

Brevi note sul silenzio della pubblica amministrazione.

Fabio Taormina
Consigliere di Stato

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

1. Il silenzio della pubblica amministrazione: genesi, natura giuridica e classificazione.
2. Il silenzio - inadempimento: il potere del g.a. di conoscere della fondatezza dell'istanza.
3. Il riparto di giurisdizione sulle controversie in tema di inerzia della PA: il comportamento mero.
4. L'azione avverso il silenzio nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104): autonomia dell'azione avverso il silenzio nella disciplina delle azioni e termine per proporla.

1. Il silenzio della pubblica amministrazione: genesi, natura giuridica e classificazione.

1. Costituisce un utile approccio pragmatico - per l'interprete che voglia intraprendere in maniera critica l'esame di un istituto giuridico- la verifica preliminare in ordine alla quantità della produzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema. Nella stragrande maggioranza dei casi, allorchè si assiste ad un progressivo decrescere delle pronunce giudiziali, ciò è ascrivibile ad una iniziale imperfetta formulazione della norma che ha introdotto l'istituto, via via chiarita in sede giurisprudenziale.

Più raramente, si constata un permanere immutato del contenzioso alimentato dall'istituto giuridico oggetto di studio: in tali ipotesi è doveroso interrogarsi sulla ragione di un tale fenomeno che, talvolta, può essere dovuto ad una permanente conflittualità cagionata dal residuo di dubbi interpretativi; talaltra, invece, può essere giustificata dalla centralità di un istituto nel sistema normativo positivo.

E' quest'ultimo sicuramente il caso del "silenzio", la cui assoluta importanza sistematica deriva da una triplice coincidenza che ne fa un unicum nel panorama del diritto amministrativo: la particolare genesi dell'istituto; la sua possibile relazione di inferenza con l'attività di amministrazione attiva; ed, infine, il suo incidere nel delicatissimo rapporto tra azione dei pubblici poteri e verifica giudiziale della legittimità di quest'ultima.

Tali elementi ne giustificano la posizione di preminenza sotto il profilo dogmatico.

1.1.

Quanto al profilo "genetico" (del quale potrebbe sembrare antistorico discorrere oggi, allorchè ci si trova al cospetto del proliferare di disposizioni sostanziali e processuali che ne regolano l'operatività) esso, per unanime riconoscimento della dottrina segna il punto più alto della elaborazione giurisprudenziale evolutiva del Consiglio di Stato (il fenomeno ha avvio ben prima della istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali risalente, come è noto, al 1971).

Dare puntuale indicazione di tutte le tappe progressivamente percorse dalla giurisprudenza sul tema non è impresa che possa compendiarsi in un breve capitoletto.

In sintesi, per comprendere l'evoluzione del fenomeno occorre immaginare una amministrazione pre-repubblicana, organizzata su base rigidamente gerarchica e piramidale, ed un sistema normativo nel quale non si riscontrava un principio corrispondente a quello consacrato nell'art. 97 della

Costituzione ovvero nell'art. 2 (nel testo antecedente alla modifica normativa di cui alla legge 21 febbraio 2005 n. 15 ed alla legge 14 maggio 2005 n. 80) della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Al cittadino che chiedeva all'amministrazione "qualcosa", non corrispondeva il dovere di quest'ultima di rispondergli.

In questa cornice interviene il Consiglio di Stato e stabilisce che il protratto silenzio dell'amministrazione su una richiesta del privato, produce risultati effettivamente analoghi al diniego espresso; per *factio iuris* il silenzio viene "equiparato" al provvedimento negativo e, soprattutto, se ne afferma l'impugnabilità considerandolo a tal fine "provvedimento negativo".

La domanda del cittadino diviene quindi "giustiziabile".

Per quei tempi una vera rivoluzione.

Questa forma embrionale di silenzio creata per via giurisprudenziale, viene timidamente positivizzata nell'art. 5 del Regio Decreto 3 marzo 1934, n. 383 (Testo unico della legge comunale e provinciale) in materia di ricorso gerarchico ("trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che il ricorso venga deciso. Trascorsi sessanta giorni dalla notificazione a tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato.").

Nuovamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato si pronuncia sul tema, pervenendo all'affermazione per cui detta disposizione doveva considerarsi espressiva di un principio generale ordinamentale, applicabile anche ad ipotesi diverse che prescindessero dalla avvenuta presentazione di un ricorso gerarchico.

La via è così tracciata, ed il successivo art. 97 della Costituzione (nel concetto di "buon andamento" ivi previsto si fa rientrare l'obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi espressamente sulle richieste dei privati o delle altre amministrazioni), viene "doppiato", a livello di normazione primaria, dall'art. 25 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato).

Anche in tal caso interviene prontamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio Stato al fine di affermare la natura "generale" del principio ivi espresso, ribadendo che "a seguito dell'abrogazione dell'art. 5 t.u. 3 marzo 1934 n. 383 operata dal d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, il regime vigente del silenzio rifiuto della P.A., in relazione al compimento di atti dovuti, è quello sancito dall'art. 25 t.u. 10 gennaio 1957 n. 3." (*Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 10 marzo 1978, n. 10*).

A dodici anni di distanza dalla presa di posizione dell'Adunanza Plenaria, il Legislatore, con gli artt. 2 e 20 della legge 7 agosto 1990 n. 241 completa il percorso evolutivo.

1.2.

La matrice giurisprudenziale dell'istituto, tuttavia, non è la sola spiegazione storica dell'importanza del medesimo.

Come si è fatto cenno in precedenza, la rivoluzione copernicana ascrivibile alla introduzione dell'istituto del silenzio nel sistema investe ulteriori profili, che ancora oggi appassionano gli studiosi ed alimentano il dibattito giurisprudenziale.

Si pongono infatti due macroquesiti, che di seguito verranno sinteticamente esposti e cui si tenterà di dare risposta compiuta nei successivi paragrafi.

- A) L'affermazione dell'obbligo dell'amministrazione di concludere espressamente un procedimento avviato su istanza del privato o di un'altra pubblica amministrazione, conosce limiti? Ovvero essa ha portata inderogabile ed assoluta?
- B) Esistono rimedi (diversi dalla diretta punizione del funzionario responsabile dell'omissione) per il caso in cui l'amministrazione perseveri nel proprio atteggiamento silente? E' consentito al giudice affermare (non solo che l'amministrazione doveva provvedere ma, anche) in qual modo l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere? E se la risposta a tale ultimo quesito dovesse essere positiva, per tal via non si finisce con l'"espropriare" l'organo di

amministrazione attiva dai compiti ad esso affidati, ponendo le premesse per una (incostituzionale, a detta dei critici) primazia del potere giurisdizionale su quello esecutivo?

La risposta a tali interrogativi, come è agevole riscontrare, investe i rapporti tra i Poteri dello Stato ed è la migliore dimostrazione delle ragioni della centralità del “silenzio” nel sistema.

1.3.

Le vicende dell'istituto, tuttavia, sono state sinora analizzate soltanto da un particolare angolo prospettico – quello genetico- e con riguardo alla (sola) prima “forma” di silenzio ritenuta giustiziabile(id est: il silenzio-inadempimento o, silenzio-rifiuto o silenzio non significativo).

Tuttavia questa non è stata -e non è tuttora- l'unica veste in cui si è presentato (e si presenta ancor oggi) l'istituto.

Sì, perché questa “invenzione” giurisprudenziale piacque anche al Legislatore (e financo a quello pre-repubblicano) che positivizzò diverse settoriali fattispecie in cui al silenzio serbato dall'amministrazione su una richiesta pervenutagli da un privato o da un'altra amministrazione venne attribuito un valore legale tipico.

La ratio di tali previsioni è chiara ed ha natura eminentemente pratica: si muoveva dal presupposto per cui un'Amministrazione oberata di richieste non riusciva ad evaderle tutte, e men che meno in un tempo ragionevole (anche in questo caso si deve contestualizzare l'affermazione: all'epoca in cui si perviene a tale convincimento il comma II dell'art.2 della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 è di là da venire).

Apparve utile pertanto stabilire (quantomeno per dare certezza al soggetto istante sulla “sorte” della sua richiesta) che il silenzio venisse “equiparato” al corrispondente provvedimento positivo espresso.

Vennero quindi introdotte nel sistema fattispecie in cui la protratta inerzia dell'amministrazione nel provvedere veniva equiparata all'accoglimento dell'istanza (c.d. silenzio assenso).

