

**L'INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: PROFILI
SOSTANZIALI E PROCESSUALI**

CAPITOLO I

L'inerzia della Pubblica Amministrazione e la tempistica procedimentale

1. Premessa introduttiva
2. Le origini della tutela nei confronti del comportamento inerte della Pubblica Amministrazione
3. L'evoluzione del silenzio da «rifiuto» a «inadempimento»
4. L'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione
5. I termini per l'adozione del provvedimento finale

CAPITOLO II

Il procedimento di formazione del silenzio-inadempimento

1. L'istituto della diffida ad adempiere
2. La diffida facoltativa dopo la legge n. 15/2005
3. Il termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento prima della legge n. 15/2005
4. Le novità normative in tema di termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento.

CAPITOLO III

L'azione avverso il silenzio-inadempimento

1. Il rito sul silenzio: i presupposti di utilizzabilità del rito
 - 1.2. Ambito di applicazione del rito speciale: il problema del silenzio significativo e del silenzio rigetto
 - 1.3 Ricorso contro il silenzio e riparto di giurisdizione
2. L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-rifiuto: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale fino al codice del processo amministrativo
 - 2.1. Osservazioni sulla soluzione accolta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2002
 - 2.2. Dalla modifica dell'articolo 2 legge n. 241/1990 ad opera dell'articolo 3, comma 6-*bis* del decreto legge n. 35/2005 (convertito in legge n. 80/2005) all'emanazione del codice del processo amministrativo
 - 2.3 La rilevanza dell'autovincolo e il problema del sindacato sulla fondatezza della pretesa in caso di discrezionalità tecnica

3. Il giudice “*può*” pronunciare sulla fondatezza della pretesa
4. I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio-inadempimento dopo il codice del processo amministrativo
5. Provvedimento sopravvenuto espresso nel corso del giudizio avverso il silenzio rifiuto
6. L’iter procedurale del rito avverso il silenzio e il ruolo del Commissario ad acta
7. Impugnabilità del silenzio con ricorso straordinario al Capo dello Stato

CAPITOLO IV

La tutela risarcitoria nei confronti del silenzio-inadempimento

1. La risarcibilità del danno da ritardo
2. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul danno da ritardo
3. I rapporti tra il ricorso avverso il silenzio-inadempimento e l’azione per il risarcimento del danno
4. I termini per proporre la domanda di risarcimento del danno nel codice del processo amministrativo

CAPITOLO I

L'inerzia della Pubblica Amministrazione e la tempistica procedimentale

SOMMARIO:1. Premessa introduttiva; 2 Le origini della tutela nei confronti del comportamento inerte della pubblica amministrazione; 3. La natura giuridica del silenzio-inadempimento; 4. L'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione; 5. I termini per l'adozione del provvedimento finale.

1. Premessa introduttiva

Nello Stato di diritto amministrativo la cura dell'interesse pubblico, da parte della Pubblica Amministrazione, veniva perseguita tramite provvedimenti unilaterali ed imperativi che si atteggiavano come espressione di un potere autoritativo, nei confronti degli amministrati, e rispetto ai quali gli stessi potevano vantare ben poche pretese. In questo contesto l'interesse pubblico si presentava esterno e contrapposto a quello dei cittadini; esso era fissato e sintetizzato in sede legislativa prevedendo per la sua determinazione in concreto modalità operative che la Pubblica Amministrazione era chiamata ad applicare rigorosamente.

Questa situazione comportava una serie di conseguenze nel rapporto tra amministrazione ed amministrati. Da una parte, si dava luogo ad un rapporto impersonale tra cittadino e funzionario pubblico; a quest'ultimo, infatti, la responsabilità sull'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa era solo indirettamente imputabile essendo responsabile esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dalla quale dipendeva, e dalla quale era chiamato al rispetto

formale dei canoni di legalità ed imparzialità degli atti con conseguente e sostanziale disattenzione per il prodotto finale dell'attività amministrativa.

Dall'altra, per quanto concerne i destinatari dell'attività amministrativa, si creava il convincimento che la stessa emissione degli atti costituisse una sorta di benevolenza o peggio di favore, con un sostanziale svuotamento delle aspettative, e conseguente depotenziamento delle tutele.

Con lo svilupparsi dello Stato di diritto democratico in senso sociale e pluralistico, la vocazione autoritativa della Pubblica Amministrazione ha sempre più dovuto cedere il passo ad una vocazione consensuale dell'agire amministrativo. Inoltre, col definirsi di un nuovo contesto democratico e partecipativo la stessa nozione di interesse pubblico si è modificata.

