

***Pubblicato su *D&G - Dir. e Giust.* 2002, f. 7, 58**

Commento a Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 1/2002, depositata il 9/1/2002

di

Giovanni Maria di Lieto

Il c.d. silenzio rifiuto è la situazione che si verifica quando la Pubblica Amministrazione - in presenza di un dovere di provvedere - non abbia adottato alcun provvedimento.

Riguardo all'oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto e ai poteri decisorii assegnati al Giudice, la giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore dell'art. 21 *bis* della L. n. 1034/71 (introdotto dall'art. 2, co. 1, della L. n. 205/00) sembrava evolvere verso orientamenti lontani dal tradizionale richiamo al mero "obbligo della P.A. di provvedere motivando", che si riteneva essere il contenuto esclusivo della pronuncia di illegittimità del silenzio rifiuto.

Il giudizio si andava trasformando da giudizio impugnatorio in giudizio recante contenuto di accertamento.

Il giudizio sulla illegittimità del silenzio rifiuto, esteso all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale, superava la tesi che l'accertamento dell'obbligo di provvedere della P.A. avrebbe avuto carattere preliminare e procedimentale, con esclusione della possibilità per il Giudice di indagare sulla fondatezza o meno della pretesa.

Peraltro, le pronunce giurisprudenziali che maggiormente estendevano l'ambito della cognizione del Giudice si riferivano prevalentemente a giudizi riguardanti un'attività amministrativa vincolata, o modalità vincolate dell'attività amministrativa; invece, con riferimento a profili discrezionali, la scelta dei criteri secondo cui provvedere appariva riservata all'autorità amministrativa, il Giudice non potendo indebitamente sostituirsi all'Amministrazione.

L'art. 21 *bis* della L. n. 1034/71 (introdotto dall'art. 2, co. 1, della L. n. 205/00) disciplina il processo amministrativo nei confronti del silenzio rifiuto, introducendo un rito più celere di quello ordinario.

La norma non chiarisce quale debba essere il contenuto dell'ordine di provvedere, rivolto dal Giudice all'Amministrazione, limitandosi ad attribuire al G. A. il potere di ordinare all'Amministrazione "di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni".

Resta da chiarire: se il ricorrente possa far valere soltanto la posizione giuridica procedimentale (strumentale in rapporto all'azione amministrativa), piuttosto che la posizione giuridica finale, teleologicamente orientata all'ottenimento del provvedimento favorevole dell'Amministrazione; se, nell'ambito della generalità delle controversie sottoposte alla sua cognizione, il Giudice amministrativo possa conoscere anche del merito, pronunciando anche sul rapporto, senza i vincoli del giudizio di legittimità; quali siano i poteri del Giudice nel caso di silenzio su attività vincolata della P. A.

L'Adunanza Plenaria, chiamata a pronunciarsi sulla questione se la cognizione del Giudice amministrativo sia limitata all'accertamento della illegittimità dell'inerzia dell'Amministrazione, ovvero si estenda all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato, ha stabilito, nella sentenza che si commenta, i seguenti principi:

- a) "l'art. 21 *bis* identifica l'oggetto del ricorso nel silenzio (co. 1), senza fare alcun riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente" e, pertanto, "se ne deve dedurre che il legislatore ha inteso circoscrivere il giudizio alla inattività dell'amministrazione";
- b) il giudizio sul silenzio "si collega al dovere delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso nei casi in cui esso consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, come prescrive l'art. 2, co. 2, della legge 241/90";
- c) "la scelta operata dal legislatore si allinea al principio generale che assegna la cura dell'interesse pubblico all'amministrazione e al giudice amministrativo, nelle aree in cui l'amministrazione è titolare di potestà pubbliche, il solo controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà. Questo schema viene superato mediante l'attribuzione al giudice del potere di riformare l'atto o sostituirlo in via diretta e immediata, in sede di accoglimento del ricorso (art. 26, co. II, della legge 1034/71). Tuttavia, proprio perché derogativi del principio

predetto, i casi di ingerenza del giudice nella sfera dell'attività pubblicistica dell'amministrazione sono previsti da esplicite norme autorizzative (art. 6, co. II e art. 7, commi I e IV, della legge 1034/71)".

d) il potere di mero accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere si profila anche con riferimento ai casi di attività vincolata della Pubblica Amministrazione, in quanto il legislatore ha inteso definire "una disciplina unica e differenziata, valida in tutti i casi in cui l'amministrazione si sottragga al dovere di adottare un atto autoritativo esplicito. Sotto questo profilo sono irrilevanti i presupposti di fatto del provvedimento; è determinante che il silenzio riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come un interesse legittimo".

Le conclusioni alle quali perviene il supremo organo di giurisdizione amministrativa, coerenti alle premesse, sono da condividersi.