Ne sono esempi, tra i tanti, l'art. 65 del Regio Decreto 13 febbraio 1933, n. 215 in materia di consorzi di bonifica (“Nei casi previsti da questo articolo e dal precedente art. 63, il visto o l'approvazione s'intenderanno concessi, qualora non si sia provveduto entro 30 giorni dal ricevimento degli atti”), l'art. 6 ultimo comma della legge 21 aprile 1962, n. 161 in materia di revisione dei film e dei lavori teatrali (“Ove dieci giorni da tale notifica siano trascorsi senza che alcun provvedimento sia stato emesso, il nulla-osta si intende concesso”), l'art. 48 l. 5 agosto 1978 n. 457, per la formazione del **silenzio-assenso** sulle istanze di autorizzazione all'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria.

Nella vigenza di tali settoriali disposizioni - ed apparendo tale modo di amministrare “consentendo per silentium” snello ed efficace - la giurisprudenza si chiese se potesse pervenirsi all'affermazione per cui detto istituto avesse carattere generale.

I due poli delle risposte fornite a tale quesito sono racchiusi nelle due massime che di seguito si riportano:

a) “è manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 2 l. 24 luglio 1936 n. 1692 (che prevede il **silenzio-assenso** nel procedimento di autorizzazione dello svincolo alberghiero), per contrasto con l'art. 97 cost., in quanto l'imposizione all'amministrazione di termini brevi per operare risponde ai criteri di buona amministrazione.”.(*Consiglio Stato*, sez. IV, 27 gennaio 1981, n. 63).

b) “la disposizione contenuta nell'art. 20 r.d. 16 maggio 1926 n. 1126, la quale configura un'eccezionale ipotesi di **silenzio-assenso**, non può estendersi oltre l'area definita dall'art. 19 stesso r.d., e quindi al di là delle semplici prescrizioni di massima e di polizia forestale previste dagli art. 8, 9, 10 e 111 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3267 a cui il detto art. 19 espressamente si riferisce; pertanto, è da escludere che il detto istituto del **silenzio-assenso** possa estendersi all'istanza del privato volta ad ottenere l'autorizzazione di disboscamento.” (*Consiglio Stato*, sez. VI, 05 febbraio 1982, n. 64).

Il filone giurisprudenziale per primo citato lasciava aperto qualche spiraglio alla considerazione “generalista” del silenzio-assenso.

Esso tuttavia non ebbe fortuna: anche la giurisprudenza più “aperturista”, infatti, si arrese all’esigenza di evitare che per tal via si potessero compromettere beni costituzionalmente tutelati (il paesaggio, l’ambiente, etc).

La risposta fu quindi negativa: l’istituto del silenzio-assenso non poteva avere portata generale. Ciò fino all’entrata in vigore della legge 7 agosto 1990 n. 241, che – nel testo originario dell’art. 20- detta disposizioni in materia di silenzio-assenso definite di portata “generale” dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 169 del 1994. Con tale passaggio può dirsi compiuto il lungo percorso evolutivo di matrice legislativa volto ad attribuire un significato alla inerzia dell’amministrazione sulla istanza proveniente dal privato o da altra pubblica amministrazione volta ad ottenerne un pronunciamento.

E’ necessario però puntualizzare che la esigenza di attribuire un significato alla inerzia ha conosciuto altro e contrapposto approdo.

In talune ipotesi, infatti, alla mancata pronuncia dell’amministrazione il Legislatore ha attribuito il significato di una espressa reiezione dell’istanza (ed anche in questa evenienza, l’esigenza sottesa riposa nella aspirazione alla snellezza dell’azione amministrativa, accompagnata dall’esigenza di prefissare una tempistica certa, che consenta all’istante di insorgere avverso la manifestazione silenziosa equipollente al rigetto della propria domanda).

Numerose sono le fattispecie di silenzio con significato di diniego introdotte ex lege,. Tra, esse, per l’importanza sistematica che assume, va sin d’ora menzionato l’art. 25 della legge 7 agosto 1990 n. 241 in tema di accesso agli atti amministrativi..

1.4.

La dottrina e la giurisprudenza hanno peraltro enucleato ulteriori ipotesi di silenzio-significativo.

Il “significato”, in questi casi è attribuito dalla specifica norma di legge che lo contempla.

Talora infatti il silenzio amministrativo assume il valore di silenzio devolutivo (a fronte del silenzio dell’amministrazione l’istante può rivolgersi ad altro organo o ad altro soggetto amministrativo per ottenere il medesimo provvedimento oggetto della richiesta inevasa).

Un esempio di silenzio devolutivo si rinviene all’art. 17 della legge 7 agosto 1990 n. 241 in tema di valutazioni tecniche (l’amministrazione procedente in caso di comportamento omissivo dell’organo cui abbia richiesto una valutazione tecnica, può rivolgersi al medesimo fine ad altro organo o ad istituti universitari con competenze adeguate, salvo che si tratti di materie riguardanti la tutela ambientale, paesaggistica e territoriale o la materia del diritto alla salute).

In altre fattispecie è stata coniata l’espressione di silenzio-facoltativo, allorchè il decorso del tempo senza che l’amministrazione si sia pronunciata su implica che di pronunciamento di natura consultiva si possa prescindere (si veda il comma II dell’art. 16 della legge 7 agosto 1990 n. 241 siccome modificato dall'[articolo 17, comma 24, della legge 15 maggio 1997, n. 127](#)).

In ossequio ad una aspirazione classificatoria forse eccessiva, sono state individuate altre figure di silenzio-significativo (silenzio-approvazione, silenzio-rinuncia, etc) che, per il vero non appaiono possedere caratteristiche di autonomia tali da non renderle inquadrabili nelle categorie sinora elencate.

1.5.

Una sintesi di questo complesso excursus è a questo punto necessaria: la macrodistinzione categoriale è quella intercorrente tra silenzio non significativo e silenzio cui il Legislatore ha attribuito un significato effettuale (id est: silenzio produttivo di effetti giuridici).

Il silenzio non significativo (o silenzio-inadempimento, silenzio-rifiuto, da non confondere con la fattispecie di silenzio tipizzato rappresentato dal c.d. “silenzio-rigetto”) da figura “inventata” dalla giurisprudenza amministrativa (finzione che consentiva al giudice amministrativo lo scrutinio di vicende nelle quali mancava un vero e proprio provvedimento da impugnare.) è divenuto categoria generale, allorchè è stato previsto che l’amministrazione concluda il procedimento amministrativo in un tempo prefissato (art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241).

Allorchè l'interprete si trovi in presenza di una inerzia dell'amministrazione cui la legge non abbia attribuito valore legale significativo, la generale previsione dell'obbligo di provvedere di cui all'articolo 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241 impone che esso sia qualificato "silenzio inadempimento": per i principi di legalità e tipicità che connotano l'azione amministrativa, il silenzio dell'amministrazione può essere qualificato come provvedimento tacito di rigetto o di accoglimento solo quando ciò sia espressamente desumibile dalla legge. (così, tra le tante, Tar Campania, Napoli, sez. V n. 9148 del 30 giugno 2005).

1.6. Non bisogna però cadere nell'equivoco di ritenere che l'evoluzione della disciplina in materia di silenzio costituisca il punto più avanzato di un complessivo procedimento volto a ridurre in margini sempre ristretti l'intervento pubblicistico diretto favorendo meccanismi alternativi di formazione del provvedimento amministrativo in ossequio al principio di semplificazione procedimentale.

Tale evoluzione, che ha già ampiamente modificato, quando non addirittura stravolto l'impianto del diritto amministrativo classico, è certamente ancora in itinere: il principio espresso dall'art. 1 comma 1 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 ("la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.") aggiunto dall'[articolo 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15](#) ha consacrato, per le amministrazioni la indifferenza dell'uso del modulo privatistico rispetto a quello pubblicistico.

Ciò costituisce la spia evidente di un processo di cambiamento in piena evoluzione che si innesta nella pressante esigenza di liberalizzazione delle attività economiche private

Di tale processo, allo stato, la testimonianza più evidente è rappresentata dalla denuncia di inizio attività (o D.I.A.), e dalla segnalazione di inizio attività (S.C.I.A.) che segnano un ulteriore progresso di tale evoluzione, posto che mediante questi istituti al principio autoritativo è stato addirittura sostituito il principio dell'autoresponsabilità dell'amministrato, che è legittimato ad agire in via autonoma valutando l'esistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore.

2. Il silenzio - inadempimento: il potere del g.a. di conoscere della fondatezza dell'istanza.

2.1.

