GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

L’esecuzione della pronuncia silenziosa.

di Stefania Caggegi

30 giugno 2020

Stefania Caggegi

L’esecuzione della pronuncia silenziosa.

Nota a Consiglio di Stato, Sezione V, Ordinanza del 14/04/2020 n. 2413

1. - Premessa. 2.1.- I problemi dell’esecuzione del giudizio sul silenzio.2.2.- Il problema del contraddittorio a fronte della domanda di nomina del commissario ad acta. 2.3.- Il provvedimento sopravvenuto: il carattere interlocutorio o decisionale e la discrezionalità. 3. L’accertamento concretamente operato nella fase di cognizione può giustificare la nomina del commissario ai sensi dell’art 117 cpa

1. - Premessa. L’ordinanza n 2413/2020, resa dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato, merita di essere segnalata per i principi affermati in materia di esecuzione delle pronunce rese nell’ambito del rito sul silenzio, con particolare riferimento all’ipotesi in cui, dopo la sentenza conclusiva della fase cognitiva che abbia ordinato all’Amministrazione di provvedere, sia stato emanato un provvedimento espresso che sia però ritenuto non conclusivo del procedimento

Nella fattispecie l’ordinanza accoglie l’istanza per la nomina del commissario *ad acta* presentata dalla Società dei Parchi S.p.A., la quale deduce l’inottemperanza della sentenza pronunciata dalla stessa Sezione V del Consiglio di Stato (n. 5022 del 17 Luglio 2019), che aveva disposto “*l’obbligo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di adottare un provvedimento espresso che compiutamente concluda il procedimento di aggiornamento/revisione del P.E.F. entro il termine [...] fissato nella data del 30 ottobre 2019*”.

Preliminarmente, l’ordinanza chiarisce che il rimedio dell’ottemperanza ovvero quello dell’istanza volta alla nomina di un commissario *ad acta* ai sensi dell’art 117 c.p.a. sono rimedi concorrenti, tra loro alternativi, a disposizione della parte qualora l’amministrazione intimata non ottemperi ad una sentenza dispositiva di un obbligo di provvedere e che nel caso di specie la domanda di esecuzione era da intendersi “*proposta ai sensi dell’art. 117, comma 2, Cod. proc. amm., sicché è da intendersi introduttiva della fase esecutiva del processo sul silenzio, la cui fase di cognizione si è conclusa con la sentenza*”.

2.1. - I problemi dell’esecuzione del giudizio sul silenzio

L’art. 2 della L. n. 241/1990, sancisce il dovere della Pubblica amministrazione di concludere ogni procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, colorando, quindi, di illegittimità il mancato esercizio del potere amministrativo**[1]**.

Del resto, il silenzio della P.A. – inteso come omesso esercizio dei poteri cui la medesima è investita per la cura degli interessi pubblici – costituisce una delle più grandi disfunzioni dell’apparato amministrativo, in quanto l’inerzia dell’Autorità preposta a provvedere si ripercuote gravemente sulla sfera del privato**[2]**.

Per evitare che l’inottemperanza al dovere di cui all’art. 2 pregiudichi irreparabilmente la posizione del privato, l’ordinamento prevede due forme di tutela**[3]**: quella di tipo pretensivo che si ha quando il legislatore interviene per prevenire lo stesso prodursi di effetti pregiudizievoli connessi all’inerzia, riconoscendo un significato legale tipico alla mancata adozione del provvedimento espresso e quella di tipo successivo, che si ha quando l’ordinamento consente al privato di reagire attraverso l’azione giudiziaria per ovviare agli effetti negativi prodotti dall’inerzia.

Del resto, è di piena evidenza l’intima connessione tra la doverosità dell’azione amministrativa e i rimedi contro il suo mancato rispetto**[4]**.

Difatti, in virtù del generalizzato dovere di cui all’art. 2 L. 241/1990, il legislatore ha previsto all’art. 31 c.p.a. la possibilità per chi ne abbia interesse di chiedere l'accertamento dell’obbligo dell’amministrazione di provvedere**[5]** e all’117 c.p.a. che, in caso di accoglimento del ricorso avverso il silenzio, il Giudice ordina all’Amministrazione di provvedere entro un termine (solitamente non superiore a trenta giorni) e ove occorra nomini un commissario *ad acta* con la sentenza conclusiva del giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

L’azione avverso il silenzio, come costruita dal combinato disposto degli artt. 31 e 117 c.p.a., può essere considerata concettualmente scindibile in due domande: la prima, di natura dichiarativa, volta all’accertamento dell’obbligo; l’altra, inquadrabile nel novero delle azioni di condanna, diretta ad ottenere una sentenza che condanni l’amministrazione inadempiente all’adozione del provvedimento esplicito, previo accertamento della spettanza del bene della vita nei casi in cui venga in rilievo l’esplicazione di un potere discrezionale**[6]**.

