

A proposito dell'intervento sostitutivo del Giudice Amministrativo nei casi di inerzia della Pubblica Amministrazione contraria alle regole.

- A. A proposito dell'entrata in vigore dell'art. 2 comma 5 della legge n. 241/1990, introdotto dal D.L. n. 35/2000, convertito con modificazione dalla Legge n. 80/2005, i giudici amministrativi siciliani vengono coinvolti con la sentenza del TAR Catania n. 1725 del 17 Ottobre 2005 e con la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa (C.G.A.) – suo giudice d'appello – n. 726 del 4 Novembre 2005, nel dibattito, peraltro mai sopito, ma reso più attuale a seguito della cennata produzione legislativa, insorto tra gli studiosi della materia sui poteri del giudice amministrativo in sede del sindacato del silenzio tenuto dall'Amministrazione su istanza dei cittadini. Nella ricostruzione delle ultime vicende normative su tale tematica non può prescindersi dal considerare che una delle più importanti modificazioni in materia di silenzio del quadro normativo delineato originariamente dall'art. 2 L. n. 241/1990 è attribuibile alla L. n. 205/2000, che ha introdotto l'art. 21 bis nel testo della L. 1034/1971, per il quale: "1) i ricorsi avverso il silenzio dell'Amministrazione sono decisi in Camera di Consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Nel caso che il Collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in Camera di Consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori. La decisione è appellabile entro trenta giorni dalla motivazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio d'appello si seguono le stesse regole.
- 2) In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'Amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'Amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un Commissario che provveda in luogo di essa.
- 3) All'atto dell'insediamento il Commissario, preliminarmente alla 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". Successivamente, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 15/2005, il legislatore è di nuovo intervenuto, inserendo nel corpo dell'art.2 della L. n.241/90 il comma 4bis, che così recita: "decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3 il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'art.21 bis della legge 21 Dicembre 1971 n.1034 e successive modificazioni, può essere proposto anche senza necessità di diffida dell'Amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.". E' di nuovo intervenuto a breve termine il legislatore nel modificare in senso più completo la disciplina del silenzio che oggi risulta introdotta dal comma 5 dell'art.2 della L. n.241/90, nel testo dettato dall'art.3 D.L. n.35/2005, convertito con modificazioni nella Legge n. 80/2005: "5 - Salvi i casi di silenzio-assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione, ai sensi dell'art.21 bis della L. 6 dicembre 1971 n.1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'Amministrazione inadempiente e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il Giudice Amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.".
- B. L'evoluzione giurisprudenziale: a seguito della sistemazione della materia operata dal legislatore con l'art.21 bis della legge n. 1034/71, si è posto in giurisprudenza il problema della permanenza della possibilità per il giudice amministrativo di non limitarsi a dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione a provvedere sull'istanza del cittadino, ma anche di accertare, in particolare laddove si tratti di istanze sollecitanti l'esercizio di potestà vincolanti, il reale e concreto fondamento delle medesime. L'Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato con la decisione n. 1 del 9 Gennaio 2002 è intervenuta per ridimensionare il vivace dibattito insorto in materia, affermando che il giudizio disciplinato dall'art.21 bis della citata legge n. 1034/1971, nel testo introdotto dall'art. 2 della L. 21 Luglio 2000.n.2005, è soltanto predisposto per accertare se il silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza del privato violi o meno l'obbligo di provvedere introdotto, in modo esplicito, con la domanda stessa. Pertanto il giudice, anche in tutti quei casi in cui il provvedimento o l'atto abbiano natura vincolata, non può sostituirsi all'Amministrazione in nessuna fase del giudizio, ma è tenuto invece ad accertare unicamente se il silenzio serbato dall'Amministrazione sia illegittimo o meno, imponendo in tal caso alla medesima, in caso di accoglimento del ricorso, di provvedere sull'istanza entro i termini assegnati. Infatti, secondo tale impostazione, il potere sostitutivo in materia d'attività provvedimentale non passa in capo all'organo giudicante, neppure in quei casi in cui l'istanza del privato sia volta a sollecitare l'emanazione di un atto o provvedimento privo di contenuto discrezionale, a natura quindi vincolata, o a basso contenuto di discrezionalità. In sostanza l'art.21 bis della legge richiamata detta una disciplina unitaria e uniforme, valida in tutti i casi in cui l'Amministrazione si sottragga all'obbligo di provvedere.

