luglio 1995, n. 273, di conversione del decreto legge n. 163 del 12 maggio 1995 che prevede la possibilità per l'interessato di produrre un'istanza sollecitatoria e non una diffida, al dirigente generale. Analogamente, l'art.4 del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493, come sostituito dall'art.2, comma 60, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nel disciplinare la procedura di rilascio della concessione edilizia, malgrado preveda l'opportunità per il privato di attivare i poteri sostitutivi della giunta regionale, non preclude allo stesso di adire immediatamente il giudice amministrativo per l'accertamento del silenzio inadempiuto²³.

ivi, 1997, 2307; Cons. St., sez. III, 2 giugno 1998 n. 113, in *Cons St.*, 1999, 1048, secondo cui “anche nel vigore della nuova disciplina introdotta dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, il soggetto che intende reagire contro l'inerzia della p.a. ha l'onere di seguire il rigoroso iter procedimentale indicato dall'art.25, t.u. 10 gennaio 1957 n. 3”; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 1998 n. 315, in *Foro Amm.*, 1998, 445.

²² Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 12, p. 4205.

Circa poi l'impugnativa del silenzio-rifiuto, si veda l'orientamento affiorato in giurisprudenza²², secondo cui la stessa non deve essere necessariamente esperita entro il termine di decadenza di sessanta giorni, come voleva l'impostazione tradizionale, ma può aversi fino a quando persista l'atteggiamento inerte della P.A., poiché in capo ad essa continua a sussistere il potere-dovere di pronunciarsi: cfr. T.A.R. Calabria, 14 novembre 1994, n. 1077 (“L'impugnazione del silenzio-rifiuto non è soggetta al termine di decadenza di sessanta giorni decorrenti dalla data in cui detto silenzio si è formato, poiché nessun atto è idoneo a divenire inoppugnabile, quindi capace di dare un assetto definitivo al sottostante rapporto, tanto che l'interessato può sempre reiterare all'Amministrazione la diffida a provvedere”).

²³ Cfr. T.A.R. Lazio Latina, 15 novembre 2002, n. 1163: “L'inottemperanza del sindaco all'istanza di rilascio della concessione edilizia avanzata ai sensi dell'art.4 d.l. 5 ottobre 1993 n. 398, conv. in l. 4 dicembre 1993 n. 493, si configura comunque come silenzio-inadempiuto, avverso il quale l'interessato può proporre, senza necessità di previa diffida, immediato ricorso giurisdizionale *ex art. 21-bis* l. 6 dicembre 1971 n. 1034, a ciò non ostando la specifica previsione che consente all'interessato, una volta scaduto il termine assegnato al sindaco per rispondere alla sua istanza, di richiedere allo stesso di adempiere nel successivo termine di quindici giorni”.

4.1. *Segue: Gli orientamenti giurisprudenziali.* Il Consiglio di Stato ha avuto modo, in più occasioni²⁴, di pronunciarsi sul problema relativo alla procedura di formazione del silenzio rifiuto in seguito all'entrata in vigore del rito speciale *de quo*, ponendosi in linea di continuità rispetto a quanto espresso anteriormente: il giudice amministrativo ha ribadito, infatti, l'orientamento, secondo cui, appunto, "per la formazione del silenzio-inadempimento è sempre indispensabile l'attivazione della procedura di cui all'art.25, comma 1, T.U. 10 gennaio 1957, n. 3. L'interessato, quindi, dopo l'infruttuosa scadenza del termine di sessanta giorni dall'inizio d'ufficio del procedimento (che in tal caso tiene luogo dell'istanza del privato), ovvero di quello più lungo fissato dai regolamenti attuativi dell'art.2, comma 2, L. n. 241 del 1990, deve notificare a mezzo ufficiale giudiziario apposito atto di diffida e messa in mora, concedendo un termine non inferiore a trenta giorni, affinché l'amministrazione provveda; per poi impugnare il silenzio innanzi al giudice amministrativo, nel termine decadenziale di sessanta giorni, decorrente dallo scadere del termine assegnato con la diffida"²⁵.