Già allorchè con l'art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241 venne previsto, in via generalizzata l'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, avveduta giurisprudenza aveva desunto l'insussistenza di un'onere di previa diffida al fine di impugnare il silenzio inadempimento che si formava a seguito dell'infruttuoso spirare del termine di legge.

Detta intuizione ha trovato conferma in via legislativa dalle novità introdotte dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005 n. 80. Si rende necessario avvertire che pochi articoli della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 hanno subito un così rilevante numero di modifiche: tanto che si consiglia al lettore una lettura coordinata dei testi modificativi succedutisi, necessaria per penetrare funditus l'evoluzione della disciplina legislativa (articolo 2, comma 1, lett. b), ed articolo 21, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15 e, successivamente articolo 3, comma 6-bis, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 ed [articolo 7, comma 1, lettera b\), della legge 18 giugno 2009, n. 69](#)).

In via di sintetica approssimazione può evidenziarsi che a seguito delle successive modifiche (d. l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005 n. 80) apportate al predetto art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241 già modificato dalla legge 11 febbraio n. 15 del 2005

e del contestuale inserimento del rito di cui all'art. 21 bis della legge 1971 n. 1034 (legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali) risulta incontrovertibile la facoltà di impugnare il silenzio rifiuto della PA una volta spirato il termine per provvedere ed entro il termine decadenziale di un anno dalla formazione del silenzio rifiuto stesso (in sostituzione del termine ordinario di sessanta giorni di decadenza per la proposizione del ricorso ex art. 21 bis della legge n. 1034/1971 è stato infatti previsto il più lungo termine di un anno, decorrente dallo scadere del termine di conclusione del procedimento).

Proprio con riferimento a tale prescrizione in ultimo citata occorre fornire risposta ad un quesito, che così può sinteticamente porsi: quid iuris laddove sia decorso l'anno dalla formazione del silenzio senza che sia stato proposto il ricorso volto ad avversare il silenzio rifiuto?

La pretesa del privato risulta irrimediabilmente compromessa, od esiste un margine di tutelabilità?

Secondo avveduta giurisprudenza la seconda opzione si impone.

Il Consiglio di Stato ha in particolare costantemente affermato che il decorso del termine annuale previsto dal novellato art. 2 l. n. 241/1990 incide sulla possibilità degli interessati di agire senza previa diffida ma non può dar luogo ad un'inammissibile consolidazione della condotta omissiva illegittima, in assenza di qualsiasi comminatoria di decadenza, nonché in ragione degli incomprimibili principi coinvolti.

Detta contrarietà alla consolidazione della condotta omissiva discendente dall'omessa impugnazione del silenzio è stata legislativamente consacrata nella ultima parte del comma II dell'art. 31 del codice del processo amministrativo laddove si afferma che "è fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti".

E' perentorio invece il termine processuale per proporre appello avverso la sentenza del TAR in materia di silenzio, ai sensi dell' art. 21 bis l. n. 1034 del 1971. (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 novembre 2008 n. 5628).

Nel rammentare che nel prosieguo della evoluzione legislativa è stata anche introdotta la previsione specifica della possibilità, nell'ambito del rito incardinato per reagire al silenzio rifiuto serbato dall'amministrazione che il giudice amministrativo si pronunci sulla fondatezza dell'istanza occorre avvertire che detto quadro legislativo come avvertito in premessa, ha subito un recentissimo ed ulteriore intervento di modifica ad opera della citata legge 18 giugno 2009 n. 69 che (in disparte la generalizzata innovazione incidente sui termini per la conclusione del procedimento amministrativo) ha introdotto nella legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 l'art. 2 bis che contempla l'espressa previsione del risarcimento del danno con prescrizione quinquennale in relazione a fatti qualificabili come silenzio rifiuto.

2.1.1

Con riferimento ai termini per l'adozione dei provvedimenti espressi, ciascuna amministrazione è stata obbligata a determinarli con riferimento alla complessità dei relativi procedimenti: in difetto di determinazione trova applicazione il termine indicato direttamente nell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 che, originariamente fissato in 90 giorni è stato ridotto a trenta giorni dalla predetta legge 18 giugno 2009 n. 69.

Per il vero questo ultimo approdo legislativo è stato raggiunto a seguito di un percorso alquanto tortuoso: l'art. 3 della L. n. 80 del 2005 aveva modificato l'art. 2 della L. n. 241 del 1990 sul termine per la conclusione del procedimento amministrativo. A mente dell'art. 3 citato, dunque, il termine per la conclusione del procedimento che conseguisse obbligatoriamente ad istanza di parte o che dovesse essere iniziato d'ufficio, non veniva fissato dalle singole amministrazioni statali ma dal Governo su proposta del Ministro interessato e di concerto con Ministro per la Funzione Pubblica. Rimaneva, invece, per gli enti pubblici nazionali la facoltà di determinare autonomamente il termine per la conclusione del procedimento. In mancanza dei regolamenti concernenti la determinazione del termine per la conclusione del procedimento, l'art. 3 della legge n. 80 del 2005 prevedeva che esso fosse di novanta giorni. Con la legge n. 69 del 2009, il termine è stato rifissato in trenta giorni salva la possibilità, per le amministrazioni, di adottare regolamenti che stabiliscano termini più lunghi (ma comunque non eccedenti i novanta giorni o, in caso di eccezionali urgenze i

180 giorni). L'art. 21 bis della L. n. 1034 del 1971 ha poi introdotto un rito accelerato con riferimento alle fattispecie riconducibili al silenzio inadempimento: entro il termine di un anno dalla formazione del silenzio inadempimento, infatti, senza la necessità di previa diffida, il titolare dell'interesse qualificato e differenziato al provvedimento omesso, può adire il giudice amministrativo che, con riferimento ad attività vincolata e non necessitante di istruttoria (come meglio si vedrà di qui a poco) potrà statuire sulla fondatezza della pretesa (in caso, dunque, di manifesta fondatezza o infondatezza) e non soltanto emettere una sentenza con la quale si accerti la sussistenza di un obbligo, per l'amministrazione di provvedere. Ove, invece, si verta nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione o, comunque, ove sia necessario espletare istruttoria al fine di provvedere, il Giudice amministrativo accerterà l'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione che sarà tenuta a porre in essere l'attività provvedimentale precedentemente omessa. Decorso il termine annuale per la proposizione della domanda ex art. 21 bis Legge Tar, sarebbe comunque possibile – come già prima chiarito- riproporre l'istanza volta a sollecitare il provvedimento già omesso.

2.2.

Ma quale è l'oggetto di questo giudizio innanzi agli Organi giurisdizionali amministrativi? E quale è il contenuto dispositivo della decisione che accerti la illegittima inottemperanza dell'amministrazione all'obbligo di concludere espressamente il procedimento?

E, a monte, è sempre doveroso che l'amministrazione si pronunci espressamente? Ovvero vi sono dei casi in cui tale obbligo è escluso?

2.2.1.

La risposta a quest'ultimo quesito, assume, ovviamente, portata pregiudiziale.

Ed a tale proposito deve rilevarsi che oltre ai casi in cui il potere di presentare un'istanza sia stabilito espressamente dalla Legge, la giurisprudenza ha riconosciuto, in generale, che tale obbligo sorge dinanzi ad istanze volte a produrre effetti pregiudizievoli sulla sfera dei terzi dai quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi e a fronte di interessi legittimi di carattere pretensivo (con l'eccezione della manifesta infondatezza). Il dovere del *clare loqui* non sorge, invece, con riferimento a istanze volte a sollecitare interventi in autotutela o mera attività materiale da parte della PA, ovvero in relazione ad istanze volte a soddisfare interessi pretensivi ma manifestamente infondate, ovvero laddove l'istanza costituisca defatigatoria riproposizione di precedente richiesta respinta.

La giurisprudenza ha in particolare precisato che la procedura per la constatazione del silenzio – rifiuto non può essere utilizzata per ottenere la riapertura di procedimenti già definiti in sede amministrativa ovvero per rimettere in discussione provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili e che non sussiste l'obbligo dell'amministrazione di provvedere (e, di conseguenza, non si è in presenza di un silenzio rifiuto) allorché l'interessato, attraverso la procedura predetta, abbia sollecitato l'esercizio del potere di autotutela (tra le tante, sul punto, si veda la decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 4362 del 16 settembre 2008).