- C. La sentenza del TAR Sicilia - Catania - 17 Ottobre 2005 n.1725: con questa pronuncia il Giudice siciliano di 1° grado, adito a seguito di un ricorso avanzato dal proprietario di un immobile sul silenzio opposto dall'ente denominato "Ferrovie Circumetnea" (in gestione commissariale) per ottenere l'autorizzazione, prescritta nella fascia di rispetto ferroviaria, per l'esecuzione di opere di ristrutturazione del fabbricato di sua proprietà, ha in primo luogo riconosciuto, a suo modo, le fasi evolutive della giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della L. n.205/2000, in base alla quale al giudice amministrativo, di fronte al silenzio serbato dall'Amministrazione, si riconoscevano due possibilità d'intervento; l'una in relazione all'emanazione di provvedimenti a natura paratamente discrezionale con il consequenziale accertamento dell'obbligo di pronuncia da parte dell'Amministrazione; l'altra in relazione ad atti o provvedimenti a natura vincolata per i quali l'intervento del giudice amministrativo non può solo limitarsi ad un accertamento dell'obbligo a contenuto unicamente dichiarativo, ma deve altresì esplicitarsi fino alla verifica della fondatezza della pretesa oggetto del ricorso. Con l'art.21 bis della L. n. 1034/71 tale duplice possibilità d'intervento era venuta meno per effetto dell'introduzione di una procedura acceleratoria, idonea ad assicurare in tempi brevi ed in forma semplificata la celebrazione del relativo processo sia in primo, che eventualmente in secondo grado, predisponendo, almeno sulla carta, una risposta immediata dell'Ordinamento alla violazione dell'obbligo di provvedere da parte della P.A. in applicazione concreta del precetto contenuto nella richiamata L. n.241/90. La sopravvenuta radicale innovazione normativa contenuta nell'art.3 D.L. n.35/2005, convertito nella l. n.80/2005 ritorna a reintrodurre il principio secondo il quale "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza", riproponendo in tal modo il tema del limite della giurisdizione in materia di silenzio della P.A. Secondo la sentenza del TAR Catania allora non è più pensabile che il procedimento speciale di cui all'art.21 bis L. 1034/71 nel testo introdotto dall'art.2 L. 205/2000 sia predisposto al solo fine di accertare l'esistenza dell'obbligo a provvedere ed il suo inadempimento, ma al contrario, su richiesta espressa di parte ricorrente, il giudice amministrativo sarà tenuto ad effettuare una duplice valutazione sulla effettiva esistenza dell'obbligo a provvedere in capo all'Amministrazione e al suo inadempimento ed inoltre sull'accertamento dell'effettiva fondatezza dell'istanza; momento quest'ultimo concettualmente distinto dal primo, ma processualmente collegato e dipendente dal primo. Peraltro l'accertamento relativo all'effettiva fondatezza dell'istanza produce consequenzialmente effetti diversi, a seconda che si tratti di silenzio-inadempimento, conseguente a inerzia dell'Amministrazione titolare di potestà vincolata, o di silenzio-rifiuto, conseguente alla titolarità di potestà discrezionale. Secondo detta giurisprudenza nella prima ipotesi nulla si oppone a che il giudice valuti la fondatezza sostanziale della domanda. Nella seconda ipotesi invece egli può soltanto dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione a provvedere, ma non ha il potere di valutare la fondatezza sostanziale dell'istanza avanzata dal cittadino, in quanto ciò implica valutazioni circa la convenienza, l'opportunità, l'esplicazione di considerazioni tecniche e di attività organizzative che ineriscono direttamente ad aspetti discrezionali, che costituiscono

