

## **Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici\*.**

1. Una digressione: le *Città invisibili* di Calvino e il codice del processo amministrativo - 2. Ritorno al giuridico: i difficili rapporti tra l'azione in materia di silenzio della p.a. e l'azione risarcitoria - 3. Le dimenticanze del legislatore: l'indennizzo automatico e forfettario.

### **1. Una digressione: le *Città invisibili* di Calvino e il codice del processo amministrativo.**

Tra le singolari città immaginate da Italo Calvino nel bellissimo *Le città invisibili* è compresa anche la città di *Fedora*, <<metropoli di pietra grigia, (al cui centro) sta un palazzo di metallo con una sfera di vetro in ogni stanza. Guardando dentro ogni sfera si vede una città azzurra che è il modello di un'altra Fedora. Sono le forme che la città avrebbe potuto prendere se non fosse, per una ragione o per l'altra, diventata come oggi la vediamo. In ogni epoca qualcuno, guardando Fedora qual era, aveva immaginato il modo di farne la città ideale, ma mentre costruiva il suo modello in miniatura già Fedora non era più la stessa di prima, e quello che fino a ieri era stato un suo possibile futuro ormai era solo un giocattolo in una sfera di vetro<sup>1</sup>>>.

In buona sostanza, ogni abitante della grigia città di Fedora ha la possibilità, visitando il museo, di contemplare le diverse città (e le corrispondenti utopie) che, per motivi diversi, non hanno potuto realizzarsi: <<Fedora ha adesso nel palazzo delle sfere il suo museo: ogni abitante lo visita, sceglie la città che corrisponde ai suoi desideri, la contempla immaginando di specchiarsi nella peschiera delle meduse che doveva raccogliere le acque del canale (se non fosse stato prosciugato), di percorrere dall'alto del baldacchino il viale riservato agli elefanti (ora banditi dalla città), di scivolare lungo la spirale del minareto a chiocciola (che non trovò più la base su cui sorgere)<sup>2</sup>>>.

Abbastanza scoperta è la sostanziale corrispondenza tra la descrizione della città di Fedora fornita da Calvino e la vicenda complessiva del nuovo Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ed in particolare, con la vicenda della parte del codice dedicata alle azioni (Capo II del Titolo III del Libro Primo).

A questo proposito, è a tutti noto come il lavoro della Commissione per la formulazione del progetto di decreto legislativo ex art. 44, 4° comma della l. 18 giugno 2009, n. 69 avesse trovato concretizzazione in un "progetto di codice" che, pur con alcune timidezze, poteva comunque essere considerato moderatamente innovativo, soprattutto per effetto dell'introduzione di alcune innovazioni importanti, come la generalizzazione dell'azione di accertamento, l'introduzione della cd. azione di adempimento (in questo caso, sulle orme di altri ordinamenti europei) e di una complessiva rilettura della problematica dei rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria

---

\* Lo scritto riproduce il testo della relazione sul tema delle azioni al convegno sul "Codice del processo amministrativo" in programma a Lecce il 12 e 13 novembre 2010.

<sup>1</sup> CALVINO I. *Le città invisibili*, Torino, Einaudi, 1972, ora in *Romanzi e racconti*, Milano, Mondadori, vol. II, 1992, 382.

<sup>2</sup> CALVINO I. *Le città invisibili*, cit., 382.

orientata per un <<superamento regolato<sup>3</sup>>> del principio della cd. pregiudiziale amministrativa; il progetto di codice elaborato dalla Commissione ha però ricevuto una serie importante di modificazioni per effetto, sia dei pareri espressi dai due rami del Parlamento, sia di una serie di interventi Governativi (precedenti e successivi all'intervento dei pareri delle Commissioni parlamentari) che hanno portato all'eliminazione proprio degli aspetti (introduzione dell'azione di adempimento; generalizzazione dell'azione di accertamento; ecc.) che apparivano destinati a caratterizzare in maniera maggiormente innovativa l'intera vicenda dell'approvazione del codice del processo amministrativo.

La vicenda ha indubbiamente influenzato il dibattito successivo alla definitiva approvazione del codice che ha assunto, come noto, toni fortemente pessimistici, spesso oscillanti tra la nostalgia per il testo del codice precedente all'intervento degli "anonimi sforbiciatori" operanti in nome del Ministro del Tesoro<sup>4</sup> e la tentazione di considerare sostanzialmente inutile l'intera vicenda<sup>5</sup>.

A chi scrive, sembra che lo studio della problematica delle azioni<sup>6</sup> ammissibili nel processo amministrativo abbia molto a che fare con la città di Fedora immaginata da Calvino; siamo, infatti, indubbiamente in presenza di una città reale (la grande Fedora di pietra di Calvino) caratterizzata da un grigiore di fondo e da forti limitazioni di tutela oggi derivanti dalla restrittiva formulazione delle previsioni codicistiche, ma possiamo sempre "contemplare" (nel <<palazzo delle sfere>>) quello che avrebbe potuto essere, ovvero le "utopie non concretizzate" contenute nella parte del Progetto del codice non recepita dal Governo<sup>7</sup> o recepita con profonde modificazioni; ed in questa prospettiva, ogni interprete finisce sostanzialmente per innamorarsi di una delle "utopie non concretizzate", ritenendo, a seconda delle proprie preferenze, maggiormente penalizzante l'eliminazione dell'azione di adempimento, la mancata generalizzazione dell'azione di accertamento o ancora altri aspetti.

Ma l'analogia con lo scritto di Calvino non si ferma qui; nella parte finale della descrizione della città di Fedora, Marco Polo avverte, infatti, Kublai Kan di una caratteristica di fondo condivisa dalla Fedora-città reale e dalle Fedore-città utopiche non realizzate, costituita dal comune riferimento a costruzioni ideologiche che si basano, in buona sostanza, semplicemente su una presunzione:

---

<sup>3</sup> GAROFOLI R. *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it) e in PELLEGRINO G. (a cura di) *Verso il nuovo processo amministrativo*, Roma, Nel Diritto Editore, 2010, 95.

<sup>4</sup> MERUSI F. *In viaggio con Laband ...* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), *Rivista internet di diritto pubblico*.

<sup>5</sup> ROMANO TASSONE A. *Così non serve a niente* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), *Rivista internet di diritto pubblico*.

