

■ CAPITOLO IV

IL SILENZIO AMMINISTRATIVO

SEZIONE I

IL SILENZIO-INADEMPIMENTO

- **SOMMARIO:** 1. Il silenzio amministrativo: profili generali. - 2. I termini di definizione del procedimento. - 2.1. Gli effetti del decorso del termine. - 2.2. I poteri sostitutivi della p.a. inerte. - 2.3. Il danno da ritardo nella conclusione del procedimento: rinvio. - 3. I presupposti sostanziali del silenzio-inadempimento: l'obbligo di provvedere. - 4. Il rilievo penale del silenzio. - 5. I profili processuali: l'azione avverso il silenzio. - 5.1. Oggetto del sindacato giurisdizionale nel giudizio avverso il silenzio e poteri del giudice. - 5.2. Effetti del provvedimento espresso sopravvenuto sul giudizio avverso il silenzio. - 5.3. Ricorso avverso il silenzio e tutela dei terzi. - 5.4. La fase di esecuzione: l'ottemperanza anomala e il ruolo del commissario *ad acta*.

■■■■ “FOCUS” GIURISPRUDENZIALE:

I. *L'obbligo di provvedere: le recenti puntualizzazioni della giurisprudenza* (Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318; Cons. St., Sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1358; Cons. St., Sez. III, 8 settembre 2016, n. 3827).

II. *Il termine per impugnare il silenzio inadempimento* (Cons. St., Sez. III, 3 marzo 2015, n. 1050; Cons. St., Sez. III, 14 luglio 2015, n. 3523).

III. *Ricorso avverso il silenzio e diritto soggettivo* (Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1754; Tar. Umbria, Perugia, 8 luglio 2013, n. 374).

1. Il silenzio amministrativo: profili generali.

La tutela approntata dall'ordinamento a fronte del comportamento inerte dell'amministrazione può essere di tipo:

- **successivo**, quando al privato è consentito reagire per ovviare agli effetti negativi prodotti dall'inerzia tenuta dall'amministrazione, rivolgendosi all'autorità giudiziaria (in questo contesto si colloca l'istituto del **silenzio-inadempimento**);
- **preventivo**, quando il legislatore interviene a prevenire lo stesso prodursi di possibili effetti pregiudizievoli connessi all'inerzia: è quanto si verifica nei casi in cui si riconosce al silenzio dell'amministrazione un significato legale tipico, di accoglimento o di rigetto dell'istanza presentata dal privato (c.d. **silenzio-assenso** e **silenzio-rigetto**).

A) L'evoluzione normativa in tema di silenzio.

Prima di passare alla disamina delle singole figure di silenzio, giova dare atto più in generale del crescente rilievo assunto negli ultimi due decenni dalla **tempistica procedimentale** e dal rispetto della stessa ad opera dell'amministrazione, ad opera di interventi legislativi orientati ad offrire concreta attuazione ai **principi costituzionali** di efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 **Cost.**, oltre che ai principi sovranazionali, che riconoscono al singolo il diritto a veder trattate le questioni

amministrative che lo riguardano, oltre che con imparzialità ed equità, anche «**entro un termine ragionevole**» (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). In tale cornice, il "fattore-tempo" assume oramai la consistenza di «*valore ordinamentale fondamentale*» e di «*componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese per i quali l'incertezza e la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost.*» (così **Cons. St., parere 15 aprile 2016, n. 929**).

Molteplici le tappe normative attraverso le quali si è articolata la detta evoluzione.

Con l'art. 2, l. n. 241/90, è stata infatti introdotta una disposizione avente portata generale volta a canonizzare il **principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo** e della certezza dei tempi dell'azione pubblica.

Sempre nel 1990, con l. n. 86, di riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione, è stato riscritto l'art. 328 c.p. che, al comma 2, incrimina la condotta dell'agente pubblico il quale, entro 30 giorni dall'istanza di chi vi abbia interesse, non adotta l'atto del suo ufficio e non espone le ragioni del ritardo.

È emersa quindi nel corso degli anni una maggiore attenzione legislativa alla **tempistica procedimentale** e al suo rispetto da parte della Pubblica amministrazione. Ciò ha portato, per i **casi in cui il silenzio dell'amministrazione continua a non avere valore provvedimentale**, il legislatore del 2005 a riformulare l'art. 2, l. n. 241/90, introducendo dirimenti novità:

- è stata eliminata la necessità della previa diffida ai fini della formazione del silenzio-inadempimento;
- la proposizione del ricorso avverso il silenzio non è più soggetta al termine decadenziale di sessanta giorni (ma può avvenire finché duri l'inerzia, purché non oltre l'anno dallo spirare del termine per la conclusione del procedimento);
- è divenuto più penetrante il sindacato giurisdizionale del G.A. in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

Con la l. n. 69 del 2009 sono stati ridefiniti i **termini per provvedere**, anche limitando le possibilità per le P.A. di sospenderne o interromperne la durata ed è stata riconosciuta esplicitamente la risarcibilità del c.d. **danno da ritardo** contenuto nell'art. 2 *bis*, l. n. 241/90.