Secondo le più recenti acquisizioni dottrinali, infatti, l'interesse pubblico non appartiene più all'amministrazione, ma all'intero corpo sociale ed esso emerge dalla comparazione ponderata di tutti gli interessi coinvolti nell'esercizio del potere. In sostanza i valori del pubblico si intrecciano con le ragioni del privato, tutto ciò ha trovato sul piano normativo concreta attuazione a partire dagli anni novanta. In particolare, è con la legge 7 agosto 1990, n.241 recante "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*" che si inaugura una svolta nella definizione delle modalità operative della Pubblica Amministrazione, nonché nella consapevolezza della necessità di riconoscere al cittadino un ruolo centrale nella vita pubblica amministrativa.

Quindi, in questa sua moderna accezione l'interesse pubblico va più correttamente interpretato quale momento di sintesi di tutti gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa. Conseguenza più o meno diretta di questa nuova impostazione è che l'amministrazione nel suo operare si determina sulle coordinate, non solo della garanzia e della trasparenza, che diventa prevalente rispetto al vecchio principio della riservatezza, ma anche della partecipazione e della consensualità che ne appaiono il precipitato, nonché della certezza dell'azione amministrativa.

Nel corso di questo lavoro ci occuperemo in particolare di quest'ultimo aspetto, ponendo particolare attenzione al tema dell'inerzia dell'amministrazione e delle conseguenze che questa comporta in termini di certezza del diritto e di legittimo affidamento, come pure delle misure che nel tempo la giurisprudenza ed il legislatore hanno messo in atto fino ad arrivare ai giorni nostri a prevedere il risarcimento del danno da ritardo nell'emanazione del provvedimento finale.

Questo tema offre l'occasione di osservare da una singolare angolazione, quale può essere quella della tempistica amministrativa, il processo di trasformazione sopra accennato nonché il modo di concepire il ruolo che la Pubblica Amministrazione svolge nei moderni Stati di diritto.

Non è un caso che il tema della tempistica amministrativa è da diversi anni presente sullo scenario dei singoli paesi europei e nelle loro legislazioni. Si pensi alla legge sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976 della Repubblica federale tedesca, alla legge francese dell'11 luglio 1979 (confermata nel 1986) o ancora alla legge spagnola sul procedimento amministrativo del 26 novembre

1992. Infine, in ambito di integrazione europea, nel Trattato per la Costituzione europea siglato a Roma il 29 ottobre 2004 all'articolo 101, primo comma, è sancito chiaramente che ogni persona ha diritto che le questioni che la riguardino siano trattate dalle istituzioni, organi e organismi europei, oltre che in maniera equa e imparziale, in un tempo ragionevole. Al successivo terzo comma, si stabilisce anche la sanzione del risarcimento del danno per le Amministrazioni che non rispettino tale principio.

In generale si può concludere questa introduzione sottolineando che la legge n. 241/1990, ha fissato solennemente la legalità procedimentale, stabilendo regole di garanzia per il privato nel procedimento amministrativo. Si tratta di un momento decisivo nella evoluzione del diritto amministrativo italiano, che con questa importante riforma, ha voluto incidere profondamente nello stesso modo di intendere il nuovo rapporto tra amministrazione e amministrati

In particolare ad un atteggiamento amministrativo ispirato al paradigma del c. d. 'muro di gomma' si dovrebbe sostituire un principio di azione fondato sull'assunto che *«il tempo è funzione della medesima attività»*¹

Al riguardo, giova riportare la seguente condivisibile considerazione: *«gli interessi pubblici vanno, per definizione, perseguiti e realizzati in tempi rapidi e certi. Ma lo stesso è da dire riguardo agli interessi privati coinvolti dall'azione pubblica: privati ed imprese si attendono il rispetto di tempi precisi, e siffatta*

¹ A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, atti del convegno "Le nuove regole dell'azione amministrativa" (Catania 11-12 novembre 2005), in www.giustizia-amministrativa.it – sito istituzionale della giustizia amministrativa, pag. http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cariola_Silenzio_assenso.htm

esigenza attiene, poi, al rispetto dell'affidamento che caratterizza la società contemporanea e ne segna i rapporti economici e sociali»²

2. Le origini della tutela nei confronti dell'inerzia a provvedere della pubblica amministrazione

Storicamente l'esigenza di tutela del privato a fronte dell'inerzia della Pubblica Amministrazione,³ si è manifestata, in principio, in un ambito particolare, costituito dall'ipotesi di ricorso gerarchico contro un atto emesso dall'ente pubblico.