<sup>6</sup> La pubblicistica sulle azioni ammissibili nel processo amministrativo dopo il nuovo Codice è già notevole: su tutti, si veda TRAVI A. *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, relazione dattiloscritta al 56° Convegno di studi amministrativi, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010. Si vedano anche, senza alcuna pretesa di completezza: TRAVI A. *Presentazione a "Il codice del processo amministrativo"* in *Foro it.*, 2010, V, 205; COSTANTINO G. *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone* in *Foro it.*, 2010, V, 205; GISONDI R. *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); FOA' S. *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), *Rivista internet di diritto pubblico*; GISONDI R. *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), *Rivista internet di diritto pubblico*; CARBONE A. *L'azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), *Rivista internet di diritto pubblico*; CAPONIGRO R. *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>7</sup> Nella ricerca museologica, non ci sono limiti; qualcuno potrebbe anche considerare essenziali e provare nostalgia per principi o idee non recepiti neanche dal progetto di codice elaborato dalla Commissione ex art. 44, 4° co. l. 69 del 2009.

<<nella mappa del tuo impero, o grande Kan, devono trovar posto sia la grande Fedora di pietra sia le piccole Fedore nelle sfere di vetro. Non perché tutte ugualmente reali, ma perché tutte solo presunte. L'una racchiude ciò che è accettato come necessario mentre non lo è ancora; le altre ciò che è immaginato come possibile e un minuto dopo non lo è più<sup>8</sup>>>.

Nel caso delle Fedore-città utopiche, il carattere presuntivo del tentativo di dare vita ad una nuova città appare di immediata evidenza; il fatto stesso che si tratti di idee rimaste sulla carta e non realizzate evidenzia, infatti, come, per qualche ragione, l'idea immaginata con riferimento ad un certo quadro ricostruttivo (e, quindi ad una presunzione) non abbia poi trovato, al momento della concretizzazione, le condizioni idonee per divenire reale; ed anche con riferimento alla nostra vicenda, appare di tutta evidenza come, in sede di elaborazione del progetto del codice, si sia, in buona sostanza, "sovrastimata" la complessiva volontà del legislatore e della società italiana (elemento presunto) di mettersi al passo con gli altri ordinamenti europei di giustizia amministrativa e di dare vita ad un sistema di tutela realmente e massicciamente rispondente all'esigenza di effettività.

Per quello che riguarda la natura presuntiva della Fedora-città reale (il testo del codice attualmente vigente), è quasi obbligatorio il riferimento alla dottrina che ha rilevato come la giustificazione delle modificazioni intervenute in sede parlamentare-governativa nella generica esigenza di <<non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in una prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale<sup>9</sup>>> costituisca oggetto di una presunzione del tutto slegata dalla realtà; non può, infatti, non rilevarsi la scarsa credibilità del rischio (paventato) che l'introduzione di alcuni istituti (come la generalizzazione e regolamentazione dell'azione di accertamento) <<potesse, anche solo indirettamente, comportare nuove spese; in primo luogo, tale azione già può essere esercitata sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato e la sua codificazione avrebbe evitato il rischio di interpretazioni giurisprudenziali dirette ad ampliare eccessivamente il suo ambito di applicazione.....In secondo luogo, l'azione di accertamento consente a volte di chiarire situazioni controverse...evitando che l'incertezza possa poi ricadere sulla stessa P.A. ed esporla a pretese risarcitorie maggiori>>; sotto un profilo più generale, appare poi di tutta evidenza come <<le ragioni di evitare maggiori costi nulla...(abbiano) a che fare con le correzioni apportate dal Governo<sup>10</sup>>>; in buona sostanza, siamo pertanto in presenza di una serie di scelte che, anche in tempi di "coperta corta" finanziaria, non appaiono per nulla necessitate dall'esigenza di non dare vita a nuovi oneri di spesa<sup>11</sup> e che trovano

---

<sup>8</sup>CALVINO I. *Le città invisibili*, cit., 382.

<sup>9</sup> Comunicato 16 aprile 2010 n. 89 del Consiglio dei Ministri riportato in CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, Giuffrè, 2010, 41.

<sup>10</sup> Le citazioni sono da CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 8 e 13.

<sup>11</sup> Del tutto esattamente, la dottrina (CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 13) ha rilevato come, nel medio-lungo periodo, l'introduzione dell'azione di accertamento e dell'azione di adempimento, avrebbe anzi potuto svolgere un ruolo indiretto di contenimento dei costi, attraverso l'aumento complessivo dell'efficacia dell'azione della p.a.

probabilmente giustificazione in un diverso <<filo conduttore...individuato nella paura del Governo di rendere la tutela del cittadino realmente effettiva; nel timore di esporre una amministrazione inefficiente alle iniziative del privato<sup>12</sup>>>.

Per effetto delle vicende relative all'approvazione del nuovo codice, agli interpreti viene pertanto consegnato un testo normativo che risponde ad una presunta esigenza di contenimento della spesa pubblica ma che, in realtà, sembra rispondere a diverse (e inesprese) esigenze che non sempre appaiono in linea con l'esigenza di una tutela effettiva del cittadino nei confronti della p.a.; un testo normativo che, secondo la prospettiva di Italo Calvino sopra richiamata, racchiude, quindi, <<ciò che è accettato come necessario mentre non lo è ancora>>.

La conclusione in ordine alla non necessità delle modificazioni disposte in sede di approvazione finale del codice ed alla natura presunta della relativa giustificazione, permette già di formulare una "profezia" in ordine ai prossimi anni di applicazione del testo normativo; a prescindere dalle modificazioni possibili nel biennio dall'entrata in vigore del codice (art. 44, 4° comma l. 18 giugno 2009, n. 69), è, infatti, abbastanza facile preventivare un fiorire di interpretazioni dottrinali o giurisprudenziali tese a "ripristinare" alcuni dei contenuti del progetto originario del codice o, comunque, ad imporre soluzioni maggiormente in linea con l'esigenza di effettività della tutela del cittadino nei confronti della p.a.

Ed in effetti, immediatamente dopo l'approvazione del nuovo codice, sono state prospettate interpretazioni dottrinali<sup>13</sup> che hanno riproposto l'azione di adempimento, facendo leva sulla previsione specifica dettata con riferimento all'azione avverso il silenzio della p.a. (art. 31, 3° comma del codice) o sulla previsione dell'art. 34, 1° comma, lett. b (che attribuisce al giudice il potere di condannare la p.a. <<all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio>>); analogamente, anche l'azione di accertamento a tutela di interessi legittimi ha costituito oggetto di un processo di "astrazione" e generalizzazione dalla più generale previsione in materia di azione di annullamento (art. 29 del codice) o dalle previsioni codicistiche in materia di accertamento della nullità (art. 31, 4° comma), declaratoria della cessazione della materia del contendere (art. 34, 5° comma), nullità degli atti violativi o elusivi del giudicato (art. 114, 4° comma) e inefficacia del contratto (artt. 121 e 122)<sup>14</sup>.

Sotto altro versante, anche il tentativo codicistico (anche in questo caso, sulla base di un'impostazione notevolmente divergente da quella prevista dal progetto elaborato dalla

---

<sup>12</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 13.