Con ciò ribadendo il consolidato principio pretorio per cui non sussiste rispetto all'attività di autotutela dell'amministrazione una posizione di interesse legittimo, ma di mero interesse di fatto (ciò per la mancanza di un obbligo dell'Amministrazione di attivarsi in via di autotutela: “la certezza delle situazioni giuridiche definite è essa stessa un bene irrinunciabile posto a tutela dei cittadini” -C.d.S., sez. IV, 1° aprile 1992, n. 201- e non può essere “elusa mediante l'impugnazione del silenzio - rifiuto formatosi su un'istanza diretta a sollecitare l'adozione di provvedimenti di annullamento o di modifica di precedenti determinazioni, non impugnate nei termini e nelle forme di rito” – così, già in passato, C.G.A., 27 giugno 1978, n. 120-).

In sintesi, può affermarsi che l'evoluzione giurisprudenziale ha portato a ritenere che l'obbligo in parola non sussiste certamente nelle seguenti ipotesi:

a) istanza di riesame dell'atto inoppugnabile per spirare del termine di decadenza (ex multis: Cons. Stato Sez. IV n. 69/1999; T.A.R. Campania- Napoli Sez. III n. 5014/200);

b) istanza manifestamente infondata (ex multis: Cons. Stato Sez. IV n. 6181/2000; T.A.R. Campania- Napoli Sez. III n. 1969/2002);

c) istanza di estensione "ultra partes" del giudicato (ex multis: Cons. Stato Sez. VI n. 4592/2001).

Quanto alla "fonte" da cui può derivare l'obbligo del "clare loqui", si rammenta che per pacifica giurisprudenza l'obbligo di provvedere deriva di regola da una norma di legge o di regolamento, ma può talora desumersi anche da prescrizioni di carattere generale o dai principi generali dell'ordinamento che regolano l'azione amministrativa, sicché, ad esempio, può originare dal rispetto del principio di imparzialità (quando, ad esempio, si chieda il riesame di un atto inoppugnabile -situazione quest'ultima che, come prima rilevato, di regola non farebbe insorgere alcun obbligo di provvedere -, ma soltanto nel caso in cui, in ragione di un mutato orientamento dell'amministrazione, sia stata modificata "in melius" la posizione di altri soggetti che si trovino in situazioni analoghe -cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 14-11-1986, n. 730-).

Ovvero esso può trovare fondamento nel principio di buon andamento dell'azione amministrativa (nel caso in cui l'amministrazione, con il suo comportamento, abbia ingenerato un qualche affidamento in capo al privato, sia che il procedimento amministrativo non sia stato ancora avviato, sia che lo stesso abbia avuto inizio a seguito della istanza dell'interessato -cfr. TAR Abruzzo 16-7-1990 n. 360; TAR Lazio 26-1-1991 n. 83-) Ancora, la fonte dell'obbligo può rinvenirsi nel principio di legalità della stessa azione amministrativa. Pertanto, si può ritenere che, a prescindere dall'esistenza di una specifica disposizione normativa, l'obbligo di provvedere sussiste in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia ed equità impongano l'adozione di un provvedimento, cioè in tutte quelle ipotesi in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) di quest'ultima. (cfr.: Cons. Stato Sez. V 22-11-1991 n. 1331).

2.2.2.

Quanto alla consistenza della posizione soggettiva sottostante alla istanza inevasa si anticipa che (il tema sarà meglio approfondito di seguito) la formazione del silenzio inadempimento confermata sul piano processuale dal rito speciale di cui all' art. 21 bis, l. Tar, non è compatibile con le controversie che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia dell'organo pubblico a provvedere, come nei casi in cui l'accertamento verta su pretese patrimoniali costitutive di diritti di credito in base a norme che regolano l'azione dell'amministrazione. In tali ipotesi, non è necessaria l'intermediazione di atti di iniziativa del privato al fine di costituire il presupposto per dare accesso al sindacato sulla condotta omissiva, potendo l'interessato in via immediata proporre l'azione di accertamento del diritto a contenuto economico ritenuto insoddisfatto o far valere la pretesa al risarcimento per equivalente ([Consiglio Stato, sez. VI, 18 giugno 2008, n. 3007](#)).

2.2.3.

Tornando al primo interrogativo esplicitato in premessa –ed attinente alla latitudine del potere giudiziale- in astratto le possibilità teoricamente ammissibili sarebbero due.

La prima evenienza sarebbe quella di una pronuncia giudiziale che si limitasse a stabilire l'inottemperanza all'obbligo predetto, eventualmente condannando l'amministrazione a risarcire il danno, e rimettendo all'amministrazione il compito di pronunciarsi sull'istanza.

La seconda, contemplerebbe una pronuncia avente contenuto più ampio, sino a pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sottesa all'istanza rimasta illegittimamente inevasa.

L'inconveniente della prima opzione è agevolmente riscontrabile dall'interprete: esso riposa in un esito sostanzialmente incompleto, che dilata i tempi del procedimento e che potrebbe sortire, quale

unico effetto pratico, quello di obbligare il richiedente ad una nuova azione giudiziaria volta ad impugnare il successivo espresso provvedimento di diniego (o comunque non pienamente soddisfacente) reso dall'amministrazione.

Essa, invece, possiede il pregio di non intaccare l'ordine delle competenze, lasciando l'organo di amministrazione attiva dominus della risposta da fornire alla istanza del privato, ed evitando che ad esso si sostituisca l'organo giurisdizionale.

La seconda opzione, ovviamente, è caratterizzata da valutazioni specularmente inverse a quelle sinora esposte: i tempi della "risposta" alla istanza inevasa si accorciano drasticamente, ma il "provvedimento amministrativo" che si era richiesto viene in realtà emanato dal giudice.

Sotto il profilo dogmatico, i sostenitori della seconda opzione evidenziano che una risposta diversa potrebbe porre problematiche di compatibilità con il disposto di cui all'art. 111 della Costituzione laddove questo prescrive la ragionevole durata del processo; al contrario, chi patrocinava la prima tesi sostiene che essa è l'unica a non impingere nella "riserva di amministrazione" consacrata nel disposto di cui all'art. 97 della Carta Fondamentale.

2.3.

L'equivoco di fondo sotteso al contrasto riposa nella circostanza che si è voluto ricondurre ad unità l'istituto del silenzio non significativo, obliando la circostanza che quando quest'ultimo è soltanto il frutto di una inerzia non espressamente qualificata da una norma, esso si presenta in due modi distinti: come "inadempimento" (inerzia a fronte di attività vincolata) ovvero come "rifiuto" (inerzia a fronte di attività discrezionale).

Il silenzio, cioè, si atteggia diversamente a seconda di quale fosse la tipologia di provvedimento cui aspirava il privato allorché ne richiese l'adozione.

Se così è, tra le contrapposte tesi è in via di principio preferibile l'opzione mediana: se il silenzio è qualificabile come "inadempimento" non v'è nessuna obiezione teorica alla possibilità in sede giudiziale di valutare la fondatezza dell'istanza: la norma esaurisce in sé tutti i presupposti dell'azione ed il decorso del termine determina l'insorgenza dell'interesse al ricorso con relativa pronuncia giudiziale nel "merito" della pretesa (es: spettava, o meno, quella iscrizione all'albo, in ordine al quale la legge predeterminava in maniera specifica i requisiti legittimanti? ovvero quel rimborso e/o sussidio ancorato unicamente al dato matematico del possesso di un determinato reddito?). Se, invece, l'inerzia è qualificabile quale silenzio rifiuto, il giudice può affermare l'obbligo a provvedere, ma, in linea di principio, non può valutare la fondatezza dell'istanza, ossia pronunciarsi sul contenuto di quel provvedimento e, quindi, sulla pretesa al bene della vita. Ciò perché la norma che è invocata a titolo della pretesa demanda all'amministrazione un'attività di esame e di cura degli interessi pubblici, la cui assenza impedisce il sorgere della situazione giuridica necessaria a sua volta a determinare l'interesse al ricorso sotto il profilo della cognizione circa la fondatezza della istanza. In sintesi: con riferimento ad attività vincolata e non necessitante di istruttoria, il giudice potrà statuire sulla fondatezza della pretesa (in caso, dunque, di manifesta fondatezza o infondatezza) e non soltanto emettere una sentenza con la quale si accerti la sussistenza di un obbligo, per l'amministrazione di provvedere. Ove, invece, si verta nell'ambito dell'attività discrezionale dell'amministrazione o, comunque, ove sia necessario espletare istruttoria al fine di provvedere, il giudice può (soltanto) accertare la sussistenza dell'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione che sarà tenuta a porre in essere l'attività provvedimentale precedentemente omessa. A titolo di puntualizzazione "storica" va rammentato che, nell'antevigente quadro normativo il contrasto di opinioni fu ricondotto ad unità dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la pronuncia del 9 gennaio 2002, n. 1, aveva affermato che il giudizio disciplinato dal citato art. 21 bis era diretto esclusivamente ad accertare se il silenzio serbato da una pubblica amministrazione sull'istanza del privato avesse violato - o meno - l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa, onde il giudice (anche nei casi in cui il provvedimento di cui trattasi abbia natura vincolata) non poteva sostituirsi all'amministrazione in alcuna fase del giudizio, dovendosi limitare, in caso di accoglimento del

ricorso, ad imporre alla stessa l'obbligo di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato (non potendo compiere un accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente) indicando all'amministrazione il contenuto del provvedimento da adottare. In altri termini, si era affermato che il procedimento speciale sul silenzio, introdotto dall'art. 2 della l. 21 giugno 2000 n. 205 che aveva innestato l'art. 21 bis nella legge n. 1034 del 1971, era preordinato solo alla declaratoria dell'obbligo di provvedere, con esclusione di una delibazione del merito della controversia che doveva essere riservata al normale giudizio di cognizione.