Nei casi in cui l’amministrazione intimata perduri nell’inerzia, si pone il problema dell’esecuzione del giudizio conclusosi con l’accertamento dell’obbligo e la conseguente condanna a provvedere.

Il legislatore permette al privato di censurare anche la successiva inottemperanza del disposto della sentenza.

In tali ipotesi, non si ha un vero e proprio giudizio di ottemperanza, tant’è che l’art. 117 c.p.a. (come, prima, l’art. 21 bis della Legge T.A.R.) non rinvia alle norme che lo contemplano, ma si

limita a prevedere la nomina di un commissario ad acta. Si ha più propriamente un’ottemperanza “anomala” o “speciale”, dove la specialità risiede nella circostanza per la quale si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto, si ammette l’intervento del commissario senza la necessità di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una semplice istanza al Giudice che ha dichiarato l’illegittimità del silenzio**[7]**.

In dottrina (Picozza) è stato affermato in proposito che, qualora l’amministrazione non provveda, il giudizio di cognizione si allarghi con una fase (e non un giudizio autonomo) di esecuzione**[8]**.

È prassi ormai consolidata nei Tribunali di merito, disporre sull’eventuale mancata esecuzione della sentenza dispositiva dell’obbligo di provvedere, già a conclusione del giudizio instaurato avverso il silenzio *ab origine*.

Difatti, in ossequio al principio di economia processuale, contestualmente all’accertamento dell’obbligo e alla condanna di provvedere, il giudice nomina un commissario *ad acta*, che intervenga in caso di inadempienza.

Tale *modus operandi* elimina, di fatto, la necessità che la parte sia gravata dell’onere di proporre l’ulteriore istanza a causa della perdurante inerzia dell’amministrazione**[9]**, ragion per cui è considerato preferibile provvedere in maniera unitaria.

Resta il fatto che normativamente è prevista la possibilità di percorrere indifferentemente entrambe le strade, sicché spetta al Giudice decidere quale intraprendere.

2.2. - Il problema del contraddittorio a fronte della domanda di nomina del commissario ad acta. A prescindere dalla qualificazione teorica della natura del procedimento instaurato con l’istanza di nomina del commissario ad acta – che sia un nuovo autonomo giudizio ovvero piuttosto una fase dello stesso – ciò che risulta irrinunciabile è il dovere gravante sulla parte che propone l’istanza di instaurare correttamente il contraddittorio

Difatti, nella pronuncia in commento il Consiglio di Stato afferma a chiare lettere che l’autonoma istanza per la nomina di un commissario *ad acta*, avanzata dopo la pubblicazione della sentenza che ha concluso la fase di cognizione, deve essere ritualmente notificata all’amministrazione intimata, non rilevando – ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio – la circostanza

che fosse stata già proposta col ricorso, dal momento che la sentenza non l’ha accolta.

2.3. - Il provvedimento sopravvenuto: il carattere interlocutorio o decisionale e la discrezionalità. L’ordinanza in commento offre un interessante spunto di riflessione in ordine alla questione concernente il provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio sull’istanza di nomina del commissario – quale quello di rigetto emanato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti -, essendo stato questo dichiarato dal Consiglio di Stato inidoneo a determinare la conclusione del procedimento amministrativo in corso tra le parti

Come è noto, prerogativa del processo sul silenzio è che il giudice, nel decidere, si limiti a valutare l’esistenza o meno di un preciso obbligo dell’amministrazione intimata di provvedere in merito ad un’istanza, concludendo il procedimento evocato dalla parte entro il termine astrattamente previsto per lo stesso e a nominare, nel caso di inadempienza, un commissario che provveda.

Non gli è, infatti, concesso sindacare il merito del procedimento amministrativo non portato a compimento, poiché ciò significherebbe invadere lo spazio che la legge ha riservato alla discrezionalità dell’amministrazione.

All’inizio del nuovo secolo, il ricorso avverso il silenzio venne codificato con la legge n. 205/2000, che introdusse l’art. 21 *bis* della L. TAR, ora riscritto, con modifiche non sostanziali per i limiti della legge delega, negli artt. 31 e 117 del Codice del Processo Amministrativo**[10]**.

Il Codice – nel recepire in gran parte le indicazioni della precedente giurisprudenza in materia **[11]** – ha, tuttavia, segnato un ampliamento dei poteri di sindacabilità originariamente previsti nel rito *ex* art. 21 bis, ben oltre la semplice azione di accertamento, fino a ricomprendervi anche la possibilità per l’organo giudicante di valutare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, deliberando dunque, in sede di valutazione, anche in merito alla concreta spettanza del bene della vita.