<sup>13</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 172; GISONDI R. *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, cit.; MERUSI F. *In viaggio con Laband*, cit.; in posizione sostanzialmente contraria è TRAVI A. *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, cit., 11 che rileva come si tratti di <<semplici "frammenti di norme", probabilmente frutto di un coordinamento impreciso nella fase finale di redazione del decreto legislativo>> che non possono giustificare un'azione di adempimento a carattere generale che è stata espunta dal testo finale del codice dalle modificazioni intervenute in sede parlamentare-governativa.

<sup>14</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 238; TRAVI A. *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, cit., 6 che richiama giustamente l'insegnamento di GRECO G. *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.

Commissione presso il Consiglio di Stato) di trasformare la nullità del provvedimento amministrativo in una sorta di <<”annullabilità forte”<sup>15</sup>>> sottoposta ad un termine di decadenza di 180 giorni (art. 31, 4° comma), sembra incontrare importanti ostacoli nel processo di inserimento all’interno del nostro sistema di giustizia amministrativa; a questo proposito, infatti, due importanti ostacoli devono essere ravvisati, da, un lato, nella tesi<sup>16</sup> che ne ha rilevato la scarsa utilità (o, forse, sarebbe meglio dire l’inutilità) nella prospettiva della tutela nei confronti di atti nulli incidenti su posizioni di diritto soggettivo ricadenti nella giurisdizione esclusiva e, dall’altro, nell’opinione dottrinale che ha esattamente rilevato i problemi di costituzionalità che originano dal difetto di “bilateralità” di una previsione che incide solo sul cittadino e non sulla p.a.: <<l’atto nullo è inefficace di diritto, ma in questo caso, l’invalidità non può essere fatta valere da chi ha interesse a contestare l’atto, decorsi 180 giorni, ma se la stessa nullità viene invocata –ad esempio– dall’amministrazione per sottrarsi dall’applicazione di un atto nullo favorevole ad un privato, non vi è alcun termine di decadenza per far valere il vizio. Si tratta di un regime che, in relazione a particolari controversie potrebbe porre anche problemi di costituzionalità, laddove emergesse una disparità tra amministrazione e ricorrente nel far valere o non valere la nullità di un provvedimento”<sup>17</sup>>>.

In definitiva, una volta escluso il carattere necessitato delle modificazioni disposte in sede di approvazione finale del codice, si è immediatamente riaperto il dibattito dottrinale (e presto anche giurisprudenziale) teso a reintrodurre in via pretoria alcune azioni ritenute indispensabili nella prospettiva della tutela del cittadino nei confronti della p.a. o a “limare” alcune asperità del codice; nelle pagine successive, saranno pertanto proposte alcune riflessioni relative all’azione avverso il silenzio della p.a.<sup>18</sup> che indubbiamente presenta alcuni punti fortemente problematici che potrebbero rilevarsi non rispondenti all’esigenza di una tutela piena ed effettiva del cittadino nei confronti della p.a.

## **2. Ritorno al giuridico: i difficili rapporti tra l’azione in materia di silenzio della p.a. e l’azione risarcitoria.**

La regolamentazione dell’azione avverso il silenzio della p.a., costituisce certo una delle parti del codice che si è mantenuta più aderente alla formulazione del progetto elaborato dalla Commissione ex art. 44, 4° comma l. 69 del 2009 e che, soprattutto, ha mantenuto un sostanziale *mix* tra aspetti

---

<sup>15</sup> CARBONE A. *L’azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo*, cit.

<sup>16</sup> TRAVI A. *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, cit., 5 che rileva giustamente come, <<nei casi di giurisdizione esclusiva, il confine con l’azione diretta alla tutela della situazione soggettiva appare in concreto poco netto. Perciò anche la previsione di un termine di decadenza per questa azione di accertamento rischia di non risultare un elemento qualificante o di chiarificazione>>.

<sup>17</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 240.

<sup>18</sup> Sulla problematica, si veda FUSCO R. *Brevi note sul risarcimento del “danno da ritardo” alla luce del nuovo codice del processo amministrativo* in *www.GiustAmm.it, Rivista internet di diritto pubblico*; prima dell’emanazione del codice, si veda altresì QUINTO P. *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l’incertezza del legislatore* in *www.GiustAmm.it, Rivista internet di diritto pubblico*.

riportabili all'azione di accertamento (in particolare, l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere previsto dall'art. 31, 1° comma), aspetti riportabili ad una particolare ipotesi di azione di adempimento (in particolare, per quello che riguarda la possibilità per il giudice di <<pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio... quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione>> prevista dall'art. 31, 3° comma) e aspetti riportabili alla tutela risarcitoria (artt. 30, 4° comma e 117, 6° comma); l'esame meno "frettoloso" delle norme, sembra però evidenziare una serie di problematiche di base che portano a ritenere forse troppo prematuro il giudizio positivo formulato da una parte della dottrina<sup>19</sup>.

Con riferimento alla problematica del termine di esercizio dell'azione avverso il silenzio della p.a., la previsione dell'art. 31, 2° comma del codice ha previsto che l'azione possa essere proposta <<fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti>> ; con tutta evidenza, si tratta della letterale riproposizione<sup>20</sup> della formulazione che la previsione dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (non a caso, contestualmente sostituita da una previsione di raccordo con il codice) aveva assunto, per effetto delle modificazioni disposte dalle l. 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80<sup>21</sup>.

La riproposizione puramente letterale delle previsioni previgenti, non ha però permesso di affrontare la problematica centrale (spesso avvertita dalla pratica), costituita dall'individuazione della natura di prescrizione o di decadenza del termine previsto per l'esercizio dell'azione avverso il silenzio e dalla connessa *querelle* in ordine al valore da attribuire all'utilizzazione, da parte del privato, dell'istituto della previa diffida (e, quindi, di un adempimento che non è più previsto come necessario, dopo le modificazioni disposte dalle l. 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80, ma che può comunque essere utilizzato dal privato ed è spesso presente nelle fattispecie concrete risolte dal giudice), ai fini dell'eventuale interruzione del termine per la proposizione del ricorso.

A questo proposito, appare sostanzialmente nel giusto l'opinione dottrinale<sup>22</sup> che, in considerazione della possibilità per il privato di ripresentare l'istanza (e, quindi, della sostanziale insussistenza di

---

<sup>19</sup> FUSCO R. *Brevi note sul risarcimento del "danno da ritardo" alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>20</sup> Completata dalla previsione dell'art. 117, 1° comma del codice che ha riproposto la non necessità della previa diffida. Nel corso dei lavori della Commissione era stata avanzata anche l'idea di prevedere un nuovo termine di 180 giorni, <<ma alla fine era prevalsa la tesi dell'insussistenza di tale esigenza, trattandosi di istituto sostanzialmente già consolidato nell'esperienza giudiziaria>>: CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 223.

