

REGIONE SICILIANA
Presidenza - Ufficio legislativo e legale

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE
Palermo 23/24 settembre 2004

Giurisprudenza non costituzionale
di interesse regionale

Redatto a cura di:
Simone Montalto

Consiglio di Stato
Decisione IV Sezione, 22 giugno 2004, n. 4455
(Silenzio della pubblica amministrazione)

Il giudizio disciplinato dall'art. 21 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205, è diretto ad accertare se il silenzio serbato da una Pubblica amministrazione sull'istanza del privato violi l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa; pertanto, il giudice, pur se il provvedimento de quo abbia natura vincolata, non può sostituirsi all'Amministrazione in alcuna fase del giudizio, ma può e deve accertare esclusivamente se il silenzio sia legittimo o no, imponendo all'Amministrazione, nel caso di accoglimento del ricorso, di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato.

L'obbligo della Pubblica amministrazione di concludere con un provvedimento espresso il procedimento amministrativo, imposto dall'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, viene meno in presenza di reiterate richieste aventi il medesimo contenuto, qualora sia stata già adottata una formale risoluzione amministrativa inoppugnata e non siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto, ovvero in presenza di domande manifestamente assurde o totalmente infondate, ovvero in presenza di domande illegali, non potendosi dare corso alla tutela di interessi illegittimi.

Questa decisione costituisce lo sviluppo ed il completamento della decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 1 del 9 gennaio 2002, la cui massima è la seguente: *Il giudizio disciplinato dall'art. 21 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205, è diretto ad accertare se il silenzio serbato da una Pubblica amministrazione sull'istanza del privato violi l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa; pertanto, il giudice, pur se il provvedimento de quo abbia natura vincolata, non può sostituirsi all'Amministrazione in alcuna fase del giudizio, ma può e deve accertare esclusivamente se il silenzio sia legittimo o no, imponendo all'Amministrazione, nel caso di accoglimento del ricorso, di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato.*

Va al riguardo ricordato che, oltre i casi in cui la legge attribuisce espressamente un significato tipico al silenzio o all'inerzia della pubblica amministrazione nei riguardi di una istanza del privato, l'omissione della pubblica amministrazione configura la fattispecie del "**silenzio-inadempimento**".

Esso si configura quando la P.A. *pur essendo obbligata* in virtù di una legge, di un regolamento o di un atto amministrativo a provvedere sull'istanza del privato volta ad ottenere un ampliamento della sfera giuridica, rimanga inerte.

In questa ipotesi la legge non attribuisce alcun significato positivo o negativo all'inerzia. Di qui l'esigenza di assicurare un sistema di tutela del privato, pur in mancanza di un atto amministrativo da impugnare.

Presupposti per il configurarsi del silenzio-inadempimento sono: la proposizione di un'istanza di rilascio di un provvedimento ampliativo da parte di un soggetto che sia in una posizione qualificata; che l'istanza presentata rispetti le forme ed i termini prescritti dalla legge. Ricorrendo tali requisiti nasce nell'amministrazione l'obbligo di provvedere in senso positivo ove ricorrano i presupposti di adozione di un provvedimento vincolato. Se, nonostante ciò, l'amministrazione ometta di pronunziarsi, tale comportamento realizza l'ipotesi di violazione di un obbligo provvedimentale: da qui la sua qualificazione giuridica in termini di silenzio inadempimento o silenzio-rifiuto.

A differenza del silenzio, che trova la sua disciplina nella legge, quello parificato a rifiuto o inadempimento è stato oggetto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, volta a ricercare strumenti di reazione in grado di tutelare adeguatamente il privato. Precedentemente, la soluzione al problema fu data applicando analogicamente il procedimento previsto per il silenzio-rigetto, concernente l'omessa pronuncia della P.A. sul ricorso gerarchico, disciplinato dall'art. 5 del T.U. della legge comunale e provinciale del 1934. successivamente, a seguito dell'abrogazione di tale norma ad opera dell'art. 6 del d.p.r. n. 1199/1971, il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile l'utilizzo, in via analogica, dell'art. art. 25 d.p.r. n. 3/1957 sugli impiegati civili dello Stato. In applicazione di tale norma, in presenza di un obbligo della P.A. di provvedere, rimasto inevaso dopo 60 giorni dalla notifica di un formale atto di diffida e messa in mora con assegnazione di un *tempo per rispondere* non inferiore a trenta giorni, lasciato inutilmente decorrere dalla P.A., l'interessato potrà adire il giudice amministrativo, per ottenere una declaratoria accertativa dell'inadempienza che imponga all'amministrazione di pronunziarsi. Con tale azione, si è in presenza di una vera e propria azione di accertamento dell'inadempienza della P.A., culminante con una *sentenza dichiarativa*, e, nel contempo, *ordinatoria*, che deroga alla configurazione generale del processo amministrativo che si presenta nella sua struttura tradizionale del tipo impugnatorio e caducatorio di atti illegittimi.