È stata prevista, difatti, all’art. 31 comma 3, la possibilità che il giudice si pronunci su questa, nei casi in cui si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuino ulteriori margini di discrezionalità e non siano necessari ulteriori adempienti istruttori.

Il ricorso avverso il silenzio è stato così disegnato come tendente non soltanto all’accertamento dell’illegittimità del silenzio, ma all’accertamento, ove possibile, della spettanza della pretesa fatta valere dal privato.**[12]**

Di contro, la fattispecie oggetto dell’ordinanza in commento, coinvolge attività procedimentali connotate dall’esercizio di ampi poteri discrezionali**[13]**, che quindi, attenendo ai profili di merito dell’azione amministrativa, dovrebbero essere escluse dal potere di sindacabilità del Collegio.

Nel caso di specie, il Giudice ha dapprima disposto l’obbligo di provvedere a fronte del quale – nelle more del giudizio sull’istanza di nomina del commissario *ad acta* – l’Amministrazione intimata ha emanato un provvedimento di rigetto che lo stesso Giudice, in sede di decisione, ha (correttamente) valutato privo di carattere decisorio, ossia non idoneo a determinare la conclusione del procedimento.

A tal proposito è utile ricordare che l’obbligo della pubblica Amministrazione di provvedere sull'istanza del privato si considera adempiuto solo con l’adozione di una decisione espressa sulla pretesa avanzata, con la conseguenza che la determinazione che vale a interrompere l’inerzia è solo quella idonea a concludere il procedimento e non anche l’adozione di un atto meramente soprassessorio, interlocutorio o endoprocedimentale**[14]**.

Nel concetto di “decisione espressa” contemplato dall'art. 2 della legge n. 241/1990, infatti, rientra una *substantia* che va ben oltre la forma apparente della decisione: è necessario, cioè, che tale decisione sia in grado di definire la materia trattata senza lasciare margini indeterminati in ordine alla necessaria sistemazione degli interessi oggetto del procedimento.

La tutela in materia di silenzio è, in essenza, il correlato espressivo del principio del contraddittorio, fondamento della trasparenza nei rapporti *inter partes*, in applicazione della buona fede in ambito procedimentale.

Pertanto, il Consiglio di Stato, accogliendo l’istanza di nomina del commissario *ad acta,* non ha invaso lo spazio di discrezionalità dell’amministrazione entrando nel merito del suo operato, piuttosto si è occupato di svolgere una valutazione sulla natura dell’atto emanato, qualificandolo come interlocutorio.

Tale conclusione è stata determinata da precisi elementi, quali la circostanza che il procedimento non possa dirsi definito poiché *“non risulta essersi concluso con alcuna determinazione di merito”*, ovvero il fatto che lo stesso provvedimento contenga la *“riserva di assumere ogni determinazione conseguente”*, elemento questo che, a detta del Consiglio, permetterebbe di richiamare *“le*

valutazioni già espresse riguardo al provvedimento di analogo contenuto del 5 gennaio 2018, n. 175 – nella sentenza 17 luglio 2019, n. 5022”, relative alla natura di atto interlocutorio.

Peraltro, la società ricorrente – probabilmente convinta anch’essa della natura interlocutoria del provvedimento emanato dal MIT – non si è avvalsa della possibilità prevista al comma 5 dell’art. 117 c.p.a., che consente, nel caso di un atto sopravvenuto ritenuto illegittimo, la proposizione dei motivi aggiunti nello stesso rito avverso il silenzio.

È altrettanto vero però che, il provvedimento emanato dal MIT dispone il rigetto dell’istanza presentata dalla Società dei Parchi S.p.A.; pertanto, potrebbe sembrare forzata una qualificazione dello stesso come atto interlocutorio o ancora come non incidente sul definitivo assetto degli interessi coinvolti.

Di sicuro, la pronuncia in commento sembra suggerire che il confine tra la mera valutazione circa l’adempimento di un obbligo di provvedere e la valutazione nel merito circa l’attitudine di un provvedimento a determinare effetti esterni – che di fatto determina una valutazione dell’attività discrezionale dell’amministrazione – sia in realtà più che mai labile.

3. L’accertamento concretamente operato nella fase di cognizione può giustificare la nomina del commissario ai sensi dell’art 117 cpa

In sede di prima analisi, si potrebbe concludere che seguire la linea interpretativa espressa dal Consiglio di Stato possa generare il rischio che la fase esecutiva del processo sul silenzio sia di fatto mutuata in una indagine sul contenuto e/o sulla natura del provvedimento emanato – finalizzata a valutare gli effetti dispositivi dello stesso -, fino a far dipendere dal risultato della suddetta indagine la qualificazione di un provvedimento di rigetto, ad esempio, come atto interlocutorio.

