

Nota a Consiglio di Stato, Sezione V, 10.10.2006, n. 6056 -Silenzio rifiuto della P.A. ed istanza di riesame in autotutela

Autore: Chimisso Pietro

In: Diritto amministrativo

Nella sentenza in commento, si ripropone il dibattuto tema del silenzio rifiuto, con precipuo riferimento all'inerzia dell'Amministrazione a fronte di una richiesta di riesame in autotutela presentata da un privato.

Come noto, l'art. 2 della Legge n. 241/90 statuisce l'obbligo in capo alla P.A. di deliberare mediante provvedimento espresso, allorché il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza del privato ovvero debba essere iniziato d'ufficio. Tuttavia, nell'attività amministrativa, si verifica, a volte, che le istanze formulate dai privati non siano decise con atti espressi o non siano decise affatto. Sicché, il diritto positivo offre tre strumenti per ovviare all'inerzia della P.A. e ricondurne, nel contempo, l'operato, nell'alveo della trasparenza e della leale collaborazione con il privato: il silenzio assenso, il silenzio rigetto ed il silenzio inadempimento (o silenzio rifiuto). Nelle prime due ipotesi, il silenzio assume natura decisoria, rispettivamente, di accoglimento e di reiezione dell'istanza; nella terza ipotesi, invece, l'inerzia dell'Amministrazione dà luogo all'inadempimento dell'obbligo di provvedere.

In ogni caso, è prevista, dall'ordinamento, una particolare tutela giurisdizionale, a fronte del silenzio che non si traduca in un provvedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato: ai sensi dell'art. 21 bis della Legge n. 1034/71, siccome modificato dalla Legge n. 205/00, il silenzio è impugnabile davanti al Giudice Amministrativo il quale, accertata e ritenuta l'illegittimità dell'inerzia, ordina all'Amministrazione di provvedere entro un congruo termine, normalmente, non superiore a trenta giorni. Qualora la P.A. resti inadempiente oltre il detto termine, il G.A. nomina un Commissario ad acta che provveda in luogo della stessa.

Tanto premesso, veniamo alla vicenda posta all'attenzione dei giudici di Palazzo Spada. Un privato impugna, innanzi al TAR del Lazio, il silenzio serbato dal Comune di San Giorgio a Liri su una richiesta di riesame dell'istanza di rilascio di autorizzazione per passi carrabili. Il Tribunale dichiara inammissibile il ricorso, rilevando che la parte ricorrente non ha provveduto alla previa notificazione, al Comune di San Giorgio, di una diffida con contestuale assegnazione di un termine per provvedere.

La V Sezione del Consiglio di Stato ribalta il dictum espresso dai giudici di primo grado, affermando che a seguito delle modifiche apportate all'art. 2 della Legge n. 241/90, dalla Legge n. 15/05, il ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione può essere proposto senza necessità di previa diffida. Peraltro - prosegue il

Supremo Collegio - nel sistema previgente alle intervenute modificazioni della L. n. 241, la notifica della diffida, ai fini della formazione del silenzio impugnabile, non era sottoposta ad alcun termine decadenziale. Nel merito, viene ritenuto sussistente l'obbligo del Comune di pronunciarsi sulla richiesta di riesame, perché presentata in pendenza del termine per la proposizione del ricorso e quindi esente dall'intento di eludere l'intervenuta decadenza dall'impugnazione del precedente diniego disposto dall'Amministrazione. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 21 bis della Legge n. 1034/71, viene assegnato alla P.A. il termine di trenta giorni per emettere una pronuncia espressa sull'istanza di riesame non decisa a tempo debito.

Procedendo con ordine, la prima questione, affrontata dalla V Sezione, concerne l'obbligo (o meno) per il privato di far precedere alla proposizione del gravame, avverso l'inerzia dell'Amministrazione, la notificazione, ad essa, di una diffida ad adottare un provvedimento decisivo espresso. Sul punto, occorre rilevare che la diffida, alla stregua della formulazione dell'art. 2 della L. n. 241/90, precedente alla novella del 2005, era ritenuta occorrente ai fini della formazione del silenzio rifiuto, nel senso che quest'ultimo veniva ritenuto sussistente soltanto dopo la mancata assunzione, da parte dell'Amministrazione, di un atto deliberativo espresso, entro il termine assegnatole con la diffida. In sostanza, la giurisprudenza pressoché unanime, riteneva che in mancanza di diffida a provvedere, notificata dal privato alla P.A. a norma dell'art. 25 DPR 10.2.1957 n. 3, il silenzio rifiuto non potesse dirsi perfezionato e non fosse perciò impugnabile (cfr. ex multis Cons. St. Sez. V, 30.9.2005 n. 5036 - TAR Basilicata Potenza, 25.2.2005, n. 132 - TAR Emilia Romagna Bologna, Sez. I, 7.2.2005, n. 210 - TAR Puglia Bari, Sez. II, 26.8.2004, n. 3649). Evidentemente, il suesposto orientamento - facente leva sull'applicazione analogica, al rapporto organico, dell'art. 3 del DPR n. 3/57 recante il T.U. degli impiegati civili dello Stato - non può più avere seguito dopo le modificazioni intervenute sulla L. n. 241/90 la quale, espressamente, all'art. 2 siccome novellato, statuisce che non occorre (più) far precedere la diffida alla proposizione del ricorso avverso il silenzio.

