



ERRATA CORRIGE-MANUALE + QUIZ PROVA PRESELETTIVA E SCRITTA PER IL CONCORSO
89 FUNZIONARI AMMINISTRATIVI ASPAL- ISBN: 978-88-3358-069-2

DI SEGUITO IL CONTENUTO DEL PARAGRAFO 10. IL RITO AVVERSO IL SILENZIO DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DI PAG. 304

I PROFILI PROCESSUALI: L'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO.

A) Disciplina normativa

Occorre, poi, verificare se, sussistente l'obbligo dell'amministrazione di rispondere, lo stesso si formi per il solo fatto del **decorso del termine** previsto dall'art. 2, l. n. 241/90, o se debba invece il privato, decorso detto termine, ulteriormente diffidare l'amministrazione. Sul punto, l'art. 2, l. n. 241/90, prevede che, scaduti i termini procedurali, l'istante è legittimato a **proporre immediatamente ricorso** (art. 117 c.p.a.) contro il silenzio amministrativo, destinato quindi a **formarsi automaticamente, senza dover preventivamente ricorrere alla diffida o ad altri adempimenti procedurali**: il ricorso giurisdizionale è rituale e procedibile anche se non è stata preventivamente notificata diffida a provvedere. Il rito avverso il silenzio è oggi disciplinato dagli artt. 31 e 117 C.p.a., (d.lgs. 2 n. 104/2010), nei quali è quindi confluita, per vero con modificazioni, la disciplina prima dettata dal co. 8 dell'art. 2, l. n. 241/90 e dall'art. 21 *bis*, l. n. 1034 del 1971. Il Codice all'art. 7, nell'individuare l'ambito della giurisdizione amministrativa, annovera, tra le altre, le controversie concernenti *"il mancato esercizio del potere amministrativo"*, attratte nella **giurisdizione di legittimità**.

B) Termine di esercizio dell'impugnativa

Relativamente al **termine concesso per l'impugnazione del silenzio**, il c.p.a., all'art. 31, co. 2, ribadisce la scelta operata dalla l. n. 80 del 2005 (si v. art. 2, co. 8, l. n. 241/90). Il privato, dunque, non ha l'onere di ricorrere all'autorità giudiziaria nell'ordinario termine di sessanta giorni decorrenti dalla conclusione del procedimento amministrativo, ma può proporre ricorso nel più lungo termine di **un anno**. La possibilità per il cittadino di esperire l'azione **sino a che dura il silenzio (e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento)** svela la prospettiva seguita nel codice che è quella per cui la decorrenza dei termini per provvedere **non comporta una vicenda di decadenza dall'esercizio del potere**, con la conseguenza che il **provvedimento può essere adottato anche tardivamente**. Il perdurare dell'inerzia amministrativa determina una **permanente situazione di inadempimento** che produce ininterrottamente effetti giuridici. In ordine al momento di proposizione dell'azione, la giurisprudenza ha escluso la natura decadenziale del **termine annuale previsto**, qualificandolo alla stregua di **prescrizione breve** del diritto d'azione, essendo prevista, alla sua **scadenza**, la reiterabilità dell'istanza di avvio del procedimento e la possibilità di presentare il ricorso. Con il ricorso avverso il silenzio, la pretesa dedotta è quella sottesa all'interesse (legittimo) a ottenere o conservare il bene sostanziale cui il soggetto aspira o che vuole conservare.