<sup>21</sup> Al proposito, si rinvia a PARISIO V. *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80* in *Foro amm. TAR* 2006, 7-8, 798.

<sup>22</sup> DE NICTOLIS R. *Codice del processo amministrativo commentato*, 2008, IPSOA, Milano, 1126, che giustamente rileva come <<il limite di un anno risponda alla duplice necessità pratica di celerità del contenzioso e di evitare che la p.a. inerte sia soggetta *sine die* al rischio di una azione giurisdizionale, ma non ad una impostazione teorica, perché sul piano teorico, l'azione compete fintanto che dura l'inadempimento>>; del resto, sostanzialmente isolata appare l'opinione dottrinale (COGLIANI S. *Il silenzio della p.a. - Disciplina e profili processuali: i nuovi poteri del g.a.* in *Foro amm. TAR* 2006, 1, 383) che ha prospettato un qualche effetto di consolidamento degli effetti del silenzio inadempimento, temperato dal riconoscimento della possibilità per l'interessato ..(della) possibilità di portare

un qualche effetto di consolidamento degli effetti del silenzio sul rapporto amministrativo), ha concluso per la natura di prescrizione (breve) e non di decadenza del termine annuale per la proposizione dell'azione e, quindi, implicitamente, per la possibile interruzione del termine *ex art.* 2943 c.c., per effetto della notifica di un atto idoneo a mantenere in mora la p.a. inadempiente (come la diffida, spesso utilizzata nella pratica); del resto, l'opposta tesi che ha ritenuto di poter concludere per la natura decadenziale<sup>23</sup> del termine, si risolve, in buona sostanza, in un consistente aggravamento di tutela in capo all'interessato che, riproponendo l'istanza (anche mediante notificazione della diffida), potrebbe solo dare vita ad un nuovo procedimento, ma non "recuperare" il periodo di tempo già decorso nell'istruzione della stessa pratica; un sostanziale effetto di "azzeramento" del precedente procedimento (con nuova necessità di attendere il decorso del termine per la definizione del procedimento, prima di poter procedere alla proposizione dell'azione) e di "frazionamento" di un silenzio inadempimento in realtà unitario che appare sostanzialmente ingiustificato, almeno nelle ipotesi in cui la nuova istanza del privato si esaurisca nella diffida a concludere il procedimento, nella pura riproposizione dell'istanza originaria o in una qualche forma di solleccito e non assuma i caratteri della vera e propria presentazione di un'istanza che presenti un qualche elemento di novità.

Dal suo canto, la giurisprudenza ha affrontato la problematica con sano pragmatismo, escludendo ogni caratterizzazione in termini di decadenza del termine per la proposizione dell'azione avverso il silenzio e preferendo ricostruire la fattispecie in termini di <<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 lasso di tempo dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per la conclusione del procedimento; infatti, 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 dell'impugnazione del silenzio l'inerzia dell'interessato non preclude, per espressa previsione di legge, la possibilità di proporre nuovamente l'istanza laddove ne ricorrano i presupposti<sup>24</sup>>>; l'esame delle vicende concrete decise dalle sentenze richiamate evidenzia poi chiaramente l'attribuzione alla notificazione della diffida a provvedere di un valore sostanzialmente interruttivo del termine annuale per la proposizione del ricorso in materia di silenzio rifiuto, perfettamente riportabile all'istituto dell'interruzione della prescrizione previsto dall'art. 2943 c.c. o comunque ad esso assolutamente assimilabile.

---

all'attenzione degli amministratori nuovi profili, nuove interpretazioni, al fine di un esito diverso e favorevole dell'istanza>>.

<sup>23</sup> CARINGELLA F. *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, II ed., 2007, 904, rileva, a questo proposito, come <<la decadenza concern(a) ...il singolo silenzio e non il rapporto sottostante, in coerenza con il rilievo che manca una determinazione che abbia stabilito un assetto da consolidare con il tempo>>; la tesi sembrerebbe accolta anche da CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 224.

<sup>24</sup> T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 22 dicembre 2009, n. 2203 in *Foro amm. TAR* 2009, 12, 3645; T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 3 febbraio 2010, n. 421 in *Foro amm. TAR* 2010, 2, 640; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 13 gennaio 2010, n. 2 in *Foro amm. TAR* 2010, 1, 281; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 22 maggio 2009, n. 955 in *Foro amm. TAR* 2009, 5, 1598; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 4 dicembre 2008, n. 1561 in *Foro amm. TAR* 2008, 12, 3458. Il *leading case* citato da quasi tutte le decisioni è T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 6 giugno 2006, n. 6747 in *Foro amm. TAR* 2006, 6, 2154; la sentenza cita però, senza individuarle, precedenti proprie decisioni in materia, probabilmente rimaste inedite.

Nel sostanziale silenzio del nuovo codice, sembra pertanto possibile estendere anche alla previsione dell'art. 31, 2° comma la lettura in termini di prescrizione breve o presunzione legale assoluta già sperimentata dalla giurisprudenza con riferimento all'identica previsione dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990 n. 241, con conseguenziale possibilità di non considerare preclusa la proposizione dell'azione nell'ipotesi in cui sia intervenuta una diffida a provvedere o altro atto idoneo a determinare l'interruzione del termine, prima della maturazione del termine annuale; in buona sostanza, dalla strutturazione a termine di decadenza assolutamente prevalente nel nuovo codice del giudizio amministrativo, ci avvicineremmo alla strutturazione a termine di prescrizione riservata alle sole posizioni di diritto soggettivo ricadenti nella giurisdizione esclusiva o all'esecuzione del giudicato e, quindi, verso una sistemica decisamente più consona alla ormai riconosciuta natura di silenzio inadempimento dell'istituto.

Ma quali potrebbero essere le conseguenze del riconoscimento di una strutturazione a termine di prescrizione dell'azione in materia di silenzio della p.a., sulla connessa vicenda risarcitoria?

A questo proposito, le modificazioni intervenute in sede parlamentare-governativa hanno dato vita ad una sistemica di raccordo tra le due azioni che costituisce sicuramente uno dei punti di maggiore problematicità del codice.

Per quello che riguarda l'azione risarcitoria nei confronti dell'inerzia della p.a.<sup>25</sup>, il progetto elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato aveva elaborato una soluzione che superava l'art. 2-*bis* della l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dall'art. 7, 1° comma l. 18 giugno 2009, n. 69 (che prevedeva un termine di prescrizione di cinque anni, senza peraltro dettare una disciplina specifica in materia di decorrenza), escludendo che il termine per la proposizione dell'azione potesse decorrere <<fintanto che perdura l'inadempimento>> ed ancorando la decorrenza iniziale del termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria, solo alla cessazione dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere.