Quindi, nella specie, il primo capo della sentenza in rassegna sembra conformarsi pedissequamente e peraltro giustamente al dettato attuale dell'art. 2, della Legge n. 241/90: la parte ricorrente, in ragione dello *ius superveniens*, aveva la facoltà di impugnare il silenzio del Comune, senza far precedere al gravame alcuna diffida a provvedere.

Tuttavia, l'aspetto che rende la sentenza in esame meritevole di nota risiede nel fatto che il silenzio, nella specie, investiva la peculiare istanza tendente al riesame di una richiesta (di autorizzazione) sulla quale era intervenuto un provvedimento espresso di diniego, rispetto al quale non era decorso il termine decadenziale per proporre impugnazione. Notoriamente, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'inerzia della P.A. possa integrare la fattispecie del silenzio rifiuto solo qualora sussista l'obbligo di provvedere il quale, nondimeno, manca laddove l'istanza del privato sia volta a sollecitare il riesame di un atto divenuto inoppugnabile (cfr. ex plurimis Cons. St. Sez. VI, 5.9.2005, n. 4504 - TAR Puglia Bari, Sez. III, 24.5.2004, n. 3141). Le ragioni di tale orientamento risiedono nel fatto che affermandosi un generalizzato obbligo, in capo all'Amministrazione, di rivalutare un proprio provvedimento anche quando rispetto ad esso siano decorsi i termini per proporre ricorso, sarebbe vulnerata l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti che hanno titolo in atti autoritativi ed inoltre resterebbe lettera morta il regime

decadenziale dei termini per impugnare (cfr. TAR Puglia Bari, Sez. II, 2.3.2005 n. 908). Di contro, nella sentenza in rassegna, il Supremo Collegio fa rilevare come la richiesta di riesame sia stata presentata dal privato in pendenza - e non invece dopo la scadenza - del termine per ricorrere avverso il precedente provvedimento di diniego. Pertanto, il silenzio rifiuto, nella fattispecie, viene ritenuto sussistente, con il rilievo che la richiesta di riesame non tende alla sostanziale - ed in ipotesi non consentita - riapertura dei termini per ricorrere.

Tuttavia, la soluzione adottata dal Consiglio di Stato non sembra ancorata ad una rigorosa applicazione dei principi sottesi all'istituto del silenzio. Infatti, la tutela radicata nel combinato disposto dell'art. 2 della Legge n. 241/90 e dell'art. 21 bis della L. 1034/71 presuppone che vi sia in capo alla P.A. un obbligo giuridico di provvedere. Ma la richiesta di riesame presentata dal privato, nella specie, tendeva ad instaurare un procedimento di secondo grado, ponendosi essa come un'istanza con cui il Comune di San Giorgio a Liri veniva sollecitato a rimuovere, in via di autotutela, il precedente diniego dell'autorizzazione relativa ai passi carrabili. Rebus sic stantibus, pare che non fosse ravvisabile, per la verità, un obbligo per il Comune di provvedere. Si consideri difatti che l'autotutela rientra in una potestà ampiamente discrezionale al cui esercizio l'Amministrazione non è mai obbligata (in tal senso Cons. St. Sez. IV, 20.6.2005, n. 3909 - Cons. St. Sez. IV, 10.11.2003, n. 7136). E per giunta, proprio perché la P.A. non è tenuta ad attivare il potere di autotutela, rispetto ad esso, la posizione giuridica sostanziale del privato non è di interesse legittimo, sibbene di mero interesse di fatto (cfr. Cons. St. Sez. VI, 19.12.2000, n. 6838).

In definitiva, nella specie, pare difficilmente sostenibile che il Comune di San Giorgio fosse tenuto a deliberare sulla richiesta di ritiro del precedente atto di diniego, essendo stato con essa sollecitato un potere (quello di autotutela decisoria appunto) per sua natura ampiamente facoltativo, per di più in mancanza di un correlativo interesse giuridicamente qualificato dell'istante. Come si è detto, in assenza di un obbligo di provvedere riconducibile all'art. 2 della Legge 241/90, non è configurabile il silenzio rifiuto. Ne deriva che la sentenza in commento non aderisce in toto ai principi sottesi all'istituto del silenzio, giacché il Consiglio di Stato, ritenuta la sussistenza del silenzio rifiuto, assegna al Comune il termine per emettere un atto deliberativo, presupponendo quindi in capo alla P.A. un obbligo di provvedere. Obbligo, questo, che però sembra difficilmente riscontrabile nel procedimento di secondo grado (di autotutela ad istanza dell'interessato) nella specie instaurato, con la richiesta di riesame.

Pietro Chimisso

pietro_chimisso@hotmail.com

28.10.2006

<https://www.diritto.it/nota-a-consiglio-di-stato-sezione-v-10-10-2006-n-6056-silenzio-rifiuto-della-p-a-ed-istanza-di-riesame-in-autotutela/>