La legge n. 5992 del 31 marzo 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, poneva come requisito basilare per l'impugnazione dell'atto amministrativo la sua definitività, caratteristica questa che veniva ad esistere solo se vi era una decisione sul ricorso da parte dell'organo gerarchicamente superiore a quello che aveva emesso l'atto impugnato. Logica conseguenza era che l'eventuale mancata decisione sul ricorso gerarchico precludeva la possibilità di impugnazione dell'atto dinanzi al giudice amministrativo.

² A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali*, cit.

³ Cfr. CANNADA BARTOLI E., (1956), "Inerzia a provvedere da parte della pubblica amministrazione e tutela del cittadino", p. 175; Cfr. CASSESE S., (1963) "Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione", p. 30

Si rendeva, pertanto, necessario un rimedio che consentisse al privato di superare un simile ostacolo. Tale rimedio fu individuato con la nota sentenza n. 429, resa dalla IV Sezione del Consiglio di Stato in data 22 agosto 1902⁴

In base a quest'ultima in pratica, decorso un "*congruo termine*" di tempo, dalla presentazione del ricorso gerarchico, l'interessato doveva notificare una formale diffida all'amministrazione, intimando alla stessa di decidere in merito entro un determinato ulteriore termine. Il decorso di tale termine senza alcuna pronuncia doveva interpretarsi come rigetto del ricorso (c.d. silenzio-rigetto), assumendo in questo modo la valenza di un provvedimento negativo.

Tale soluzione costituiva una finzione giuridica ed era resa necessaria dal carattere impugnatorio, proprio del processo amministrativo⁵, ovvero di un processo che ha ad oggetto un atto amministrativo rispetto al quale, si chiede la pronuncia dell'autorità giudiziaria.

Tale rimedio ebbe una successiva trasposizione in ambito legislativo con la legge n. 383 del 3 marzo 1934, (Testo Unico della legge comunale e provinciale), che all'art. 5 riconobbe al ricorrente –decorso senza esito centoventi giorni dalla presentazione del ricorso – il potere di notificare istanza alla Pubblica Amministrazione. Affinché decidesse sul ricorso presentato. In assenza di decisione, trascorsi sessanta giorni, il ricorso era considerato rigettato.

⁴ Cfr. CHIAPPETTA M., DE GIORNI M., SANDULLI A., (2001), "Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 22 agosto 1902, n. 429" Commento p. 62.

⁵ Cfr. NIGRO M., (2002), "Giustizia amministrativa"

Si compiva così un piccolo passo avanti, eliminando il problema preesistente di come interpretare l'espressione "*congruo termine*", ma si restava sempre nel caso specifico del ricorso amministrativo, nulla dicendosi riguardo al silenzio dell'ente pubblico, a seguito di un'istanza del privato volta ad ottenere un concreto provvedimento. Fu così che la giurisprudenza amministrativa, seppure con alcuni tentennamenti, ritenne di poter colmare tale lacuna interpretando la disciplina suddetta, come il frutto di un principio di carattere generale, riferibile a qualsiasi caso di inerzia della Pubblica Amministrazione⁶.

Non mancavano, tuttavia, in dottrina forti perplessità, incentrate sulla circostanza che il silenzio non costituiva altro che un comportamento della Pubblica Amministrazione, cui per mera finzione si attribuiva il carattere di un atto.

Tali perplessità trovarono un espresso riconoscimento da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che con la sentenza n. 8 del 3 maggio 1960, superò la concezione del processo amministrativo quale esclusivamente di tipo impugnatorio, riconoscendo che i ricorsi giurisdizionali contro il silenzio-rifiuto hanno ad oggetto non un atto amministrativo, ma il comportamento della Pubblica Amministrazione omissivo rispetto all'obbligo di provvedere.

Qualche anno più tardi, si giunse, all'abrogazione dell'art. 5 del Testo Unico della legge comunale e provinciale del 1934, ad opera dell'art. 6 del D.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971 di disciplina dei ricorsi amministrativi, che prevede che *«decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso gerarchico, senza che l'organo abbia comunicato la decisione, il ricorso si*

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 1936 n. 26; id., Sez. IV, 29 ottobre 1951 n. 534.

intende respinto a tutti gli effetti e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica».