Sulla disciplina del silenzio è intervenuto, altresì, il d.lgs. n. 104 del 2010, con cui è stato varato il **codice del processo amministrativo** che reca la disciplina del **rito avverso il silenzio** (agli artt. 31, co. 1, 2 e 3, e 117) e dell'azione per il **risarcimento**.

B) Le differenti tipologie di silenzio e l'atto amministrativo implicito.

Occorre distinguere tra le **differenti tipologie di silenzio** dell'amministrazione.

Invero, il silenzio amministrativo può assumere valenza:

- **asignificativa**. Si fa riferimento, in termini generali, alla mera inerzia dell'amministrazione (cd. **silenzio-inadempimento o silenzio-rifiuto**). Allorquando l'ordinamento non prevedeva un obbligo generale di concludere il procedimento amministrativo, la giurisprudenza, per offrire ai privati la possibilità di reagire in via giudiziale all'inerzia della P.A., ha interpretato il silenzio alla stregua di un **provvedimento amministrativo tacito di rifiuto**, impugnabile presso il giudice amministrativo (cfr. in tal senso la storica sentenza **Cons. St., Sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429**). Una tale **concezione attizia** del silenzio, fondata sulla trasposizione degli schemi privatistici nel diritto pubblico, è stata tuttavia ben presto abbandonata dalla giurisprudenza (si v. **Cons. St., Ad Pl. 3**

maggio 1960, n. 8), in accoglimento dei rilievi dottrinali secondo cui, in assenza di espressa disposizione normativa, l'inerzia costituisce un mero fatto, insuscettibile di assumere valenza provvedimentoale: il che ha spinto l'opinione maggioritaria ad utilizzare la denominazione di **"silenzio-inadempimento"** piuttosto che di **"silenzio rifiuto"**, in precedenza ampiamente diffusa. Detta tesi appare del resto confermata dallo stesso legislatore, che nel tipizzare un'azione "avverso il silenzio", ha confermato la sostanziale **inespressività del medesimo**, salva diversa disposizione di legge;

- **significativa**. Talvolta, il legislatore tipizza talune ipotesi in cui al silenzio è attribuito un valore legale tipico: il **silenzio-rigetto**, equiparato al provvedimento negativo; il **silenzio-assenso**, equiparato al provvedimento favorevole; il **silenzio-devolutivo** (o procedimentale), che ricorre quando nel corso di un procedimento una p.a. non provvede su una richiesta di parere o di perizia inoltrata dall'amministrazione precedente, potendo quest'ultima prescindere dall'atto istruttorio.

Infine, va rimarcata la differenza concettuale e di disciplina intercorrente tra silenzio e **atto amministrativo implicito**.

Salvi i casi in cui la legge prescriva una determinata forma (scritta, orale, o altra) di esternazione dell'atto, vige nel diritto amministrativo il **principio di libertà delle forme** (SANDULLI, GIANNINI); di conseguenza, l'atto amministrativo può essere esternato anche in **forma orale, tacita o implicita**.

La volontà della P.A. può quindi ricavarsi da un **precedente provvedimento**, che ne costituisce presupposto, ovvero da un **comportamento o fatto concludente**, purché di chiara interpretazione.

I **requisiti** per l'individuazione dell'**atto implicito** possono così riassumersi:

1) in primo luogo, deve esistere, **a monte**, una **manifestazione espressa di volontà** della P.A.: comportamento concludente o altro atto amministrativo;

2) tale atto o comportamento deve provenire da un **organo amministrativo competente** ad emanarlo, che agisca nell'esercizio delle sue attribuzioni;

3) per l'atto implicito la legge **non deve richiedere una forma determinata a pena di nullità**, dovendosi, comunque, rispettare le forme procedurali previste per l'emanazione dell'atto;

4) dalla manifestazione di volontà a monte (di natura attizia o comportamentale) deve desumersi in **modo inequivoco** la volontà dell'amministrazione anche con riferimento al provvedimento implicito a valle; deve, quindi, sussistere un collegamento esclusivo e bilaterale tra l'atto implicito e l'atto presupponente, il primo dovendo costituire **l'unica conseguenza possibile dell'atto a monte espresso**.

L'atto implicito è, dunque, un **atto consequenziale in senso stretto**, che, seguendo ad un provvedimento di per sé compiuto ed autonomo, lo presuppone e ne costituisce il consequenziale svolgimento, necessario per dargli esecuzione.

Sul punto, **Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5887** ha evidenziato che *"la sussistenza del provvedimento implicito è riconosciuta quando l'Amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumerne in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentoale nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica"*