Il problema che viene qui in rilievo riguarda l'oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto e la delimitazione delle funzioni che il Giudice può svolgere nei confronti della P. A.

Ora, non v'è dubbio che la posizione tipica della quale il privato chiede tutela a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione, quand'anche riferita all'obbligo della stessa di concludere il procedimento, ha consistenza di interesse legittimo.

Il privato è titolare di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo all'osservanza dell'art. 2, L. n. 241/90 (obbligo per la P. A. di concludere il procedimento), disposizione dettata con riguardo diretto e immediato all'attività dell'Amministrazione.

La prospettiva non muta laddove sia configurabile in capo alla P. A. un dovere di provvedere in conformità alle richieste dell'interessato, senza alcun margine di discrezionalità (attività vincolata della P. A.).

Nella diversa ipotesi in cui la pretesa dell'interessato assuma consistenza di diritto soggettivo, e dunque non sia subordinata all'adozione di un provvedimento costitutivo da parte dell'Amministrazione, l'inerzia potrà essere contestata indipendentemente dalla sequenza di formazione del silenzio rifiuto. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, anzi, si ritiene inammissibile

l'impugnativa del silenzio rifiuto, proprio in quanto la posizione soggettiva dedotta in giudizio ha consistenza di diritto soggettivo.

E' importante sottolineare che, nell'ambito del processo amministrativo di cognizione, sono individuabili azioni costitutive, azioni di mero accertamento (o azioni dichiarative) e azioni di condanna.

L'azione costitutiva, nei giudizi promossi a tutela di interessi legittimi, si risolve nell'impugnazione del provvedimento lesivo, richiedendosi al G. A., con il ricorso, l'annullamento del provvedimento.

L'azione di mero accertamento (o azione dichiarativa) rileva, nel processo amministrativo, specificamente con riguardo a vertenze per lesione di diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva. Nei giudizi a tutela di diritti soggettivi, è ammessa anche un'azione di condanna.

La giurisprudenza costantemente esclude la proponibilità di un'azione di accertamento a tutela di interessi legittimi e, più in generale, in tutti i casi in cui sia possibile l'impugnazione di un provvedimento: la contestazione della legittimità di un provvedimento amministrativo può essere svolta solo attraverso un'azione costitutiva (ossia attraverso l'impugnazione dell'atto) e non attraverso un'azione di accertamento.

Pertanto, se si riconosce al giudice investito dell'impugnativa del c.d. silenzio rifiuto il potere di pronunciarsi, oltre che sulla illegittimità della omissione, anche sulla fondatezza della pretesa del ricorrente, si sconfinava nell'ambito dell'azione di accertamento, come si è detto, improponibile a tutela di interessi legittimi.

Coerentemente, secondo l'Adunanza Plenaria, il Giudice non si sostituisce all'Amministrazione, ma accerta genericamente un obbligo di provvedere a carico della P.A. rimasta inerte.

Posto che il ricorso contro il silenzio rifiuto *ex art. 21 bis* cit. instaura un giudizio di accertamento, volto a far dichiarare dal Giudice amministrativo l'esistenza per la P. A. di un obbligo di provvedere, il Giudice dovrà limitarsi a statuire esclusivamente sulla esistenza e sulla violazione dell'obbligo di provvedere, senza poter giudicare sulla fondatezza della domanda.

In un giudizio di tale natura, il G. A., una volta accertata la violazione dell'obbligo di provvedere da parte della P.A., non potrà stabilire il contenuto

concreto del provvedimento, “poiché in tale caso all’amministrazione e al commissario non residuerebbero altri spazi se non per un’attività avente contenuto e funzione di mera esecuzione”.

Tale interpretazione restrittiva dei poteri del Giudice, ex art. 21 *bis* cit., è conforme - secondo chi scrive - alla configurazione della tutela cautelare degli interessi pretensivi, introdotta dall’art. 3 della L. n. 205/2000 che, se da un lato opta per l’atipicità dell’intervento del Giudice della cautela, dall’altro mantiene fermi i confini tra tutela giurisdizionale e attività di amministrazione attiva, in relazione ai provvedimenti negativi e ai comportamenti inerti della P. A.

Invero, nella configurazione fornita dall’art. 3 della L. n. 205/2000, la “misura cautelare” si mantiene strumento con funzione conservativa, restando precluso al Giudice di emanare personalmente il provvedimento ampliativo richiesto, o di ordinare alla P. A. di farlo.

In conclusione, secondo l’Adunanza Plenaria, deve escludersi che attraverso l’art. 21 *bis* legge TAR trovi ingresso nel processo amministrativo un’azione di condanna intentata nei confronti della P.A. al fine di conseguire l’emanazione di un provvedimento.

Giovanni Maria di Lieto