A tale sviluppo normativo la giurisprudenza fece seguire un'importante pronuncia, resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 10 del 10 marzo 1978 ⁷. In tale occasione, accogliendo la posizione espressa da una parte della dottrina, la magistratura amministrativa ritenne di dover applicare al silenzio-rifiuto la procedura contemplata dall'art. 25 del D.P.R. n. 3 del 10 gennaio 1957 ⁸ (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), per cui decorsi inutilmente sessanta giorni dalla presentazione di un'istanza, il privato doveva diffidare e mettere in mora la Pubblica Amministrazione affinché, provvedesse entro un termine di almeno trenta giorni. Decorso infruttuosamente tale termine, era possibile impugnare il silenzio-rifiuto dinanzi al giudice amministrativo.

L'espressione "silenzio-rifiuto" richiama proprio le origini dell'istituto, quando, la giurisprudenza interpretava l'inerzia come atto negativo tacito, al fine di configurare un atto impugnabile davanti al giudice amministrativo.

3. L'evoluzione del silenzio da "rifiuto" a "inadempimento"

⁷ Cfr. SANDULLI A., "(2001), Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 10 marzo 1978, n. 10" Commento, p. 446.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 marzo 1979, n. 220, in Foro amministrativo, 1979, I, 343; id., Sez. V, 9 luglio 1990, n. 591, in Foro amministrativo, 1990, I, 1751

Il silenzio-rifiuto rileva, pertanto, in tutti i casi in cui l'ordinamento non riconosce una qualificazione specifica all'inerzia della pubblica amministrazione, per cui alla stessa non può attribuirsi altro significato che quello di mero comportamento omissivo.

Si tratta, come visto, di un istituto di creazione giurisprudenziale finalizzato a garantire al cittadino una adeguata tutela giurisdizionale contro il comportamento inerte della pubblica amministrazione in sede di procedimento amministrativo; in particolare, la giurisprudenza ha configurato il silenzio rifiuto come fatto giuridicamente rilevante e con una *fiction iuris* lo ha assimilato ad un provvedimento negativo espresso, affinché ci fosse «qualcosa» da impugnare con il ricorso, esattamente come avviene per il silenzio significativo avente valore tipico di rigetto.

Questa ricostruzione è stata criticata da una parte consistente della dottrina, che ha contestato la natura “attizia” del silenzio, sostenendo l'inesistibilità all'*agere* pubblico, destinato a svilupparsi secondo formali schemi procedurali, di figure privatistiche, quali le manifestazioni tacite di volontà, elaborate nell'ambito del diritto privato.

Sul versante della consistenza della tutela, la concezione attizia è stata parimenti criticata laddove finisce per precludere al giudice l'indagine sui motivi, di fatto e di diritto (non espressi ma comunque determinabili attraverso la ricostruzione dell'*iter* decisionale seguito dall'amministrazione) sottesi al rifiuto tacitamente

manifestato, con la conseguenza che l'amministrazione conserva intatta la potestà decisionale, che potrà esercitare, senza alcun condizionamento derivante dalla sentenza, attraverso l'adozione di un successivo provvedimento formale.

A partire dall'inizio degli anni sessanta, quindi, la concezione del silenzio come atto di rifiuto è stata abbandonata a favore di una concezione dell'inerzia come mero comportamento omissivo dell'amministrazione che integra, dopo l'emanazione della legge n. 241/1990, una violazione del dovere di esercitare il potere amministrativo mediante l'adozione di un provvedimento espresso, previsto dall'articolo 2 della predetta legge e, dunque, un inadempimento della pubblica amministrazione.

A sottolineare che l'inerzia costituisce violazione dell'obbligo di provvedere posto a carico dell'amministrazione, in dottrina si è affermata la denominazione di silenzio-inadempimento, mentre la giurisprudenza è rimasta legata al nome originario dell'istituto.

La qualificazione del silenzio non significativo in termini di inadempimento è stata resa possibile anche dal superamento della concezione esclusivamente impugnatoria del processo amministrativo mediante il riconoscimento al giudice di più ampi poteri cognitori e ordinatori che consentono lo svolgimento del giudizio sul rapporto e non solo sull'atto.

Pertanto, non essendo più necessario che vi sia "atto" da demolire, è ammissibile un giudizio sul rapporto volto all'accertamento dell'inadempimento da parte della

pubblica amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento esplicito.