2.3.1.

E' appena il caso di avvertire, per completezza espositiva, che esula dal tema sinora trattato (che, lo si ripete, investe unicamente le fattispecie di silenzio "non significativo", o, con la debita distinzione evidenziata, silenzio-inadempimento o silenzio-rifiuto) il caso in cui il silenzio sia qualificabile, per espressa disposizione normativa, quale rigetto dell'istanza.

Nell'ipotesi in ultimo menzionata, infatti, non può debitamente parlarsi di omessa pronuncia amministrativa, impugnabile ai sensi dell'art. 2 della legge 8 agosto 1990 n. 241 e dell'articolo 21 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ma di fattispecie perfettamente equiparabile all'atto (appunto, di rigetto), verso il quale è possibile esperire "soltanto" i normali rimedi giurisdizionali nelle forme ordinarie di rito (id est: proporre impugnazione ordinaria ovvero ricorso straordinario al Capo dello Stato).

Il Consiglio di Stato, ha in particolare evidenziato che "l'oggetto del giudizio speciale introdotto dall'art. 21 bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 è costituito dall'inerzia dell'Amministrazione, non diversamente qualificata dalla legge, a fronte dell'obbligo di rispondere ad una istanza che sollecita l'esercizio di poteri procedurali tipizzati; conseguentemente, è da escludere l'ammissibilità del ricorso al rito speciale in tutte le ipotesi di silenzio significativo (silenzio assenso e silenzio diniego), nelle quali l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento espresso." (Consiglio di Stato, Sezione VI 12 marzo 2010 n. 1469).

2.3.2.

Preme comunque rilevare che la successiva evoluzione legislativa ha condotto al definitivo superamento della posizione espressa dalla Adunanza plenaria nella decisione n. 1 del 2002. Armonicamente con la nuova formulazione legislativa dell'istituto la giurisprudenza ha innanzitutto chiarito (vedasi la già citata decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 4362 del 16 settembre 2008) che, in ipotesi di silenzio-inadempimento la consistenza della posizione vantata dal ricorrente è quella di chi vanta un interesse legittimo (nel caso di specie: interesse legittimo all'esercizio, da parte dell'amministrazione, di una pubblica potestà; id est: un potere/dovere) e che le novità introdotte dal d. l., n. 35 del 2005, convertito con modificazioni dalla l. n. 80 del 2005 non autorizzano a ritenere che sia stata istituita una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, che sia stata conferita al giudice nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale acceleratorio del contenzioso, in armonia con le previsioni di cui all'art. 111 della Costituzione.

Si è pertanto posto l'accento sulla circostanza che lo scopo del ricorso contro il silenzio è ottenere un provvedimento esplicito dell'Amministrazione che elimini lo stato di inerzia e assicuri al privato una decisione che investe la fondatezza o meno della sua pretesa, garantendo così l'obbligo di pronuncia espressa (positiva o negativa) e motivata nonché del rispetto del "clare loqui" gravante sull'Amministrazione, in ottemperanza ai principi, di portata ancora più generale, di affidamento, legittima aspettativa, trasparenza, chiarezza e leale collaborazione tra p.a. e privato nonché correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione (Tar del Lazio Sezione Seconda, 9 novembre 2010 n. 33339).Viene però ribadito – nella citata sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 4362 del 16 settembre 2008- che al giudice non è concesso di sindacare il merito del procedimento amministrativo non portato a compimento, dovendo egli limitarsi a valutare l'astratta accoglibilità della domanda del privato, senza con ciò potersi sostituire agli organi di amministrazione attiva circa gli apprezzamenti e le scelte discrezionali, che restano demandati alla esclusiva competenza degli organi a ciò deputati. In particolare, la previsione secondo cui "il

giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa" non ha attribuito al giudice un potere da esercitarsi nell'ambito di un rito speciale improntato ad esigenze di snellezza. Essa facoltizza, ma non obbliga l'organo giurisdizionale a conoscere della fondatezza della pretesa: in nessun caso lo autorizza a sostituirsi in via diretta alla p.a. adottando il provvedimento richiesto. Quest'ultima affermazione elide in radice le preoccupazioni di chi paventava che attraverso un giudizio di fondatezza sulla pretesa al bene della vita affidato al giudice, venissero sovvertite le competenze fissate ai sensi dell'art. 97 della Costituzione in punto di riserva dell'amministrazione all'esercizio dei poteri amministrativi conferiti ex lege. Il giudice laddove si pronuncia dell'accoglibilità dell'istanza non si sostituisce all'amministrazione, ma può soltanto (dopo aver valutato positivamente la consistenza della posizione sostanziale sottesa alla richiesta) condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole (ovvero affermare la infondatezza della pretesa sottesa all'istanza facendone discendere l'insussistenza dell'obbligo a provvedere espressamente). Anche nell'ipotesi in ultimo menzionata, infatti, sarebbe del tutto inutile impedire al giudice di pronunciarsi di pronunciarsi nell'ipotesi in cui l'istanza inevasa sia manifestamente infondata obbligando così l'amministrazione a provvedere adottando un atto espresso che non può che avere contenuto reiettivo. Tutto ciò può avvenire soltanto laddove "venga in rilievo un'attività interamente vincolata della p.a., che non postuli accertamenti valutativi complessi e sempre che non sia prevalente il profilo concernente la sussistenza dell'obbligo della p.a. di emettere una pronuncia esplicita sull'istanza del privato" (Consiglio di Stato, Sezione IV 26 novembre 2008 n. 5843). E' oggi possibile preconizzare la "tenuta futura" dei principi sinora affermati alla stregua delle previsioni del codice amministrativo, e la possibile evoluzione della facoltà giudiziale a pronunciarsi sulla spettanza del bene della vita (art. 31 commi 1-3 del d.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104: "Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.)

Allo stato, però, il lettore potrà constatare che l'affermazione per cui il giudice deve arrestarsi alla verifica della sussistenza delle condizioni per emettere il provvedimento richiesto, senza poterne modellare il contenuto è stata confinata alla marginale ipotesi in cui il provvedimento originariamente richiesto fosse integralmente discrezionale nell'an, nel quando, nel quomodo e nel quid.

2.4.

In ultimo, va rammentato che, secondo consolidata giurisprudenza, "il giudizio di cognizione per la dichiarazione di illegittimità del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione e il relativo giudizio di ottemperanza per la pronuncia positiva confluiscono in un giudizio unitario, posto che la sequenza tra i due giudizi è assorbita in un unico procedimento e la nomina del commissario ad acta su istanza di parte è consentita già al momento dell'emissione della sentenza declaratoria dell'illegittimità." (Tar Piemonte, Torino, Sezione I n. 3148 del 19 dicembre 2008).

Da ciò si è fatta discendere la conseguenza che "è del tutto legittimo che, anche al fine di evitare all'interessato l'aggravio di un'ulteriore istanza giurisdizionale, quando il medesimo ne faccia richiesta, già in sede di ricorso introduttivo si debba di norma procedere in via contestuale all'ordine di provvedere e alla nomina del Commissario ad acta con il compito di provvedere ove si protragga

l'inerzia dell'amministrazione intimata.”((Tar Piemonte,Torino, Sezione II 18 giugno 2008 n. 1390).