La strutturazione, certamente coerente con la natura di silenzio inadempimento dell'istituto e la natura permanente dell'illecito, è stata però modificata in sede di approvazione finale del codice, sulla base di un'osservazione della Commissione Affari Costituzionali del Senato; si è pertanto pervenuti alla previsione dell'art. 30, 4° comma del codice che ha inizialmente confermato la strutturazione proposta dalla Commissione, escludendo che il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria <<in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, .....(possa decorrere) fintanto che perdura l'inadempimento>>; l'opzione per la natura permanente dell'illecito è però sostanzialmente contraddetta dalla seconda parte della previsione che ha introdotto una previsione "di chiusura" così concepita. <<il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere>>.

---

<sup>25</sup> Sulla problematica, si veda oggi ANGELONE M. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria* Napoli, ESI, 2010.



Al di là della certa contraddittorietà interna della previsione e della scarsa coerenza con la natura permanente dell'illecito<sup>26</sup> sottolineata nella stessa relazione governativa al codice, appare pertanto di tutta evidenza come <<il termine per proporre l'azione di risarcimento del danno derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento...(sia) di un anno e 120 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per provvedere<sup>27</sup>>>; altrettanto evidente è come si tratti di una soluzione che poteva avere un senso ed è stata concepita sulla base del "presupposto implicito" costituito dalla natura decadenziale e perentoria del termine annuale per la proposizione dell'azione previsto dall'art. 31, 2° comma del Codice; solo in questo modo, infatti, la decadenza dall'azione risarcitoria finiva con il cadere in un momento successivo al definitivo momento di consumazione del termine per la proposizione del ricorso e, precisamente, 120 giorni dopo il decorso dell'anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento.

Una volta ammessa la non definitività dell'assetto di interessi derivante dal silenzio (per effetto della possibilità per l'interessato di riproporre l'istanza) o la possibilità di procedere all'interruzione del termine annuale di proposizione del ricorso (per effetto di quanto sopra rilevato, con riferimento agli effetti dell'intervento della diffida a termine ancora pendente), appare quindi di tutta evidenza come il sistema di coordinamento tra le azioni presupposto dal codice non possa non entrare in crisi, finendo con l'assumere un ruolo fortemente contraddittorio; in molte ipotesi, potrebbe, infatti, verificarsi, la proposizione dell'azione in materia di silenzio oltre l'anno previsto dall'art. 31, 2° comma (per effetto della precedente interruzione del termine o della riproposizione dell'istanza) e, quindi, la definizione in termini reali del rapporto amministrativo, ma quando ormai il termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria è da ritenersi decorso e non è quindi più possibile accedere alla tutela risarcitoria.

Per effetto della non perspicua formulazione della previsione in materia di tutela risarcitoria del silenzio, le stesse esigenze di coordinamento tra le azioni che sono alla base dell'istituto della cd. pregiudizialità tra azione impugnatoria/in materia di silenzio e azione risarcitoria e che oggi hanno dato vita alla complessa sistemica dell'art. 30 del codice<sup>28</sup> sono pertanto destinate ad entrare in crisi, evidenziando un'ipotesi certo non di nicchia in cui la definizione in sede giurisdizionale del rapporto amministrativo non è più suscettibile di definizione anche in sede risarcitoria; non si tratta pertanto più del mero coordinamento di azioni sottoposte a presupposti differenti, ma di una vera e propria "trappola normativa" che finisce con l'obbligare il cittadino a percorsi defatiganti ed in particolare, all'artificiosa suddivisione di un periodo di silenzio inadempimento unitario (e che può

---

<sup>26</sup> A questo proposito, si vedano le condivisibili considerazioni di CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 206-207.

<sup>27</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 206. Con tutta evidenza, si tratta di un termine che riguarda solo la proposizione dell'azione risarcitoria e non l'azione in materia di silenzio (che è soggetta al termine annuale); del tutto errata è pertanto l'opinione di FUSCO R. *Brevi note sul risarcimento del "danno da ritardo" alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, cit. che ha rilevato come <<decorso il termine annuale (a cui vanno sommati i centoventi giorni per l'azione risarcitoria) verrà meno l'obbligo della P.A. di provvedere>>, così confondendo i due termini, ma soprattutto prospettando una cessazione dell'obbligo di provvedere che, come già rilevato, è oggi superata dall'evoluzione del sistema.

<sup>28</sup> A questo proposito, si rinvia a CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 177 e ss.

essere considerato unitariamente in un solo giudizio in materia di silenzio) in tanti sub-periodi di durata annuale da azionare, rispettivamente, nel termine di decadenza di 120 giorni decorrenti dal perfezionamento di ogni singolo sub-periodo<sup>29</sup>.

In definitiva, siamo pertanto in presenza di un sistema che non può certo essere considerato rispondente all'esigenza di una piena tutela del cittadino e che crea artificiosi ostacoli alla proposizione dell'azione risarcitoria.

Del resto, gli effetti disfunzionali sopra richiamati non sono certo sdrammatizzati e sono anzi amplificati da uno degli ulteriori limiti del sistema (anche in questo caso, derivante da un'osservazione intervenuta in sede parlamentare), costituito dalla mancata estensione all'azione risarcitoria in materia di silenzio anche della possibilità di formulare l'azione risarcitoria <<nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza>> prevista dall'art. 30, 5° comma del codice, con riferimento ai soli giudizi di annullamento (e quindi al danno da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa): difetto di coordinamento che obbliga <<il privato che propone ricorso avverso il silenzio....a proporre la domanda di risarcimento entro un anno e 120 giorni dalla scadenza del termine per provvedere, anche se il ricorso avverso il silenzio non è stato ancora deciso e non avendo, in questo caso, neanche la cognizione esatta dei presupposti su cui fondare la domanda di risarcimento<sup>30</sup>>>.

In definitiva, si tratta di un sistema fortemente sconnesso che necessita certamente di una qualche emenda in sede di decreti correttivi *ex art. 44*, 4° comma l. 18 giugno 2009, n. 69; in attesa degli auspicabili interventi di modifica, non resta però all'interprete che cercare di proporre dei possibili correttivi in sede giurisprudenziale.

A questo proposito, sicuramente utile potrebbe dimostrarsi una riflessione giurisprudenziale in ordine all'auspicata <<possibilità di estendere in via pretoria, quanto meno la possibilità di proporre la domanda di risarcimento dopo la conclusione del giudizio avverso il silenzio<sup>31</sup>>>; in questo modo, sarebbe, infatti, almeno salvaguardata la possibilità di proporre l'azione risarcitoria in via successiva, una volta definita l'azione in materia di silenzio, anche se non si può non rilevare come la formulazione letterale della previsione (che opera un chiaro riferimento solo ai casi in cui <<sia stata proposta l'azione di annullamento>>) non permetta certo di nutrire grandi speranze.