La P.A., per adeguarsi al giudicato, deve adottare un provvedimento positivo o negativo. In caso di persistenza nell'inerzia è possibile ricorrere al giudice amministrativo in sede di ottemperanza ed ottenere così finalmente il provvedimento che, se non soddisfacente degli interessi del privato, potrà essere impugnato in sede di legittimità, con riferimento al suo merito.

Nella logica dell'obiettività e dell'economicità dell'attività amministrativa, con la risposta all'istanza del cittadino, la P.A. ha soddisfatto al suo obbligo di prenderla comunque in considerazione; conseguentemente, come è dichiarato nella seconda parte della massima che si commenta, tale obbligo non sussiste più quando - senza la presenza di fatti nuovi - l'istanza è sostanzialmente riprodotta.

Consiglio di Stato

Decisione Sez. V, 22 giugno 2004, n. 4359

(Poteri del giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno)

La giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi presuppone, in ogni caso, che il giudice amministrativo accerti non soltanto l'illegittimità del provvedimento dal quale la lesione viene fatta derivare, ma anche che dal provvedimento illegittimo sia derivato un danno ingiusto nella sfera giuridica dell'amministrato, proprio per effetto del provvedimento illegittimo.

Il principio della non risarcibilità dell'interesse legittimo, tradizionale fino ad alcuni decenni fa nel nostro ordinamento, è stato superato con il congiunto intervento del legislatore e della Corte di cassazione. Da un lato, l'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 ha previsto che, nell'ambito della nuova giurisdizione esclusiva sui servizi e sull'urbanistica ed edilizia, il giudice dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Dall'altro la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione ha posto fine all'orientamento generalizzato, come abbiamo detto, contrario al risarcimento degli interessi legittimi violati.

Va ricordato che le origini della innovazione, pur se maturate sulla base di precedenti basi normative (art. 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142) possono indurre a comprendere l'evoluzione successiva ed a spiegare i fondamenti delle prime pronunzie della giurisprudenza.

Il quadro che risulta dai due predetti interventi lascia immaginare un sistema basato sulla doppia e concorrente tutela: davanti al giudice ordinario per il risarcimento del danno, derivante da un vero e proprio illecito aquiliano; davanti al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto.

Un siffatto quadro però non ha avuto neppure il tempo di manifestarsi concretamente, perchè l'art. 6 della legge n. 205 del 2000 ha modificato l'art. 7 della legge n. 1034 del 1971, il cui primo periodo del terzo comma ha assunto il seguente tenore: "*il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e degli altri diritti consequenziali*".

Con questa riforma è stato modificato il sistema di riparto delle giurisdizioni, disponendo la concentrazione in capo al giudice amministrativo di tutte le controversie risarcitorie e non solo di quelle legate alle materie di giurisdizione esclusiva. E' pacifico che la norma ne estenda la cognizione al risarcimento del danno collegato alle controversie della giurisdizione di legittimità, per le quali vale ancora il requisito indefettibile della lesione di un interesse legittimo.

Resta però qualche dubbio circa i confini di questa estensione. Il problema è se siano di competenza del giudice amministrativo tutte le controversie risarcitorie per la lesione di posizioni soggettive collegate a vario titolo al procedimento amministrativo e allo svolgersi della funzione amministrativa o se siano compresi solo quei risarcimenti per danni arrecati all'interesse legittimo da un provvedimento oggetto di gravame. E' da chiedersi al riguardo, infatti, se, a seguito della legge n. 205 del 2000, sia configurabile una giurisdizione amministrativa che provveda a risarcire danni che non sono cagionati da provvedimenti, ma solo da meri comportamenti, sia pure collocati nella sfera del procedimento.