Il Consiglio di Stato ha avallato, in via di principio, tale ricostruzione dogmatica (che consente di perseguire l'obiettivo della concentrazione dei giudizi, snellendo al contempo i tempi processuali) facendone discendere la conseguenza per cui, ove la sentenza si concluda con l'accertamento positivo della sussistenza dell'obbligo e sia seguita dalla nomina del commissario ad acta, tutti gli atti di tale organo s'intendono emessi nell'esercizio del potere dell'autorità amministrativa soccombente nel giudizio sul silenzio e sono impugnabili, secondo i principi generali, con un ulteriore ricorso di legittimità e non nella sede del giudizio di ottemperanza che, conclusosi con la nomina del commissario, ha completamente esaurito il suo scopo.” (Consiglio di Stato, Sezione IV, 29 febbraio 2008 n. 793).

Tale tendenziale regola della unificazione del giudizio sul silenzio con il segmento successivo della ottemperanza, tuttavia, secondo il Supremo consesso della giustizia amministrativa, può soffrire di eccezioni (talvolta giustificate dalla complessità degli adempimenti da porre in essere ad opera dell'amministrazione): si è pertanto affermato che “in ragione della peculiarità degli interessi coinvolti la sentenza di accoglimento del ricorso avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione statale in violazione dell'art. 7, d.P.R. 3 luglio 1978 n. 571 (recante norme a tutela del bilinguismo negli uffici statali siti nella provincia di Bolzano) deve fissare unicamente il termine per provvedere, soltanto decorso il quale si rende proponibile il ricorso d'esecuzione, con cui si può chiedere al giudice amministrativo, in base ai principi generali sulla giurisdizione di merito, che sia svolta l'indagine sulla pretesa sostanziale posta a base della originaria richiesta di riesame e sulle misure da adottare.” (Consiglio di Stato, Sezione IV, 14 aprile 2010 n. 2114).

2.5. La centralità del tema sinora esaminato, consiglia di dedicarvi una apposita, breve, trattazione, avente natura prevalentemente riepilogativa degli orientamenti espressi e di verifica della “tenuta” dei principi affermati alla luce delle prescrizioni contenute negli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo.

Il comma III dell'art. 31 del codice del processo amministrativo ha preso espressa posizione in ordine alla latitudine del potere giudiziale: la regola ivi consacrata è quella per cui se non è necessario disporre accertamenti valutativi complessi, e purchè non si verta nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, né residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

Il termine “può”, contenuto nel citato comma III non significa che il giudice possieda un assoluto potere discrezionale in ordine alla emissione – o meno- della pronuncia investente la fondatezza della pretesa ma, è funzionale alla perimetrazione del potere giudiziale: serve a descrivere il potere demandato al giudice.

Ove vi sia espressa domanda in tal senso, pertanto, e non ricorrano le condizioni ostative delineate dalla citata disposizione il giudice dovrà pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato fissato dall'art. 112 del codice di procedura civile.

La disposizione citata sembra contenere una ridondante (e superflua) ripetizione, allorché doppia il riferimento alla “attività vincolata” con quello per cui “non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità”.

La espressione utilizzata, in realtà, esprime in termini non del tutto felici un concetto: vi sono provvedimenti amministrativi che ab origine postulano l'esercizio di ampia discrezionalità e che, per eventi successivamente occorsi (es: un annullamento giurisdizionale con successivo obbligo dell'amministrazione di riesaminare la pratica tenendo conto del decisum) vedono erosa la discrezionalità valutativa ex ante spettante all'amministrazione.

Anche in tali ipotesi, laddove permangano in capo all'amministrazione margini (seppur ridotti rispetto a quelli ab origine riscontrabili) di discrezionalità, sarà impossibile utilizzare il rito del silenzio.

Va nuovamente ribadito, invece, l'orientamento (ma al tema è dedicato il prossimo breve paragrafo) per cui il predetto rito speciale è esperibile unicamente purchè si verta nella esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa: ove la controversia attivata dai rientri tra quelle devolute al g.o. ne discende l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del g.a.

Si è già osservato, infine, che nell'ordinamento, già prima del c.p.a., era consentito il cumulo di domande (demolitoria ed accertativa dell'obbligo di provvedere) con conseguente conversione del rito: pertanto non potrebbe essere dichiarata inammissibile l'azione impugnatoria, sol perché proposta insieme all'azione avverso il silenzio, ma in tale evenienza si deve disporre la trattazione di entrambe le domande proposte utilizzando il rito ordinario ([Consiglio di stato, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996](#)).

3. Il riparto di giurisdizione sulle controversie in tema di inerzia della PA: il comportamento mero.

3.1.

La esposizione che segue è finalizzata a dare risposta ai seguenti interrogativi: il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione, tutelabile innanzi al giudice amministrativo attraverso l'apposita azione di cui all'art. 21 bis della legge n. 1034/1971 (oggi: artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo) si può configurare in ogni caso in cui sia ravvisabile inerzia a fronte di una istanza del privato?

Esso costituisce una "materia" affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, legata alla posizione giuridica attiva discendente principio del "clare loqui" incombente sull'amministrazione, quale che sia la natura della pretesa azionata con l'istanza?

Ovvero si configura unicamente allorchè il privato solleciti una risposta implicante l'esercizio di pubblici poteri la cui cognizione sostanziale rientra nella giurisdizione amministrativa?

Per essere più chiari: se un impiegato del comune (si ricorda che la giurisdizione sul pubblico impiego contrattualizzato appartiene al giudice ordinario) chiede di fruire delle ferie per il mese di agosto ed il capufficio non gli risponde, detto protrato silenzio può essere impugnato innanzi al Tar?

E se il locatario di un'immobile comunale chiede che l'amministrazione vi faccia delle urgenti riparazioni? E se l'avvocato che ha difeso l'amministrazione in giudizio chiede invano il pagamento della propria parcella?

Gli esempi potrebbero continuare.

La questione è suggestiva, e la risposta immediata potrebbe essere questa: il giudice amministrativo è il giudice del conflitto del privato con l'amministrazione; ne consegue che il "dialogo" di questi con l'amministrazione, e la inottemperanza dell'amministrazione all'obbligo –autonomamente tutelato– del clare loqui costituendo posizione a sé stante prescinde dalla posizione giuridica attivata dal privato e deve essere conosciuta dal giudice amministrativo. Sempre.

L'apparente geometricità della costruzione esposta, sconta, in realtà, due insuperabili obiezioni.

La prima: se il rapporto giuridico sotteso all'istanza rimasta inevasa fosse devoluto alla cognizione del giudice ordinario (o di altro giudice: contabile, commissioni tributarie, etc) affidando al giudice amministrativo il compito di pronunciarsi sul silenzio (e quindi, pur se con i limiti prima indicati,

sulla fondatezza della pretesa privata veicolata con l'istanza rimasta priva di riscontro) si finirebbe con lo scardinare il sistema di riparto della giurisdizione disegnato dal Legislatore.

Il giudice amministrativo conoscerebbe per tal via di controversie che esulano dalla propria giurisdizione.

La seconda: vi sono posizioni attive (ad esempio i diritti di credito) integranti diritti soggettivi, laddove la posizione dell'amministrazione è paritaria a quella del privato.

In questi casi il privato può agire giudizialmente a tutela del proprio interesse, negli ordinari termini di prescrizione o decadenza fissati ex lege, senza dovere impugnare alcunché né attendere che l'amministrazione si pronunciasse espressamente.

Che senso avrebbe in queste ipotesi onerare l'istante ad impugnare il silenzio dell'amministrazione visto che potrebbe agire direttamente per ottenere una pronuncia dichiarativa della fondatezza della propria pretesa e di condanna per l'amministrazione? Per tal via, un istituto qual quello del silenzio, nato per rendere effettivo il diritto di difesa del cittadino, vedrebbe la propria funzione stravolta, sino a costituire una inutile duplicazione dell'azione posta a presidio della pretesa sostanziale.

Dopo qualche modesta oscillazione, la giurisprudenza ha immediatamente sposato la tesi contraria alla pan-applicabilità del rito del silenzio ed ha rilevato che non si configura una giurisdizione esclusiva o per materia del g.a. e non è quindi esperibile il detto rimedio giurisdizionale nel caso in cui il giudice amministrativo sia privo di giurisdizione in ordine al rapporto sostanziale (tra le tante, *Consiglio Stato*, sez. IV, 19 marzo 2009, n. 1645).

