

Sull'azione in materia di silenzio e sulla giurisdizione.

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che *“la norma che disciplina l'azione sul silenzio è una norma sul processo e non sulla giurisdizione, e quindi è una norma che presuppone e non fonda la giurisdizione. Essa, cioè, non intende dire che il mancato esercizio del potere amministrativo costituisce una nuova ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo, ma solo che se la situazione giuridica soggettiva lesa da un comportamento amministrativo inerte è di interesse legittimo (ed è quindi attribuita al giudice amministrativo secondo le regole ordinarie), il ricorrente gode di un ulteriore strumento processuale rappresentato dal rito contra silentium.*

Poiché la giurisdizione si determina in base alla natura delle situazioni giuridiche soggettive di cui si invoca tutela, ne consegue che ogni qualvolta il rapporto giuridico sottostante al silenzio dell'amministrazione involge posizioni di diritto soggettivo dell'istante, la giurisdizione del giudice amministrativo è da escludersi sia nell'ipotesi in cui la materia sottostante appartenga alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia nell'ipotesi in cui la stessa appartenga alla giurisdizione del giudice ordinario.

Nel primo caso, infatti, il codice del processo amministrativo appresta all'istante molteplici strumenti di tutela: l'azione di accertamento e di condanna, il procedimento di ingiunzione (art. 118 c.p.a.), il procedimento cautelare (artt. 55 ss.) ...

Nel secondo caso, cioè quando il rapporto sostanziale appartiene alla cognizione del giudice ordinario, l'inerzia amministrativa è qualificabile come inadempimento di un'obbligazione con conseguente responsabilità di tipo contrattuale da far valere dinnanzi al giudice ordinario”

(1).

Come statuito ripetutamente dalla giurisprudenza amministrativa, la semplice circostanza che un ricorso sia stato veicolato attraverso il meccanismo del silenzio rifiuto non comporta per ciò stesso la spettanza della giurisdizione su di esso in capo al giudice amministrativo, in quanto: *“In tema di silenzio-inadempimento, l'art. 31 c.p.a. (nel quale è stato traslato l'art. 21-bis della*

L. 6 dicembre 1971, n. 1034) non ha inteso creare un rimedio di carattere generale, esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte della pubblica amministrazione e, pertanto, sempre ammissibile indipendentemente dalla giurisdizione del giudice amministrativo sulla questione sottostante, come si verificherebbe qualora il giudice amministrativo fosse stato configurato come giudice del silenzio della pubblica amministrazione, ma ha solo codificato un istituto giuridico di elaborazione giurisprudenziale, relativo all'esplicitazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'azione amministrativa, tanto che, anche nel caso del rito speciale instaurato per l'impugnazione del silenzio **il giudice adito deve preliminarmente verificare la propria giurisdizione in relazione alla natura della posizione sostanziale esercitata e, se del caso, dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e con l'ulteriore conseguenza che lo speciale rito sul silenzio non configura una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva o per materia del giudice amministrativo, ma costituisce un particolare strumento processuale volto a rendere più efficace la tutela dell'interessato nei confronti del comportamento inerte della p.a. nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a fronte di una posizione di interesse legittimo in capo al cittadino** (conferma T.A.R. Lazio Roma, Sez. III-bis, n. 11949/2016)” (2).

Ed ancora: **“Il rito speciale sul silenzio è praticabile esclusivamente se il Giudice Amministrativo ha la giurisdizione sul rapporto cui inerisce la richiesta inevasa; per attivare il ricorso avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione, è determinante che il silenzio riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come interesse legittimo** (artt. 31,117, d.lgs. n. 104/2010, CPA)” (3).

In ordine alla specifica posizione fatta valere dal privato, il Giudice amministrativo non ha mancato di evidenziare che: **“... considerato che l'Associazione ricorrente occupa un immobile appartenente al patrimonio disponibile del Comune ... a titolo (sia pure precario) di locazione e che aspira ad occupare (allo stesso titolo) un altro immobile pure rientrante nel patrimonio disponibile comunale ... la posizione giuridica azionata non ha certo la consistenza**

dell'interesse legittimo, vertendosi, invece, in tema di diritti soggettivi perfetti. Pertanto ... la controversia appartiene alla giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria" (4).

Sull'argomento, si è espresso anche il Tar di Bari, il quale ha affermato che: *"la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il procedimento avverso il silenzio dell'Amministrazione, rimesso alla cognizione del giudice amministrativo secondo la disciplina oggi rinvenibile negli artt. 31 e 117 cod. proc. amm., deve tendere all'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di esercitare un pubblico potere di cui sia titolare, e quindi di emettere un provvedimento di cura dell'interesse pubblico; laddove, invece, si chiedi che l'ente sia condannato a compiere un atto di natura privatistica ovvero un'attività materiale, come nella fattispecie, deve escludersi l'esperibilità del rito speciale contro l'inerzia dell'Amministrazione" (in questi termini Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2003 n. 2196; TAR Puglia, Bari, sez. I, 9 marzo 2010 n. 849).*

Il giudizio sul silenzio, pur se collegato sul piano sistematico al dovere imposto a tutte le Amministrazioni pubbliche di concludere i procedimenti avviati con l'adozione di atti espressi, postula sempre l'esercizio di una potestà amministrativa, rispetto alla quale la posizione del privato si configura come interesse legittimo, normalmente di tipo pretensivo, sicché soltanto in tale prospettiva può trovare giustificazione la ratio del predetto rito speciale, volto ad accertare se l'Amministrazione abbia, con il silenzio, violato l'obbligo di provvedere. L'impugnazione del silenzio-rifiuto dell'Amministrazione deve perciò avere come presupposto, ai fini dell'ammissibilità della domanda, la titolarità in capo all'istante di una situazione di interesse legittimo pretensivo e la mancata adozione, da parte dell'ente evocato in giudizio, di un provvedimento amministrativo (cfr., tra molte: Cons. Stato, Ad. plen. 9 gennaio 2002 n. 1; Id., sez. VI, 7 maggio 2003 n. 2412; Id., sez. VI, 7 gennaio 2008 n. 33)" (5).

Alla luce delle suesposte argomentazioni, è da considerare inammissibile un ricorso azionato attraverso lo strumento del silenzio-rifiuto, allorché il ricorrente abbia richiesto principalmente

la condanna dell'Ente pubblico “.. a compiere un atto di natura privatistica” e, quindi, “*deve escludersi l'esperibilità del rito speciale contro l'inerzia dell'Amministrazione*”.

(1) In tal senso, “*Il processo amministrativo*”, Michele Corradino - Saverio Sticchi Damiani, Giappichelli Editore - Torino, 2014, pag. 506 e ss.

(2) In tal senso, Cons. Stato, Sez. Sesta, 31 gennaio 2018, n. 650; Cons. Stato, sez. Quinta, 30 settembre 2013, n. 4835.

(3) In tal senso, TAR Basilicata, Potenza, Sez. Prima, 6 febbraio 2017, n. 130; v. anche TAR Campania, Napoli, Sez. Quinta, 27 settembre 2018, n. 5593.

(4) TAR Puglia, Lecce, Sez. Seconda, 19 ottobre 2012, n. 1695.

(5) In tal senso, TAR Bari, Sez. Prima, 8 luglio 2011, n. 1040.

Ottobre 2018