indubbiamente aspetti costitutivi della pretesa che si vuole far valere e che dimostrano, data la loro inattualità, o meglio la loro non valutabilità, che l'interesse al ricorso non è al momento maturo. Afferma a tal riguardo la sentenza in commento che se da parte dell'Amministrazione il potere non è stato esercitato, o è stato esercitato in modo incompleto, non si può costituire, sotto il profilo giuridico e di fatto, la condizione in base alla quale il giudice possa essere in grado di valutare la fondatezza della domanda, sia sotto il profilo sostanziale, che procedurale, sicché mancando o difettando tale ultimo requisito, l'unico aspetto tutelabile col rito speciale di cui all'art. 21 bis della L. n. 1034/71 rimane quello dell'affermazione dell'obbligo a provvedere, dando corso al relativo procedimento. Ciò in ossequio al vetusto principio della "riserva di amministrazione" che non consente, quasi verità dogmatica, al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione inadempiente. Lo impedirebbe la natura stessa del giudizio sul silenzio -- come afferma la sentenza in commento - che non rientra nel novero della cognizione di merito. Lo impedirebbe altresì la persistenza di un'altra verità dogmatica per la quale in larghissima misura le sentenze del giudice amministrativo non possono che essere d'annullamento. Ciò implicherebbe un necessario e completo "excursus nell'ordinamento di altri Stati europei, ad esempio di quello tedesco, ed anche sotto certi aspetti di quello francese, per verificare l'inadeguatezza del sistema italiano, proclive a limitare la pienezza ed effettività della giurisdizione amministrativa (oggi soprattutto che va dilatandosi il campo della giurisdizione esclusiva) in ossequio al principio, ormai obsoleto della riserva di amministrazione e di quello non pertinente della separazione dei poteri. Sotto tale impostazione deriva che indubbiamente sono interdette al giudice amministrativo valutazioni circa la ricorrenza in una determinata fattispecie dell'interesse pubblico e circa l'opportunità e la convenienza relativamente all'assunzione di un atto, sicché sotto tali profili non può ammettersi alcuna eventuale delibazione dell'istanza che tali valutazioni presuppongono ai fini della loro fondatezza.

Specifica peraltro la sentenza in commento che il ricorso al rito speciale di cui all'art.21 bis L. n. 1034/71 sulla fondatezza della domanda, e non soltanto limitata all'obbligo per la P.A. a provvedere, sia possibile solo nell'ipotesi in cui si tratti di attività vincolata, e non quando per tale valutazione sia necessario svolgere attività procedimentale volta all'acquisizione di elementi istruttori di varia specie. Infatti il ricorrente, in tale ipotesi, non potrà pretendere che il giudice si pronunci sulla fondatezza della domanda, essendo essa, ontologicamente, condizionata all'esistenza di atti e provvedimenti, frutto di un procedimento non ancora iniziato o in corso di espletamento. Sotto tale profilo non avrebbe neppure rilievo la possibilità dell'espletamento da parte del giudice d'indagini tecniche oggi consentite dalla legge nel processo amministrativo, in quanto l'introduzione della consulenza tecnica non ha altro scopo che quello "di ripercorrere le valutazioni tecniche effettuate dall'Amministrazione ed acquisire nuove e maggiori conoscenze degli elementi di fatto, ma non può essere utilizzato per integrare quegli elementi dell'azione la cui assenza ne impedisce l'esercizio". Infine la sentenza conclude col porre in rilievo un aspetto fino a quel punto trascurato, sebbene di capitale importanza, e cioè che con il nuovo testo dell'art.3 della L. n. 241/90 è stato consentito al giudice amministrativo, contrariamente a quanto avveniva in precedenza, il sindacato anche sul silenzio mantenuto dall'Amministrazione su istanze impicanti posizioni di diritto soggettivo. A questo punto non può sottacersi la posizione assunta dal Consiglio di Stato (v. Sez. VI decisione n.4632/2004) per il quale il rito speciale di cui all'art.21 bis L. n. 1034/71, introdotto dall'art.2 L. n.205/2000 non può considerarsi compatibile con quelle controversie che abbiano per oggetto una situazione d'inerzia, com'è dato riscontrare in tutti quei casi in cui si tratti di giudizi relativi all'accertamento di pretese patrimoniali configuranti per loro natura diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del G.A. In tali casi non può che farsi riferimento alle sentenze di condanna o a provvedimenti ingiuntivi nei confronti dell'Amministrazione inadempiente che il giudice amministrativo può pronunciare nelle materie di giurisdizione esclusiva.

- D. Con la decisione n.726 del 4 Novembre 2005 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana si pronuncia a proposito del comportamento di un commissario ad acta, nominato dal TAR in luogo dell'Amministrazione rimasta inerte e silenziosa, il quale aveva ritenuto assolto il proprio compito, solo con l'adozione del provvedimento di risposta

all'istanza del cittadino, il quale invece riteneva dovuto, anche la pronuncia di provvedimenti concretamente soddisfattivi della pretesa azionata. Il giudice d'appello ha osservato che l'art.2 L. n.205/2000 prevedeva un rito abbreviato che si caratterizzava peculiarmente in una pronuncia succintamente motivata intimante all'Amministrazione rimasta silenziosa di provvedere. In sostanza il giudice era chiamato ad accertare se fosse legittimo il silenzio o l'inerzia mantenuti e, qualora non lo fosse, intimare alla stessa di provvedere sull'istanza. Oggetto dunque del giudizio era la legittimità o meno del silenzio serbato dall'Amministrazione, senza che si disponesse in ordine alla pretesa sostanziale sollevata dal privato.