Sotto il profilo della giurisdizione, pertanto, si è affermato già in passato, e ribadito alla luce delle prescrizioni contenute nel codice del processo amministrativo che "l'art. 31, d.lg. n. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo), in cui è traslato l'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971, non ha inteso creare un rimedio di carattere generale, esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte della p.a. e pertanto sempre ammissibile indipendentemente dalla giurisdizione del giudice amministrativo, il quale si configurerebbe quindi come giudice del silenzio della p.a., ma soltanto un istituto giuridico di elaborazione giurisprudenziale relativo alla esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa. Sicché ove la controversia rientri tra quelle devolute al g.o. ne discende l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del g.a." (giurisprudenza pacifica: tra le tante, *T.A.R. Sicilia Catania*, sez. II, 07 dicembre 2010 n. 4696; *T.A.R. Lazio, Roma* sez. II 07 novembre 2011 n. 8531. : "l'art. 31 c.p.a., in cui è traslato l'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971, non ha inteso creare un rimedio di carattere generale, esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte della P.A. e pertanto sempre ammissibile indipendentemente dalla giurisdizione del giudice amministrativo, il quale si configurerebbe come giudice del silenzio della P.A., ma soltanto un istituto giuridico di elaborazione giurisprudenziale relativo all'esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa. Sicché, anche nel caso di rito speciale instaurato per l'impugnazione del silenzio, il giudice adito deve verificare la propria giurisdizione in relazione alla natura della posizione sostanziale esercitata e, ove la controversia attivata rientri tra quelle devolute al g.o., non può non discenderne l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo."

Con precipuo riferimento alla consistenza della posizione giuridica attiva sottesa all'istanza rimasta inevasa, si è rilevato l'istituto del silenzio va infatti configurato come strumento diretto a superare l'inerzia della p.a. nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a fronte di una posizione di mero interesse legittimo in capo al privato. (*Consiglio Stato*, sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1116).

Se ne è condivisibilmente fatto discendere, che il ricorso avverso il silenzio della P.A. è inammissibile quando, in realtà, il privato domanda la tutela di un diritto soggettivo, e ciò anche quando ricorre un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, perché altrimenti l'azione con cui si impugna il silenzio verrebbe trasformata in un'azione di accertamento. (tra le tante, *T.A.R. Campania Napoli*, sez. VII, 01 febbraio 2011, n. 898).

Tale ultima affermazione è avversata da altra minoritaria corrente giurisprudenziale, secondo cui, nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il rito del silenzio

sarebbe esperibile anche laddove il privato vanti una posizione avente consistenza di diritto soggettivo.

Detta affermazione non appare condivisibile.

Ciò non tanto per ragioni di incoerenza sistematica, quanto per la elementare constatazione che laddove la posizione attiva abbia consistenza di diritto soggettivo (e sebbene sia stata devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) il rimedio del silenzio risulta inutile (il che avviene nel caso in cui il petitum ha per oggetto l'accertamento del diritto al riconoscimento di spettanze economiche, la cui tutela giurisdizionale si esplica in sede esclusiva attraverso una pronuncia di accertamento).

Né la formazione del silenzio è compatibile con le controversie che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia dell'organo pubblico a provvedere, come nei casi in cui l'accertamento verta su pretese patrimoniali costitutive di diritti di credito in base a norme che regolano l'azione dell'Amministrazione, atteso che in tali ipotesi non è necessario l'intermediazione di atti di iniziativa del privato (istanza, successivo atto di intimazione a provvedere con assegnazione del termine) onde costituire il presupposto per dare accesso al sindacato sulla condotta omissiva, potendo l'interessato, in via immediata, proporre l'azione di accertamento del diritto a contenuto economico ritenuto insoddisfatto.

Esperire il rito semplificato del silenzio, in tale ipotesi, comporterebbe una indebita sovrapposizione di strumenti processuali, e finirebbe con l'affidare ad un rito elementare nella sua strutturazione (concepito in origine, lo si ricorda, per pronunciarsi unicamente sull'obbligo – o meno – di provvedere, senza soffermarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale) definibile con sentenza succintamente motivata e da emettere entro termini particolarmente ristretti l'esame di controversie di complessa struttura.

3.2.

Il punto fermo che consegue alla trattazione sinora svolta, è che l'interfaccia sostanziale del "silenzio" è una posizione giuridica attiva di interesse legittimo, che corrisponde all'esercizio di un pubblico potere da parte dell'amministrazione.

Laddove invece la posizione vantata dal privato sia di diritto soggettivo e quale che sia il plesso giurisdizionale deputato alla cognizione della pretesa (Giudice Ordinario od Amministrativo) potendo il privato chiedere in via diretta ed immediata l'accertamento del proprio diritto e la condanna dell'amministrazione, il rito del silenzio non trova applicazione.

Armonicamente con tale presupposto, la maggioritaria giurisprudenza, (Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2006, n. 5500; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 16 settembre 2009, n. 1511; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 27 maggio 2009, n. 2971; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 marzo 2006 n. 1727; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 luglio 2007, n. 6470; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 2 luglio 2008, n. 655) esclude che il detto rimedio sia esperibile con riferimento ad obblighi di eseguire che richiedono, per il loro assolvimento, un'attività meramente materiale, e non provvedimento.

In tali casi la gamma delle azioni previste dagli artt. 2930 e segg. del codice civile consente al privato di tutelare in via autonoma e diretta la propria posizione attiva; non viene in rilievo l'esercizio di una potestà pubblicistica; non avrebbe senso sovrapporre alla fattispecie il rito del silenzio.

Tale principio, tuttavia, soffre di una importante eccezione.

Essa è rappresentata dalla evenienza in cui l'inerzia dell'amministrazione sia direttamente correlata alla omessa cura dell'interesse pubblico.

In tali evenienze, si è affermato che le norme introdotte dagli artt. 2 comma 5 (ora comma 8, per effetto dell'intervento modificativo operato dall'art. 7, l. 18 giugno 2009 n. 69), della l. 7 agosto 1990 n. 241 e 21 bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 abilitano anche colui che è formalmente controinteressato (procedimentale) in un procedimento sanzionatorio urbanistico, ad agire per porre rimedio all'inerzia palesata dall'Amministrazione che deve curare l'interesse pubblico. In

particolare, l'esplicita previsione della possibilità di azionare il procedimento per la dichiarazione di illegittimità del silenzio, anche senza far precedere la domanda giudiziale dalla diffida, induce a ritenere che il controinteressato procedimentale possa diventare ricorrente ove sia provato che l'amministrazione ha trascurato di dar seguito agli atti necessari per la tutela dell'interesse pubblico. (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 05 gennaio 2010, n.48).

Nel caso esaminato dal Tar, ci si trovava al cospetto di un protratto silenzio sulla richiesta di adozione delle misure riparatorie per scongiurare il pericolo che sarebbe disceso dal permanere inalterato dello stato dei luoghi, nonostante la conclamata abusività dell'attività svolta in locali inidonei sotto il profilo sia sanitario che edilizio; la richiesta era stata avanzata da soggetti che allegavano un interesse derivante da una situazione di contiguità abitativa.

Opportunamente, il giudice ha ritenuto che in una simile situazione il silenzio concretasse una omissione della cura dei pubblici interessi ed ha ritenuto il petitum ammissibile né più e né meno che se fosse stata avanzata una speculare richiesta proveniente dall'aspirante al rilascio di un titolo abilitativo.

4.L'azione avverso il silenzio nel nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104): autonomia dell'azione avverso il silenzio nella disciplina delle azioni e termine per proporla.

4.1. La relazione al codice del processo amministrativo indica in pochi e sintetici concetti i tratti essenziali di questa azione, avvertendo immediatamente che "si è mantenuta la rilevanza autonoma per l'azione avverso il silenzio, che ha ad oggetto l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere e che ha un'importante specifica tradizione nel processo amministrativo."

E' importante evidenziare che la Relazione sottolineava il necessario raccordo di detta azione con una ulteriore (l'azione di adempimento) che, nel disegno originario del legislatore, avrebbe dovuto costituire una delle più rilevanti novità dell'impianto codicistico.

E' dato leggere, infatti, nella Relazione (che di seguito si riporta testualmente) che

"l'azione è diretta alla declaratoria dell'obbligo di provvedere e va raccordata con la possibilità di esperire contestualmente l'azione di adempimento per ottenere la condanna dell'amministrazione al rilascio di un determinato provvedimento individuato anche nel suo contenuto.

Anche nel caso di contestuale esercizio dell'azione di adempimento, la mera declaratoria dell'obbligo di provvedere costituirà l'esito del giudizio quando non sarà possibile per il giudice spingersi ad accertare la fondatezza della pretesa perché residuano spazi di discrezionalità."