C) Il rito del silenzio

La l. n. 205 del 2000, ha disciplinato, con un **rito speciale ed abbreviato**, il giudizio avverso il silenzio della P.A. (ora confluito nell'art. 117 c.p.a.), stabilendo che i relativi ricorsi sono decisi **in camera di consiglio**, con **sentenza succintamente motivata**, entro **30 giorni** dalla scadenza del termine di deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, **presupposto** per l'esperibilità dello speciale rito sul silenzio è, in primo luogo, che l'istanza si riferisca a **materia spettante alla giurisdizione del G.A.** Va ulteriormente precisato che il rito abbreviato introdotto riguarda esclusivamente il **silenzio-rifiuto in senso tecnico**, ossia il comportamento omissivo che matura a fronte di

© COPYRIGHT NELDIRITTO EDITORE srl, Molfetta. La traduzione, l'adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.



un'istanza diretta a far valere una posizione di **interesse legittimo** e **non anche** l'inerzia della P.A. a fronte di un'istanza diretta a far valere un **diritto soggettivo** (rientrante nella giurisdizione esclusiva del G.A.). Inoltre, l'esperibilità del rito speciale del silenzio è **esclusa** dalla giurisprudenza pressoché dominante:

- nell'ipotesi in cui l'inerzia della P.A. si riferisca ad un **atto non avente natura e caratteri di provvedimento amministrativo**: è il caso degli atti unilaterali aventi natura negoziale che la P.A. adotta in veste di datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti;
- laddove **manchi uno specifico e individuato destinatario** dell'azione amministrativa. È il caso degli atti normativi, che per la loro generalità e astrattezza vedono quali loro destinatari la collettività;
- nella **materia contrattuale**, nelle ipotesi di presunto inadempimento dell'amministrazione.

D) Poteri del giudice nel giudizio avverso il silenzio

In relazione al giudizio avverso il silenzio, ora disciplinato dall'art. 117 c.p.a., il co. 8 dell'art. 2, l. n. 241/90, prevedeva che *"il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza"*. La locuzione *"può conoscere della fondatezza dell'istanza"* (modificata in *"fondatezza della pretesa"* dall'art. 31, co. 3, C.p.a.) ha destato notevoli dubbi interpretativi. È necessario verificare se l'uso dell'espressione *"può"* indica una **mera facoltà** del giudice del silenzio o un **potere-dovere** che presuppone, comunque, la domanda di parte:

Un'interpretazione letterale indurrebbe a ritenere che la nuova norma attribuisca al G.A. la **facoltà di scegliere**, caso per caso, se emettere una **sentenza meramente dichiarativa dell'obbligo di provvedere**. Per altra tesi, il *"può"* deve essere interpretato nel senso di **potere-dovere**: il giudice, laddove ricorrano i presupposti per il sindacato sulla fondatezza, è **tenuto a pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa**, pena la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ex art. 112 c.p.c.

La giurisprudenza maggioritaria non ritiene che si tratti di un potere-dovere, ma di una **facoltà**. Il giudice può, quindi, valutare discrezionalmente se conoscere o meno della fondatezza della pretesa, anche in presenza di una domanda di parte. Molteplici sono i **criteri** individuati dalla giurisprudenza per la **formulazione del giudizio di fondatezza della pretesa**:

- **natura del potere esercitato**: si ritiene debba trattarsi di **attività vincolata**;
- **complessità della controversia**;
- **maturità della controversia sotto il profilo documentale ed istruttorio**.

Si è così sostenuto che l'accertamento sulla fondatezza è consentito nei casi di **manifesta fondatezza o infondatezza**. Dovendo il potere del giudice di conoscere della fondatezza della pretesa raccordarsi con il principio dispositivo, con quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ex art. 112 c.p.c. e con il principio del contraddittorio, la prevalente giurisprudenza tende ad **escludere** che lo scrutinio sulla fondatezza della pretesa possa essere esercitato dal giudice **d'ufficio**, ossia quando la parte ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda alla sola dichiarazione dell'obbligo di provvedere. Prima dell'intervento del legislatore del 2005, con *decisione n. 10 del 10 marzo 1978*, l'Adunanza Plenaria, superando il tradizionale orientamento negativo, ha ammesso per la prima volta, la possibilità per il G.A. di andare oltre il mero accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto, pronunciandosi anche sulla fondatezza dell'istanza presentata dal ricorrente, sebbene **limitatamente agli atti vincolati**. Si è inteso così contemperare l'esigenza di **effettività della tutela giurisdizionale** con il **principio di separazione dei poteri**. A seguito dell'introduzione dello speciale rito sul silenzio l'Adunanza Plenaria, *9 gennaio 2002, n. 1*, ha concluso in senso opposto, affermando che l'ambito di cognizione del giudice adito con il rito del silenzio è **limitato all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione**.