Alla luce della nuova normativa sul silenzio dell'Amministrazione, l'orientamento del C.G.A. è nel senso di non poter più condividere il principio più sopra riferito, suffragato dalla natura camerale del rito e pertanto precludente la "piena cognitio" sulla fattispecie. Per ottenere la tutela giurisdizionale, è devoluto al potere del legislatore scegliere se ricorrere ad un processo a cognizione piena che si concluda con una declaratoria avente le caratteristiche e la valenza di un giudicato formale e sostanziale, ovvero se adottare un tipo di processo sommario o semplificato in cui l'accertamento privo del significato di giudicato in senso formale e sostanziale può essere oggetto di diverse o nuove valutazioni in un successivo processo a cognizione piena, o anche per mezzo di un procedimento camerale di giurisdizione volontaria semplificato nel rito e atipicizzato nell'assunzione del provvedimento finale. Ma l'art.2 della L. n.241/90 conteneva già all'epoca della sua introduzione una importante innovazione disponendo che il procedimento doveva essere comunque concluso, e quindi affermava l'obbligo della P.A. a provvedere.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 1/2000, emessa nella vigenza del precedente testo dell'art.21 bis L. n. 1034/71 e della L. n.241/90, aveva affermato che la limitazione imposta al giudice amministrativo di pronunciarsi, su istanza di parte, soltanto per accertare la legittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione era dovuto all'art.21 bis predetto, senza prendere in considerazione la pretesa sostanziale dedotta che non poteva costituire oggetto di giudizio. Ed entro tale limite il Commissario ad acta, nominato a seguito della perdurante inerzia dell'Amministrazione, aveva il potere, dietro l'accertamento dell'obbligo a provvedere, di pronunciarsi sull'istanza del privato in luogo dell'Amministrazione.

Con l'entrata in vigore della L. n. 15/2005, ed in particolare del D.L. n.35/2005, convertito con la L. n.80/2005 l'interesse del ricorrente, nel caso di silenzio della P.A. è costituito da una posizione soggettiva d'interesse sostanziale, garantita dall'art.24 Cost, che non può più ritenersi soddisfatta da un mero accertamento formale sulla legittimità del silenzio. Infatti l'inerzia contro cui viene proposto il ricorso non è più la causa legittimante l'azione, ma è invece la tutela in senso sostanziale della posizione giuridica soggettiva d'interesse legittimo o di diritto soggettivo di fronte all'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione e alla conseguente lesione dell'interesse del ricorrente. Pertanto la richiamata normativa, costituente il nuovo testo dell'art. 2 L. n.241/90 realizza in tal modo una tutela piena della posizione soggettiva dei privati istanti, in quanto consente al giudice amministrativo di poter conoscere la fondatezza dell'istanza, nel senso che egli potrà provvedere in ordine all'oggetto del giudizio, che non potrà limitarsi a sindacare della legittimità o meno del silenzio, ma si dilaterà anche a giudicare della fondatezza sostanziale della domanda, a prescindere dalla natura del silenzio, sia che si tratti di silenzio-inadempimento o di silenzio-rifiuto. L'aspetto dunque radicalmente innovativo che scaturisce da tale pronuncia è costituito dal fatto che, prescindendo dall'attività vincolata o discrezionale di cui l'Amministrazione è titolare nella fattispecie concreta, viene introdotta, secondo l'orientamento del C.G.A., una vera e propria ulteriore ipotesi di giurisdizione di merito del G.A., in quanto prevede per quest'ultimo l'obbligo di sostituirsi all'Amministrazione inadempiente dietro istanza di parte.

Al di là di quello che possono essere le posizioni dottrinarie su tale specifico argomento, non possiamo esimerci dal considerare che, nell'ipotesi di silenzio o inerzia della P.A., l'intervento sostitutivo del giudice trova indubbio fondamento nel comportamento inerte e silenzioso dell'Amministrazione, e quindi manifestamente illegale, a fronte del quale l'esigenza sempre più pressante di effettività della tutela giustifica, anzi legittima l'esercizio

del potere sostitutivo con decisioni coinvolgenti il merito da parte del giudice, così come avviene sempre più spesso nelle decisioni cautelari o in quelle attinenti all'esecuzione del giudicato.

Prof. Avv. Erulo Erolì