La sentenza della Corte di cassazione, n. 500 del 1999, ha inserito il problema della tutela risarcitoria degli interessi legittimi nel contesto dell'*illecito aquiliano* e della sua estensione verso la protezione di nuove situazioni soggettive. La costante evoluzione della giurisprudenza ha fatto dell'art. 2043 c.c. non già una norma "secondaria" (avente solo lo scopo di sanzionare la violazione di un "diritto" custodito in altra disposizione) bensì una norma "primaria" (che obbliga al risarcimento di ogni *danno ingiusto*, ossia del pregiudizio arrecato alla sfera di altri, che sia giuridicamente protetta dall'ordinamento giuridico). Tale decisione ha guardato all'aspetto del danno, ponendosi dal punto di vista del soggetto leso e basando le sue conclusioni sul seguente ragionamento: l'art. 2043 non tutela solo diritti soggettivi, ma ogni posizione comunque ritenuta esistente nell'ambito dei valori dell'ordinamento giuridico (come ad es. le aspettative legittime nella famiglia di fatto, il possesso, le pretese tutelate dal diritto comunitario ecc.).

Alla stregua di ciò, l'interesse legittimo risulta posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento, addirittura a livello costituzionale; e quindi l'art. 2043 tutela anche l'interesse legittimo.

Coerentemente con la sua impostazione, la sentenza delle Sezioni unite non ha guardato al procedimento amministrativo, ai luoghi di manifestazione del potere discrezionale, ai problemi che riguardano il suo controllo e le sue prerogative ed i suoi limiti. Il decreto legislativo n. 80 del 1998 invece, come ha notato la dottrina (Cfr. Galli, R. *Corso di Diritto amministrativo*, Milano 1989), è stato emanato proprio in coerenza a questi aspetti, in funzione del risarcimento dell'interesse legittimo. Con ciò ha creato, in un primo tempo, nuove aree di giurisdizione esclusiva; vale a dire un controllo giurisdizionale idoneo ad offrire una tutela completa ed effettiva della pretesa, comprensiva della parte risarcitoria. Del resto, l'accostamento tra risarcimento del danno e nuova giurisdizione esclusiva era implicito nella considerazione dei casi pratici di maggiore importanza, *i quali avevano rivelato gravi lacune sul fronte della tutela risarcitoria*.

Con la recente sentenza della Corte costituzione 6 luglio 2004, n. 204, dai danni causati dall'Amministrazione, per cui il giudice amministrativo è competente a decidere, sono stati sottratti quelli derivanti da meri comportamenti.

Su questa materia, comunque, vari ed in via di consolidamento sono ancora le tesi dottrinarie e giurisprudenziali, tenendosi sempre conto che:

“L'accertamento incidenter tantum dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo - ai soli fini di un giudizio risarcitorio - non è possibile nel vigente sistema di giustizia amministrativa, nel quale sono previsti rigidi termini per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi e non è consentita la disapplicazione da parte del giudice di atti di natura non regolamentare; pertanto, l'azione di risarcimento del danno proposta unitamente all'azione di annullamento o in via autonoma è ammissibile e resta procedibile solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento illegittimo e sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, essendo necessario e vincolante in sede di decisione sulla domanda di risarcimento del danno un previo o contestuale accertamento di impugnazione”. (Cons. Stato, A.p. 26 marzo 2003, n. 4).

Consiglio di Stato

Sez. V Decisione 28 maggio 2004, n. 3452

(Interpretazione delle istanze dei privati)

Se è vero che il privato non è onerato dell'esatta qualificazione giuridica delle istanze di rette alla Pubblica amministrazione, nè è tenuto ad utilizzare una precisa terminologia giuridica, non altrettanto è a dirsi per l'Amministrazione destinataria delle domande dei cittadini, la quale, invece, ha l'obbligo di qualificare esattamente ogni richiesta ricevuto sulla base dell'oggetto e dello scopo della stessa, procurando di accoglierla nei termini degli istituti giuridici applicabili in relazione al contesto fattuale e giuridico nel quale l'istanza si inserisce e in coerenza con le finalità avute di mira dal richiedente; pertanto, in tale ipotesi, l'Amministrazione deve tener conto della volontà manifestata dal privato, siccome obiettivamente ricavabile dalla domanda formulata, mediante applicazione delle comuni regole dell'interpretazione giuridica.

Quanto sancito nella superiore massima vale, ovviamente, sia per l'Amministrazione che, senza un corretto lavoro di interpretazione, abbia ritenuto non conducente una istanza di privati; sia per il privato che deve usare una terminologia almeno utile a far comprendere in quale contesto di esigenze egli agisca.

Per questi motivi, la massima è utile anche nel contesto degli studi sulle tecniche di redazione degli atti giuridici.