È lo stesso Giudice, nel motivare la propria decisione, a richiamare quanto già statuito con la sentenza conclusiva della fase di cognizione; ciò in quanto l’attività di accertamento svolta in tale precedente fase, può legittimamente fondare l’accoglimento dell’istanza di nomina del commissario.

Pertanto, nella fase esecutiva del processo non viene svolto un nuovo accertamento: piuttosto, sulla base di quanto già accertato, viene valutata l’istanza di nomina, la quale, come è noto,

risponde all’esigenza di assicurare al privato la sola decisione amministrativa in grado di incidere sulla sua sfera giuridica. Difatti, l’iter logico seguito dal Giudice, nel caso di specie, emerge con maggiore chiarezza puntando l’attenzione su quanto lo stesso aveva già precisato nella sentenza conclusiva della fase cognitiva (la n. 5022 del 17 Luglio 2019), affermando che la “ *determinazione che vale ad interrompere l’inerzia facendo venire meno l’interesse del ricorrente avverso il silenzio della pubblica amministrazione può essere soltanto quella che conclude il procedimento, con effetti definitivi e decisori, tali da superare lo stallo procedimentale e da porre con il provvedimento conclusivo la decisione amministrativa per il definitivo assetto degli interessi coinvolti*”.

Ed è proprio in virtù di tale accertamento già svolto che il Consiglio di Stato – accogliendo l’istanza di nomina del commissario – ritiene non concluso il procedimento per l’aggiornamento/revisione del Piano Economico Finanziario, qualora venga emanato un provvedimento di rigetto non contenente alcuna determinazione di merito adottata dal competente Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e, ancorché il provvedimento stesso disponga che il rigetto della proposta di PEF determini la conclusione del relativo procedimento amministrativo.

Si tratta di una soluzione che pare coerente con il principio di effettività della tutela, declinato nell'ambito della patologia omissiva che il silenzio determina in uno alle ipotesi “di contorno” di cui si è sopra fatto cenno, laddove l'Amministrazione si pone in una posizione *borderline* rispetto al dovere di concludere il procedimento secondo i dettami dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Se, infatti, la tutela in materia di silenzio è, in tesi, ormai emancipata dalle incertezze della disciplina precedentemente enucleata dalla sola giurisprudenza a partire dall'intervento riformatore del 2005 sull'art. 2 (poi, come noto, trasfuso nell'ambito del Codice del processo amministrativo), non vi è dubbio che nell'orbita delle inerzie amministrative gravitano una serie di fattispecie site al confine tra adempimento e inadempimento degli obblighi anzidetti, rispetto ai quali, ancora una volta, il Consiglio di Stato apporta il suo significativo contributo, evitando elusioni in grado di incidere sulle posizioni giuridiche protette e, in ultima analisi, sui beni della vita correlati alle pretese proprie dello stesso interesse legittimo.

[1] A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento, commento all’art. 2 della Legge 7 agosto 1990 n. 241,* in *Codice dell’azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano 2017, 283 ss.;

[2] S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del Giudice Amministrativo*, in *Codice*

dell'azione amministrativa (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano 2017, 309 ss.;

[3] R. MANCUSO, *L'inerzia delle Pubblica Amministrazione*, **www.altalex.it** 2013;

[4] si veda in proposito G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione (artt. 2, 17-bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. Sandulli, Milano 2015;

[5] N. PAOLANTONIO *Commento all'art. 31*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di) G. MORBIDELLI, Milano 2015;

[6] Cons. St., sez. V, 28 Aprile 2014 n. 2184;

[7] Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602;

[8] N. SAITTA, *Sistema di Giustizia Amministrativa*, Napoli 2015, 577;

[9] sull'irragionevolezza della separazione del procedimento *ex multis,* per primo, Cons. St., Sez. V, 16.01.2002 n. 230;

[10] sul punto si vedano, fra i molti, F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione alla luce del nuovo trattato processuale*, in *Il diritto processuale amministrativo* 2002, 245 ss.; F. FRACCHIA *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino 2003, 63 ss.; G. MONTEDORO *Il giudizio avverso il silenzio*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di) G. MORBIDELLI, Milano 2005, 251 ss.; N. PAOLANTONIO, *I riti speciali*, in *Giustizia Amministrativa* F.G. SCOCA, Torino 2013, 499 ss;

[11] v. *ex multis* Cons. St., Sez. V, n. 4939/2008;

[12] sulla modifica legislativa v. M. OCCHINEA, *Riforma della legge 241/1990 e nuovo silenzio rifiuto: del diritto v'è certezza*, **www.giustamma.it** 2005;

[13] in riferimento ad analoghe vicende cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. I, 02.11.2016 n. 10815; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 09.02.2016, n. 182;

[14] cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI., 17 dicembre 2013, n. 6037.