Si segnala, peraltro, qualche sentenza di segno contrario²⁶, secondo cui, sotto il profilo funzionale, l'art.21-*bis*, nel sancire anche formalmente la rilevanza puramente comportamentale del silenzio, consente di portare ancora più innanzi quel processo di superamento del formalismo legato alla visione tradizionale dell'atto presunto o tacito e alla necessità di rendere significativo, con la diffida, il silenzio (altrimenti "muto") dell'amministrazione. Ancorché la nozione comportamentale del silenzio della p.a. costituisca già da tempo acquisizione consolidata e costante nella giurisprudenza amministrativa, la consacrazione normativa di tale impostazione, avvenuta con la legge n. 205, non può restare priva di conseguenze sul piano interpretativo.

Sul piano sistematico e dei principi, deve osservarsi, inoltre, che la previsione di cause di inammissibilità dell'azione deve di regola essere espressa nella legge di disciplina dell'azione medesima. Nel caso in esame, invece, il nuovo articolo 21-*bis* citato, che pure è il luogo normativo in cui l'azione avverso il silenzio trova la propria piena e diretta disciplina, nulla dice in ordine a una siffatta condizione dell'azione, che troverebbe dunque il suo unico fondamento in una tradizione giurisprudenziale formatasi prima e al di fuori della legge e in un contesto (quello dell'atto presunto e tacito da rendere significativo) del tutto diverso e incompatibile con quello attuale, nel quale la nuova azione contro il silenzio della p.a. è volta a sanzionare il silenzio

²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415; ID., sez. V, 10 aprile 2002, n. 1970; ID., sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in www.giust.it; ID., 10 febbraio 2003, n. 672; ID., sez. V, 21 ottobre 2003, n.6537, in www.giurisprudenza.it.

²⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256 cit.

²⁶ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 20 novembre 2001, n. 4875; ID., sez. I, 22 novembre 2001, n. 4977. *Contra* per la necessità della diffida al fine della formazione del silenzio rifiuto si veda T.A.R. Lombardia, sez. II, 22 gennaio 2001, n. 134, in www.giustizia-amministrativa.it: "Anche dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, in mancanza di norme speciali che equiparino il silenzio al provvedimento espresso di rifiuto, il soggetto che intende reagire all'inerzia della P.A. ha l'onere di seguire l'iter procedimentale stabilito dall'art.25 T.U. 10 gennaio 1957 n. 3 e, quindi, di notificare una diffida affinché provveda nei successivi trenta giorni, al fine di rendere giuridicamente rilevante l'inerzia dell'amministrazione"; T.A.R. Sardegna 2 maggio 2000, n. 352, *ivi*, che ritiene che l'assenza della procedura della diffida comporti l'inammissibilità del ricorso

come fatto di inadempimento dell'obbligo di provvedere e prescinde da qualsivoglia significato implicito possa attribuirsi all'atteggiamento passivo dell'amministrazione. Sul piano dell'interpretazione teleologica, infine, non si rinviene alcuno scopo pratico attuale della previa diffida e messa in mora che possa essere utile a giustificare il permanere di tale appesantimento degli oneri incombenti sul soggetto leso dall'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di provvedere.

In particolare, come si evince già dalla citata pronuncia n. 10 del 1978 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la diffida era, da una parte, legata ad esigenze di tutela del privato che, in una logica ancora impugnatoria (sia pur discussa) era esposto alla sopravvenienza di una inoppugnabilità di cui poteva essere incolpevole; dall'altra era finalizzata alla esigenza di dare all'amministrazione un'ultima possibilità di provvedere prima di essere spogliata dall'intervento del giudice (nell'ottica, molto diffusa nella giurisprudenza amministrativa, dell'estensione dell'oggetto del giudizio all'accertamento della fondatezza della pretesa).

Nonostante gli argomenti adottati a sostegno della superfluità e dell'inutilità della diffida²⁷, la giurisprudenza, in modo pressoché unanime²⁸, ne ha ribadito la necessità quale condizione ora di ammissibilità ora di procedibilità del ricorso.

Se la mancanza di un rito codificato sul silenzio poteva in parte giustificare la sopravvivenza della diffida come "prezzo" di una garanzia processuale ulteriore rispetto a quelle precostituite per legge, come chiave necessaria per aprire le porte di un rito elaborato in via esclusivamente pretoria, ora, con l'introduzione di un giudizio ad *hoc* avverso il silenzio dell'amministrazione, tale giustificazione viene inesorabilmente meno.