In questa prospettiva, un qualche aiuto potrebbe poi venire dalla previsione dell'art. 26, 2° comma del codice (<<il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente

---

<sup>29</sup> La conseguenza è prospettata anche da CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 207, ma con riferimento ad una costruzione diversa che considera ammissibile la riproposizione dell'istanza e non sembra ammettere l'interruzione del termine per la proposizione del silenzio: <<il limite temporale inserito nel testo finale sembra, invece, presupporre che dopo il decorso dell'anno, se non tempestivamente attivata l'azione di risarcimento (nei 120 giorni successivi), la riproponibilità dell'istanza comporta che ogni eventuale danno può essere riferito al periodo temporale successivo alla scadenza del termine per provvedere sulla nuova istanza)>>.

<sup>30</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 207; secondo la prospettiva proposta in queste pagine, il ricorso potrebbe anche non essere stato nemmeno proposto, pur essendo ancora pendente il termine annuale, opportunamente interrotto.

<sup>31</sup> CHIEPPA R. *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, cit., 207.

determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati>>) che, analogamente a quanto avvenuto in sede civile (con riferimento ad ipotesi, come la mancata liquidazione dei danni da parte delle compagnie di assicurazione che presentano forti analogie con la tematica del silenzio della p.a.), potrebbe apparire suscettibile di una qualche estensione<sup>32</sup> anche ai danni originati, non solo dalla vicenda processuale, ma anche da comportamenti inerti che abbiano reso necessitata la proposizione dell'azione avverso il silenzio; in questo modo, quindi, il ricorso ad una lettura "allargata" (anche se, in qualche misura, non completamente corretta) dell'istituto della responsabilità processuale aggravata potrebbe permettere al giudice amministrativo di concedere d'ufficio e in via equitativa quel risarcimento che una formulazione non particolarmente meditata del codice oggi esclude con ogni evidenza.

Sicuramente più problematico è poi l'altro aspetto, relativo alla proposizione dell'azione risarcitoria in via autonoma e caratterizzato dalla necessità, oggi imposta dal sistema, di rispettare la rigida scansione in sub-periodi di durata annuale, derivante dal termine di decadenza previsto dall'art. 30, 4° comma del codice e dal mancato coordinamento con il termine per la proposizione dell'azione in materia di silenzio.

A questo proposito, si potrebbe certo pensare ad un'interpretazione adeguatrice tesa ad attribuire alla diffida a provvedere valore interruttivo, non solo del termine per la proposizione dell'azione in materia di silenzio *ex art. 31, 2° comma* (come riconosciuto dalla giurisprudenza, formatasi sulle analoghe disposizioni previgenti), ma anche del termine per la proposizione dell'azione risarcitoria *ex art. 30, 4° comma*<sup>33</sup>; in questo modo, si finirebbe però con l'introdurre un diverso elemento di contraddittorietà nel sistema, ammettendo la possibilità di procedere all'interruzione di un termine univocamente definito come perentorio (art. 30, 3° comma), anche se in un contesto (quello del silenzio inadempimento) che, forse, potrebbe giustificare una soluzione differente da quella prevista per la responsabilità da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

In ogni caso, comunque la si guardi, "la coperta è corta" e lo spazio per interpretazioni giurisprudenziali che superino i nodi problematici del codice, senza entrare in contraddizione con altri aspetti, non è poi molto.

### **3. Le dimenticanze del legislatore: l'indennizzo automatico e forfettario.**

Tutte le trattazioni<sup>34</sup> in materia di risarcimento del danno da inerzia della pubblica amministrazione considerano sostanzialmente non attuale la possibilità di tutelare gli interessi posti alla base dell'istituto del silenzio, attraverso un sistema di indennizzo automatico o forfettario; come ampiamente noto, infatti, l'opzione per una possibile tutela in via indennitaria attraverso <<forme di

---

<sup>32</sup> Per l'approfondimento della problematica, impossibile in questa sede, si rinvia a VIOLA L. *I danni punitivi nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo il nuovo codice del processo amministrativo*, in corso di pubblicazione in *Resp. civ.*, 2010, n. 12.

<sup>33</sup> In buona sostanza, pertanto l'intera strumentazione di tutela sarebbe rinviata ad un momento successivo e non vi sarebbe la necessità "giugulatoria" di proporre alla scadenza del termine di un anno più 120 giorni (decorrente dalla scadenza del termine per provvedere) l'azione risarcitoria.

<sup>34</sup> Ad esempio, ANGELONE M. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, cit., 70 e ss.

indennizzo automatico e forfettario>> tentata con l'art. 17, 1° comma lett. f) della l. 15 marzo 1997, n. 59 non è mai divenuta operativa, per effetto del mancato esercizio della relativa delega legislativa e le successive riproposizioni dell'istituto in numerosi disegni di legge successivi (anche in sede di elaborazione di quello che poi diventerà l'art. 2-bis della l. 241 del 1990, aggiunto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69<sup>35</sup>) non sono poi state considerate meritevoli di trasposizione nei relativi testi finali approvati dal Parlamento.

Ed è probabilmente sulla base del giudizio formulato dalla dottrina in ordine alla “non attualità” della problematica dell'indennizzo automatico e forfettario, che il nuovo codice del processo amministrativo non ha destinato alcuna previsione espressa a meccanismi che permettano la tutela della pretesa all'indennizzo (o, cosa decisamente più importante, che prevedano un raccordo con le altre tutele) e permettano così di delineare i lineamenti di una possibile azione indennitaria avverso il silenzio della p.a.

Sostanzialmente nello stesso periodo di tempo in cui il legislatore nazionale apriva la vicenda del nuovo codice del processo amministrativo con l'approvazione dell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, almeno<sup>36</sup> una Regione italiana approvava però una legge di grande importanza che introduceva nell'ordinamento regionale l'indennizzo automatico e forfettario; in particolare, il riferimento è alla l.r. Toscana 23 luglio 2009 n. 40 (l. di semplificazione e riordino normativo 2009) che, all'art. 16, 1° comma, ha previsto l'obbligo per la Regione, gli altri enti e organismi (anche di diritto privato) dipendenti dalla Regione, le aziende sanitarie e gli enti del servizio sanitario regionale<sup>37</sup>, di corrispondere agli interessati che ne facciano richiesta, <<in caso di inosservanza dei termini per la conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza.....una somma di denaro a titolo di indennizzo per il mero ritardo, stabilita in misura fissa di 100,00 euro per ogni dieci giorni di ritardo, fino a un massimo di 1.000,00 euro. Resta impregiudicato il diritto al risarcimento del danno>>; alle aziende sanitarie e agli enti del servizio sanitario regionale è poi stata attribuita la potestà di stabilire <<le procedure e i termini per la corresponsione dell'indennizzo relativo ai procedimenti di loro competenza>> (art. 16, 3° comma l.r. Toscana n. 40 del 2009), mentre, per l'Amministrazione regionale, è già previsto l'onere per l'interessato di presentare apposita istanza alla direzione generale competente per il procedimento (o alla direzione generale del Consiglio, per i procedimenti di competenza del Consiglio regionale), entro un anno dalla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento (art. 17 l.r. Toscana n. 40 del 2009).