Come è noto, tuttavia, la delega legislativa in materia di introduzione nel codice dell'azione di adempimento non è stata esercitata dal Legislatore (rectius: la espressa previsione in tal senso contenuta nel testo del codice licenziato dalla Commissione è stata soppressa): il raccordo dell'azione in materia di silenzio con l'azione di adempimento è pertanto rimasto privo di oggetto in quanto detta ultima azione non è stata positivizzata.

La Relazione, in ultimo, sottolinea che "si è mantenuta la proponibilità dell'azione senza diffida, dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento, entro il termine di un anno, non ravvisandosi in questo caso l'esigenza di omogeneizzazione dei termini a sessanta o centottanta giorni che connota le altre azioni, trattandosi di istituto sostanzialmente già consolidato nell'esperienza giudiziaria."

Ai sensi dell'art. 31 del codice il giudizio si propone con ricorso notificato finché dura l'inadempimento e comunque non oltre 1 anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento (anche senza previa diffida) e depositato entro 15 giorni dall'ultima notifica dello stesso; l'appello va notificato entro 30 giorni

dalla notifica della sentenza e depositato entro 15 giorni dall'ultima notificazione.

Sia nel giudizio di primo grado che nel giudizio di appello tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. (art. 87, co.3); la discussione del giudizio è fissata d'ufficio alla prima camera di consiglio utile decorsi 30 giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimiate. (art. 87, co. 3).

Da ciò discende che essa può essere celebrata decorsi almeno 60 giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione per il suo destinatario.

I depositi nel giorno di scadenza devono essere effettuati entro le ore 12.00 (art. 4, co. 4, all. 2 al codice amministrativo).

Il giudice decide con sentenza semplificata.

La relazione al codice, a proposito del rito del silenzio di cui all'art.117 (Titolo III), innanzitutto afferma espressamente che esso ha natura "speciale" (è infatti uno dei 9 riti speciali disciplinati dal codice -due dei quali di nuova introduzione e sette "confermati" in quanto già in precedenza esistenti-); di seguito, ribadisce la natura "compilativa" delle previsioni codicistiche affermando che "il rito avverso il silenzio della pubblica amministrazione, è stato codificato senza innovazioni particolari, salvo un migliore coordinamento in caso di concorso di azioni diverse con quella relativa alla mera inerzia (azione di adempimento volta all'accertamento della fondatezza della pretesa, azione risarcitoria, azione impugnatoria contro il provvedimento espresso sopravvenuto).

E' importante sottolineare che, nel caso in cui nel corso del giudizio avverso il silenzio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei

termini e con il rito previsto per il provvedimento espresso, e l'intero giudizio prosegue con tale rito. In tale ipotesi è prevista una conversione obbligatoria del rito camerale in rito ordinario, essendo sopravvenuto il provvedimento espresso e incentrandosi il contenzioso su quest'ultimo.

Se insieme all'azione avverso il silenzio viene proposta l'azione di risarcimento del danno per inosservanza dolosa o colposa del termine per provvedere, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e fissare l'udienza pubblica per la trattazione della domanda risarcitoria."

La relazione contemplava altresì la ipotesi in cui venisse "chiesto anche l'accertamento della fondatezza della pretesa", prevedendo che in tale evenienza il giudice "potesse disporre, anche su istanza di parte, la conversione del rito camerale in ordinario. In tal caso fissa l'udienza pubblica per la discussione del ricorso."

Detta conversione del rito camerale in rito ordinario aveva natura "facoltativa ed era rimessa alla valutazione del giudice; infatti, ove la fondatezza della pretesa fosse stata insussistente, sarebbe stato superfluo convertire il rito."

Il testo definitivo del codice amministrativo non contempla più detta fattispecie di conversione facoltativa, strettamente legata alla domanda di accertamento della fondatezza della pretesa e, quindi, alla (soppressa, come si è avvertito in precedenza) azione di adempimento.

4.2. Alla stregua di quanto si è finora esposto può agevolmente preconizzarsi la persistente attualità degli orientamenti giurisprudenziali affermatasi in passato in tema di non cumulabilità della domanda tesa ad accertare la illegittimità del silenzio con altre azioni. L'ultimo comma dell'art. 117, tuttavia, stabilendo che "se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria" facoltizza soltanto, ma non obbliga, il giudice ad esaminare detta ultima domanda rimettendo a ruolo la causa per la trattazione in udienza pubblica.

Ne discende che, sotto il profilo dogmatico, ed in via di principio, risulta superato ex lege l'orientamento giurisprudenziale pregresso secondo cui la domanda risarcitoria sarebbe incompatibile con il giudizio a rito speciale sul silenzio-rifiuto, in quanto, per ragioni di specialità e speditezza (quest'ultimo si svolge con rito camerale) non risulterebbe compatibile con una domanda cognitoria quale l'azione di risarcimento del danno.

E' probabile che la prassi tendenziale seguita dal giudice sarà nel senso di uno sdoppiamento della procedura: tuttavia, e quantomeno nei casi più semplici, non è da escludere la possibilità che con una unica decisione si definisca interamente la controversia, anche con riguardo al petitum risarcitorio.

La giurisprudenza ha preso atto di tale innovazione legislativa ed ha affermato che alla luce dell'art. 117, comma 6, del c.p.a., deve ritenersi ammissibile la domanda di risarcimento proposta unitamente al ricorso avverso il silenzio e che del pari è ammissibile la domanda con cui il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento (*Consiglio Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739*).

Secondo tale autorevole arresto, infatti, tale disposizione ha codificato quell'orientamento favorevole all'ammissibilità del cumulo di domande, già presente prima dell'entrata in vigore del Codice: sotto tale profilo, pertanto, la norma assume una natura interpretativa circa l'ammissibilità del cumulo, che va quindi riconosciuta anche con riferimento ai giudizi già pendenti al momento dell'entrata in vigore del Codice (Cons. Stato, IV, 27 novembre 2010 n. 8251).

E' certamente da ribadire integralmente, invece, il principio per cui ci si trova al cospetto di un istituto giuridico relativo alla esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa ed afferente a posizioni di interesse legittimo devolute alla cognizione del giudice amministrativo.

Se il giudice amministrativo è carente di giurisdizione con riferimento alla pretesa sostanziale, lo è pure con riguardo all'azione volta a fare dichiarare la illegittimità del silenzio.

Come già accennato in precedenza, il comma V dell'art. 117, infine, ha positivizzato la impugnabilità del provvedimento sopravvenuto in seno al giudizio sul silenzio: in tale caso, la vis attrattiva esercitata da tale successiva impugnazione implica che l'intero giudizio prosegua con il rito previsto per la impugnabilità del provvedimento sopravvenuto.

Quanto ai rapporti con il rito speciale dell'accesso, può prospettarsi sin d'ora che conserva piena attualità l'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e, segnatamente, le decisioni n.ri 6 e 7 del 2006), secondo cui la mancata impugnazione del diniego all'accesso agli atti e all'attività amministrativa, nel termine di trenta giorni, decorrente dalla conoscenza del provvedimento di diniego o dalla formazione del silenzio significativo, non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego, laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo, potendo l'interessato reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa solo in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante.

Ciò perché l'art. 116 comma I del codice del processo amministrativo (che disciplina il rito dell'accesso) fa espresso riferimento al termine di trenta giorni, marcando così la differenza rispetto al successivo art. 117 (che disciplina il rito del silenzio) che, invece, richiamando il termine di cui all'art. 31 comma II consente la riproposizione dell'istanza di avvio del procedimento.

D'altro canto si rammenta conclusivamente che, l'aspirante all'accesso che sia rimasto inerte non impugnando nei trenta giorni il silenzio serbato dall'amministrazione ha una ulteriore possibilità di essere soddisfatto nella propria pretesa, devolvendo al giudice – cui abbia nel frattempo presentato ricorso vertente sul soddisfacimento della propria pretesa sostanziale cui la richiesta di accesso era strumentale – la questione relativa alla necessità, a fini di difesa, di conoscere atti non ostesi dall'amministrazione: il giudice, ove ritenga necessaria l'acquisizione in giudizio di detta documentazione, anche a fini di completezza istruttoria, ben potrà disporre l'acquisizione (arg. ai

sensi dell'art. 64 comma III del codice del processo amministrativo) ancorchè la parte che ne ha sollecitato l'acquisizione fosse decaduta dal diritto di impugnare la determinazione negativa sull'accesso.