Con la riscrittura dell'art. 2, l. n. 241/90 ad opera del d.l. n. 35 del 2005, si è poi verificato un superamento dell'indirizzo giurisprudenziale recepito dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2002. Tuttavia, ci si è chiesti se il potere così riconosciuto in via legislativa al giudice debba essere limitato ai soli casi in cui sia impugnato il silenzio serbato dall'amministrazione su istanze volte ad ottenere **atti vincolati**, o se invece possa estendersi anche alle ipotesi in cui l'attività omessa dalla P.A. abbia **contenuto discrezionale**. In tale contesto si colloca l'intervento del **c.p.a.**: l'art. 31, co. 3, provvede alla delimitazione dei poteri cognitori del giudice adito con il rito ex art. 117, accordandogli definitivamente il **potere di conoscere della fondatezza della pretesa** quando si tratta di: **attività vincolata**; quando risulta che **non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità**; quando **non sono necessari adempimenti istruttori**.

Il Codice del processo **esclude** la qualificabilità del giudizio sul silenzio in termini di giurisdizione estesa al merito. Inoltre, il formarsi del silenzio-inadempimento non comporta la **consumazione** del potere di provvedere, per cui la P.A. conserva il potere di adottare il provvedimento espresso anche dopo la scadenza del termine per la conclusione del procedimento. Ciò premesso, giova **distinguere** a seconda che il contenuto del **provvedimento** sopravvenuto **sia favorevole** (in tal caso, va dichiarata cessata la materia del contendere sempre che il privato abbia conseguito effettivamente il bene della vita cui in concreto aspira) dal quello in cui **sia sfavorevole** (in tal caso il privato avrà interesse ad impugnare il provvedimento sopravvenuto di reiezione).



Quanto al **rimedio processuale** da azionare nei confronti del provvedimento intervenuto nelle more del processo, il Codice del processo, al co. 5 dell'art. 117, prevede una **conversione obbligatoria del rito camerale in rito ordinario** nell'ipotesi in cui, nel corso del giudizio avverso il silenzio, sopravvenga il provvedimento espresso o un atto connesso con l'oggetto della controversia. L'atto può essere, infatti, impugnato anche **con motivi aggiunti**, con il rito previsto per il provvedimento espresso.

RICORSO AVVERSO IL SILENZIO E TUTELA DEI TERZI.

La previsione del potere del G.A. di valutare la fondatezza della pretesa del privato e di determinare il contenuto del provvedimento, ha posto in modo particolarmente intenso la questione della tutela del terzo che rischia di vedere compromessa la sua posizione per effetto dell'accoglimento del ricorso contro il silenzio e del conseguente ordine rivolto dal giudice all'amministrazione di adottare l'atto favorevole al ricorrente. Prima dell'adozione del c.p.a. ci si chiedeva se si trattasse di **terzo controinteressato**. Tecnicamente, nel processo amministrativo, ricorre la figura del terzo controinteressato in presenza di **due condizioni**:

- una *sostanziale*: deve in primo luogo trattarsi di un terzo che ha ottenuto, per effetto dell'atto amministrativo che altri impugna, un **vantaggio**;
- l'altra *formale*: è necessario, affinché il terzo possa dirsi controinteressato, che la sua esistenza sia **facilmente desumibile dall'atto**.