---

<sup>35</sup> Per l'approfondimento della problematica, si rinvia ad ANGELONE M. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, cit., 70, nota 170; per la storia dell'elaborazione in sede parlamentare dei contenuti dell'art. 2-bis della l. 241 del 1990, si rinvia a RUSSO D. *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo* in GAROFOLI R. *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Roma, Nel Diritto Editore, 2009, 22.

<sup>36</sup> Il presente scritto non assume valore ricognitivo della regolamentazione della problematica da parte di tutte le Regioni italiane, ma di analisi e valutazione generale dei riflessi e delle conseguenze che l'introduzione dei sistemi di indennizzo automatico e forfettario può importare sull'assetto del nuovo codice; è pertanto possibile che esistano altre Regioni italiane che abbiano istituito il sistema dell'indennizzo automatico e forfettario, anche se la ricerca testuale sulle banche dati normative non ha dato ulteriori esiti.

<sup>37</sup> Per gli enti locali e gli enti dipendenti, l'applicazione dell'istituto dell'indennizzo automatico e forfettario non è automatica, ma è rinviata alla scelta discrezionale dell'ente stesso (art. 16, 4° comma l.r. Toscana n. 40 del 2009).

La scelta della Regione Toscana (che potrebbe essere seguita, nel futuro, da altre regioni italiane o dallo stesso legislatore nazionale) appare pertanto destinata a “sparigliare” le carte della ricostruzione dei mezzi di tutela esperibili nei confronti del silenzio, imponendo la necessità di inserire, nel *mix* di azione di accertamento, azione di adempimento e azione risarcitoria richiamato in apertura del § precedente, anche l’azione relativa alla corresponsione dell’indennizzo, che, con tutta evidenza, non è stata considerata, in alcun modo, in sede di impostazione e approvazione del nuovo codice; in buona sostanza, pertanto, la sostanziale assenza di una regolamentazione codicistica delle relative problematiche di tutela, renderà ancora una volta necessario il ricorso al lavoro interpretativo della dottrina e della giurisprudenza, magari sulla base di vecchi schemi interpretativi elaborati con riferimento ad altre problematiche<sup>38</sup>.

Per quello che riguarda la problematica della giurisdizione, è quasi naturale che la mancanza di una previsione espressa nel codice del processo amministrativo (che sarebbe quanto mai opportuna, anche nella prospettiva futura del possibile ricorso all’istituto da parte del legislatore statale o di altre Regioni) origini qualche incertezza in ordine alla problematica centrale relativa alla possibilità di riportare le controversie in materia di mancata corresponsione dell’indennizzo automatico e forfettario da ritardo alla giurisdizione amministrativa; in questo senso, si potrebbe molto probabilmente fare leva sulla “vecchia” clausola degli <<altri diritti patrimoniali consequenziali>> oggi ancora prevista dall’art. 7, 4° comma del codice del processo amministrativo e, probabilmente, suscettibile di un’interpretazione estesa a ricomprendere anche i diritti patrimoniali di matrice indennitaria nati dal silenzio della p.a.; del resto, la precisazione, oggi introdotta nel testo della disposizione, in ordine alla possibilità che le controversie relative agli altri diritti patrimoniali consequenziali possano essere introdotte anche <<in via autonoma>> (assente dal testo dell’art. 7, 3° comma della l. 7 dicembre 1971 n. 1034) permette probabilmente di utilizzare la previsione con maggiore latitudine rispetto al passato e, soprattutto, anche con riferimento alle azioni proposte in via autonoma rispetto all’azione avverso il silenzio della p.a.

Ove non dovesse trovare accoglimento la tesi ricostruttiva sopra richiamata, la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle controversie in materia di mancata corresponsione dell’indennizzo automatico e forfettario da ritardo potrebbe poi comunque trovare giustificazione nei “vecchi” argomenti utilizzati con riferimento ad altri sistemi indennitari (come quello previsto dalla già richiamata l. 3 giugno 1981 n. 308) e che valorizzano, alternativamente, il collegamento con la sfera pubblicistica di attività della pubblica amministrazione<sup>39</sup> o la natura concessoria del beneficio, con conseguenziale necessità di riportare le relative controversie alla previsione dell’art. 133, 1° comma lett. b) del codice (in precedenza, art. 5 della l. 7 dicembre 1971 n. 1034) e, quindi,

---

<sup>38</sup> Come, ad es., il sistema indennitario previsto dall’art. 1 della l. 3 giugno 1981 n. 308 (ora abrogata e sostituita dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, codice dell’ordinamento militare), con riferimento alla morte o alle menomazioni dell’integrità fisica subite dai militari, a seguito di eventi intervenuti a causa o durante il periodo di servizio; sulla problematica, si rinvia a VIOLA L. *L’immunità nascosta: alla ricerca della responsabilità dell’amministrazione militare* in *Quaderni costituzionali*, 2005, 345.

<sup>39</sup> Così riportando la controversia alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6062 in *Foro amm. CDS* 2006, 10, 2768; si tratta però di soluzione che non convince appieno sotto il profilo ricostruttivo.

alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>40</sup>; del resto, la (almeno concorrente) natura sanzionatorio-indennitaria dell'indennizzo automatico e forfettario, non permette di utilizzare "automaticamente" e con assoluta certezza la previsione dell'art. 133, 1° comma lett. a) n. 1) del codice che riguarda il <<risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo>> e, quindi, l'aspetto propriamente risarcitorio<sup>41</sup> della tutela del silenzio, spesso (come sarà successivamente chiarito) slegato dall'obbligazione indennitaria.