La formulazione dell'art.2, anche alla luce dell'interpretazione restrittiva adottata dall'Adunanza Plenaria circa l'ampiezza del sindacato giurisdizionale²⁹, è chiara nell'imporre al giudice, una volta accertato l'inadempimento della p.a., l'obbligo di assegnare all'amministrazione un ulteriore *spatium temporis* non superiore a trenta

²⁷ Si è osservato in particolare come la diffida funga più da tentativo obbligatorio di conciliazione *ante causam* imposto in via pretoria al privato nei confronti dell'amministrazione, al fine di provocare l'adozione del provvedimento richiesto, da impugnare, poi, eventualmente, secondo il classico e rassicurante schema demolitorio, così svilendo e privando di contenuti concreti il termine di cui all'art.2 l. proc. amm. La diffida ad adempire, risolvendosi per il privato sia in un onere economico che in una preclusione all'esercizio dell'azione, comporta, inoltre, un'ingiustificata compressione del diritto di difesa di cui all'art.24 Cost.

²⁸ Cfr. di recente Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6201; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 28 agosto, n. 3649, cit.; T.A.R. Toscana, sez. III, 11 giugno 2004, 2047; T.A.R. Liguria sez. II, 26 febbraio 2004, n. 204; Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2004, n. 360.

²⁹ Cons. St., Ad. Plen. 9 gennaio 2002, n. 1, cit.: la sentenza, sconfessando quel consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale nel giudizio avverso il silenzio un margine medio di sindacato del giudice amministrativo sussisteva nell'ipotesi in cui il provvedimento fosse espressione di potestà amministrativa priva di contenuto discrezionale, o a basso contenuto di discrezionalità, afferma che nel rito *ex art.21-bis* il giudice si limita ad accertare l'inadempimento della P.A. all'obbligo di provvedere con contestuale indicazione di un termine entro il quale l'amministrazione stessa deve attivarsi; in caso, poi, di reiterata inerzia, il giudice non può in nessun caso sostituirsi alla P.A. nell'adozione del provvedimento richiesto, ma solo procedere alla nomina di un commissario *ad acta*, che agisca quale succedaneo dell'organo rimasto inadempiente.

giorni per l'esercizio del potere, senza limitazioni e condizionamenti, dovere che configura una sorta di messa in mora *ope iudicis*. Se è vero, quindi, che scopo della diffida è quello di concedere un adeguato *spatium deliberandi* all'amministrazione, ossia di indurre la stessa ad esprimersi sull'istanza del privato, la previsione di una messa in mora stragiudiziale e preventiva a cui faccia seguito quella giudiziale e successiva, si traduce in un inutile, nonché onerosa duplicazione di atti.

5. *Conclusioni*. Come si ricordava in esordio, con l'entrata in vigore della L. n. 15 del 2005, dopo più di un secolo dalla sua elaborazione in sede pretoria, viene espressamente esclusa "la necessità della diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento": il nuovo comma 4-*bis*, quindi, completa sul piano sostanziale, la disciplina contenuta all'art.21-*bis* L. TAR, soddisfacendo quelle esigenze di snellezza e celerità perseguite dal legislatore attraverso la previsione di un rito speciale avverso il silenzio, la cui *ratio* risiederebbe proprio nel consentire al privato di avvalersi di una tutela giurisdizionale la più rapida possibile nei confronti dell'inerzia della p.a., obiettivo perseguito attraverso un modello processuale caratterizzato dalla brevità dei termini e snellezza delle forme.

A parere dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2002, peraltro, tale informalità ed rapidità è talmente marcata da escludere che l'oggetto del sindacato giurisdizionale possa estendersi alla fondatezza della pretesa fatta valere, dovendo, invece, essere necessariamente circoscritto al solo accertamento circa la sussistenza o meno dell'obbligo formale di provvedere in capo alla amministrazione³⁰.

La natura tutta peculiare del giudizio *ex art.21-bis*, difficilmente riconducibile ad un modello di tipo prettamente impugnatorio, si evince anche dalla possibilità per l'interessato di adire l'autorità giudiziaria non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 e 3 dell'art.2 L. proc. amm., sottraendo, in tal modo, la proposizione del ricorso avverso il silenzio al rispetto dei termini decadenziali previsti in via ordinaria.

Avv. Gwendoline GUCCIONE

³⁰ Per le critiche a tale impostazione sia consentito il rinvio a G. GUCCIONE, *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art.2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4, 2004. e bibliografia *ivi citata*.