La giurisprudenza era per lo più orientata nel senso di **non riconoscere** la presenza di controinteressati nelle **ipotesi di silenzio-inadempimento**, certo non produttivo di vantaggi. Non spettando al terzo la notifica del ricorso introduttivo del giudizio avverso il silenzio era consentito individuare **tre tradizionali forme di tutela**: *intervento ad opponendum* nel giudizio avverso il silenzio; *impugnazione del provvedimento* adottato dalla P.A. a seguito dell'ordine impartito dal giudice del silenzio; *opposizione di terzo* avverso la sentenza che definisce il giudizio sul silenzio, inidoneo a costituire cosa giudicata nei confronti del terzo (art. 2909 c.c.). Si è, più di recente, ritenuto che più penetrante forma di tutela processuale del terzo potesse essere quella, consentita per effetto del trapianto nel processo amministrativo dell'istituto regolato dall'art. 107 c.p.c., della **chiamata in causa del terzo ad opera del giudice**. Anche sulla questione della tutela del terzo controinteressato nel giudizio avverso il silenzio-inadempimento della P.A., interviene ora il **Codice del processo** che avalla l'orientamento teso a ravvisare la presenza di un **terzo controinteressato**. Difatti, il co. 1 dell'art. 117 prevede che il ricorso avverso il silenzio debba essere proposto con atto notificato all'amministrazione e **ad almeno un controinteressato**, a pena di inammissibilità.

LA FASE DI ESECUZIONE NEL RITO AVVERSO IL SILENZIO.

Il rito sul silenzio è articolato dall'art. 117 c.p.a. in due fasi: quella di cognizione e quella di esecuzione. Come anticipato, la **fase di cognizione** si svolge secondo un rito abbreviato, a cognizione sommaria, con termini brevi e si definisce con sentenza succintamente motivata, con la quale il giudice ordina all'amministrazione di provvedere. All'accoglimento del ricorso consegue l'**obbligo della P.A. di provvedere sull'istanza del ricorrente**, di norma entro un termine non superiore a trenta giorni (art. 117, co. 2, c.p.a.). Pertanto, nel rito del silenzio la **fase dell'esecuzione è eventuale**. Attualmente, della fase di esecuzione del rito del silenzio si occupano il terzo e il quarto comma dell'art. 117 c.p.a. che prevedono la possibilità della nomina del **commissario ad acta** con la sentenza con cui si definisce il giudizio, sempre che nel ricorso sia contenuta apposita istanza, lasciando, in ogni caso, l'alternativa della nomina successiva. Si ritiene, inoltre, che permanga la possibilità di adempimento da parte della P.A. fino all'effettivo insediamento del commissario, nonostante la nomina dello stesso.

La giurisprudenza ha da tempo chiarito la **natura della fase di esecuzione** della sentenza emessa a definizione del giudizio contro il silenzio, precisando anche il **ruolo del commissario ad acta**. Invero, si tratterebbe di un giudizio di **ottemperanza speciale o anomalo**, che prescinde dal giudicato e da un ricorso *ad hoc*. I profili di specialità dell'esecuzione della sentenza sul silenzio si colgono, in particolare, in ragione della circostanza che il commissario può **sostituire pienamente la P.A.** inerte. Si deve allora ritenere che nel rito del silenzio più che un

© COPYRIGHT NELDIRITTO EDITORE srl, Molfetta. La traduzione, l'adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.



giudizio di ottemperanza classico si ha, da parte del giudice, l'esercizio, nei confronti dell'amministrazione, di un **controllo sostitutivo**. Ne consegue che gli atti del commissario sono veri e propri **atti amministrativi** impugnabili con gli **ordinari rimedi impugnatori**. Nel dettaglio, il provvedimento emesso dal commissario *ad acta* è impugnabile secondo i principi generali, con un ulteriore **ricorso di legittimità** e non nella sede del giudizio di ottemperanza. Il commissario *ad acta* nominato per l'esecuzione della decisione di accoglimento sul ricorso proposto in seguito al silenzio rifiuto dell'Amministrazione è, dunque, figura distinta dal commissario nominato in sede di ottemperanza che, al contrario, è organo del giudice dell'ottemperanza