Per quello che riguarda le modalità di tutela, potrà sicuramente trovare applicazione, trattandosi di somme di denaro, la tutela di condanna prevista dall'art. 30, 1° comma del codice, eventualmente unitariamente all'azione di annullamento (art. 29), ove sia intervenuto un provvedimento espresso di diniego di indennizzo; ove il provvedimento di diniego di indennizzo dovesse intervenire nel corso del giudizio in materia di silenzio, non sussistono poi particolari ostacoli ad ammetterne l'impugnabilità con motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 119, 5° comma del codice, che è stato riferito (con una certa "lungimiranza"), non solo al <<provvedimento espresso>> soddisfacente dell'obbligo di provvedere, ma anche ad ogni altro <<atto connesso con l'oggetto della controversia>> (e, quindi, anche al provvedimento reiettivo dell'indennizzo, secondo la prospettiva richiamata in queste pagine).

A questo punto, rimane solo da affrontare una problematica caratterizzata indubbiamente dal carattere sostanziale, ma che presenta indubbi risvolti di carattere processuale; si tratta, in particolare, della problematica relativa alla natura dell'indennizzo automatico e forfettario e alla correlata *querelle* in ordine ai rapporti con l'obbligazione risarcitoria.

A questo proposito, una parte importante della dottrina ha ritenuto di poter concludere per la natura afflittivo-sanzionatoria e non risarcitoria dell'indennizzo automatico e forfettario: <<rimedi del genere non hanno indole ripristinatoria, quanto piuttosto afflittiva e sanzionatoria (ponendosi come una sorta di "penale" da addossare all'amministrazione inadempiente) e, pertanto, non si pongono quale reale alternativa al risarcimento, che sarebbe sempre possibile conseguire ove il comportamento neghittoso del soggetto pubblico producesse un pregiudizio non interamente remunerato mediante la corresponsione dell'importo calcolato su base legislativa<sup>42</sup>>>.

In verità, si tratta però di una problematica che non può essere risolta in *astratto*, ma che deve essere, al contrario, verificata in *concreto* con riferimento alle formulazioni normative dei singoli

---

<sup>40</sup> In questo senso, si veda la più vecchia Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 1993, n. 727 in *Cons. Stato*, 1993, I, 881 e in *Foro amm.* 1993, 1518, sulla base di una di una ricostruzione ampia del concetto di concessione di bene pubblico comprensiva anche delle <<somme di denaro che l'amministrazione trasferisce dal proprio patrimonio a quello dei privati>>.

<sup>41</sup> Discorso sostanzialmente analogo per la previsione "di chiusura" dell'art. 30, 6° comma del codice.

<sup>42</sup> ANGELONE M. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, cit., 70 e la dottrina ivi richiamata. Altri autori (CESARINI L. *I tempi del procedimento ed il silenzio* in CAVALLO B. (a cura di) *il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2001, 54 e CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, I, 375) parlano, in realtà, di una funzione sanzionatoria concorrente con la funzione ripristinatoria, così sostanzialmente riportando la fattispecie alla prospettiva risarcitoria (per l'individuazione delle funzioni della responsabilità civile della p.a., si rinvia al già citato VIOLA L. *I danni punitivi nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo il nuovo codice del processo amministrativo*).

sistemi di indennizzo automatico e forfettario; in questa prospettiva, la formulazione dell'art. 16 della l.r. Toscana 23 luglio 2009 n. 40 appare essere caratterizzata da una clausola finale di chiusura (<<resta impregiudicato il diritto al risarcimento del danno>>) che sembra escludere, ad avviso di chi scrive, il carattere risarcitorio dell'istituto e potrebbe portare a concludere per la piena cumulabilità dell'indennizzo (che sembra assumere una funzione solo sanzionatoria) e del risarcimento del danno; altre formulazioni presenti in disegni di legge non oggetto di recepimento legislativo, erano, al contrario, caratterizzate da clausole di coordinamento (soprattutto, quelle che operavano la salvezza del "risarcimento del maggior danno") che potevano portare a concludere per la natura anche risarcitoria dell'indennizzo e, quindi, per la necessità di scorporarne l'ammontare (che diventava un sostanziale anticipo di risarcimento, caratterizzato dal carattere automatico e forfettario) da quanto dovuto a titolo di risarcimento<sup>43</sup>.

Dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, la problematica ha, indubbiamente, subito una decisiva drammatizzazione; l'inquadramento dell'indennizzo automatico e forfettario in termini puramente indennitario-sanzionatori origina, infatti, qualche dubbio interpretativo in ordine alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma permette di risolvere meglio la problematica della proponibilità dell'azione, che non ricade in alcuna delle previsioni di decadenza previste dal codice e, quindi, può essere proposta nel termine di prescrizione; al contrario, l'inquadramento della fattispecie all'interno della sistemica risarcitoria, importa una più agevole risoluzione delle problematiche della giurisdizione del giudice amministrativo (che è saldamente assicurata dalle previsioni degli artt. 36, 4° e 6° comma e 133, 1° comma lett. a) n. 1), ma rende, in un certo, senso, impossibile prescindere dall'applicazione del termine di 120 giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria (art. 30, 3° e 4° comma del codice), anche con riferimento alle controversie in materia di mancata corresponsione dell'indennizzo (che costituisce, pur sempre, una forma di risarcimento o un sostanziale anticipo di quanto a tale titolo dovuto).

In buona sostanza, non siamo certamente in presenza del migliore dei mondi possibili; in una materia caratterizzata dalla natura "polifunzionale" degli istituti e da forti incertezze ricostruttive, l'oscillazione tra le due diverse ricostruzioni dell'istituto, può, infatti, alternativamente determinare incertezze, su due elementi centrali ed importanti per l'effettività della tutela giurisdizionale, come la giurisdizione (nell'ipotesi in cui si dovesse concludere per la natura non risarcitoria dell'indennizzo automatico e forfettario) o il termine di decadenza (nell'ipotesi in cui si dovesse optare per l'opposta ricostruzione in termini sostanzialmente risarcitori).

Al di là del dovuto rinvio all'interpretazione giurisprudenziale, è pertanto quasi doverosa l'aspettativa di una serie di modificazioni del codice in sede di decreti correttivi *ex art. 44, 4° comma della l. 18 giugno 2009, n. 69* che prevedano una disciplina espressa della problematica dell'indennizzo automatico e forfettario ed un coordinamento con l'intera sistemica di tutela avverso il silenzio della p.a.

---

<sup>43</sup> Del resto, si tratta di una problematica classica dei sistemi indennitari che è stata dibattuta, anche con riferimento ad altre materie e che presenta interessanti punti di contatto con il campo proprio della responsabilità amministrativo-contabile. Per l'approfondimento dei relativi temi, si rinvia a VIOLA L. *L'immunità nascosta: alla ricerca della responsabilità dell'amministrazione militare, cit.*, 352.

**Luigi Viola,**  
*Magistrato del T.A.R. Puglia, Sez. di Lecce*  
*e Professore a contratto di Diritto sportivo nell'Università degli Studi di Udine.*