* * *

La teoria dell'oggetto del processo amministrativo come rapporto giuridico tra privati e Pubblica Amministrazione rappresenta una costruzione di grande complessità ed assai pregevole per la coerenza ed il grado di approfondimento che la contraddistinguono⁹.

Il presupposto da cui muove è che il processo e l'accertamento giurisdizionale abbiano oggetti diversi: il primo, l'affermazione di una pretesa diretta a fondare la richiesta d'annullamento dell'atto impugnato¹⁰ e il secondo, il rapporto amministrativo¹¹ la teoria in esame si contraddistingue per l'identificazione dell'oggetto dell'accertamento con il rapporto giuridico amministrativo.

In nome dell'esigenza di realizzare la stabilità del rapporto e la definitiva attribuzione del bene della vita alla parte vittoriosa in giudizio, al giudice viene riconosciuta una cognizione estesa a tutti gli elementi del rapporto intercorrente tra situazione di potere della p.a. e situazione di interesse del privato.

Le conseguenze che si fanno derivare da questa premessa sono di grande rilievo: anzitutto, l'applicazione del principio del dedotto e del deducibile, tanto nei confronti del ricorrente quanto nei confronti della pubblica amministrazione, cui rimane preclusa l'emanazione di un nuovo atto con lo stesso

⁹ Per la ricostruzione più completa del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto: cfr. A. Piras, *L'interesse legittimo*, vol. I, 125 e ss.; F. Scoca, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1971, 242; P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 122 e ss.; Berti, *Connessione giudizio amministrativo*, Padova, 1970 pag. 23 e ss.

¹⁰ Cfr. A.. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo.*, vol. I, Milano, 1960, 304.

¹¹ Cfr. A. Piras, *op. cit.*, vol. II, 37

contenuto di quello annullato¹²; in secondo luogo, l'attribuzione all'amministrazione di un ruolo attivo nei confronti del proprio atto, con possibilità per la stessa di integrare la motivazione dell'atto nel corso del giudizio fino al momento dell'emanazione della sentenza di accoglimento, attesa la non modificabilità del rapporto una volta concluso il giudizio anche dove emerga l'interesse pubblico ad una nuova esplicazione del potere esercitato dalla pubblica amministrazione¹³.

La ricostruzione in esame ha suscitato le critiche della dottrina tradizionale che l'ha contestata per il suo distacco dal dato normativo¹⁴ tradizionale e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sempre individuato detto oggetto nella verifica della legittimità di un atto amministrativo.

Il tentativo di inquadrare l'accertamento del rapporto amministrativo nel giudizio di annullamento è stato criticato come una forzatura della struttura del medesimo giudizio¹⁵.

Ha destato perplessità anche l'utilizzo di strumenti interpretativi privi di un solido fondamento normativo: ossia, la presunzione secondo la quale il giudicato

¹² Cfr. A. Piras, *op. cit.*, vol. II, 581 e ss.; e per la sua analisi, M. Clarich, *Il Giudicato e potere Amministrativo*, Padova, 1989., 88 e ss..

¹³ Critico nei confronti di questa conseguenza della teoria di Piras è L. Mazzaroli, *Il processo amministrativo di parti cit.*, 467.

¹⁴ La normativa processualistica pone infatti sempre l'atto al centro della pronuncia cassatoria del giudice amministrativo. In senso contrario si afferma che con l'art. 45 TU Consiglio di Stato e le altre norme il legislatore abbia voluto prendere in considerazione solo l'ipotesi normale, senza peraltro stabilire il principio che il processo amministrativo abbia come ineliminabile presupposto l'impugnazione di un provvedimento viziato: cfr. A. Piras, *op. cit.*, 520; ciò non escluderebbe tuttavia, secondo diversa opinione, che quando il processo è rivolto contro un provvedimento sia quest'ultimo l'oggetto del processo: così R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 507.

¹⁵ Cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 179 e ss.. A differenza dell'azione di adempimento dell'ordinamento tedesco, nel giudizio di annullamento previsto dal nostro ordinamento il rapporto amministrativo entra a far parte dell'accertamento operato dal giudice solo se è possibile dedurlo in negativo in termini di vizi sostanziali dell'atto impugnato e solo se sui vizi dedotti si sofferma in concreto l'accertamento del giudice.

coprirebbe il dedotto ed il deducibile rispetto al rapporto¹⁶, e l'altra presunzione, secondo cui il giudice amministrativo accerta in via prioritaria la sussistenza dei vizi sostanziali e solo in via subordinata i vizi formali, il cui accertamento implica comunque l'accertamento del rapporto in senso favorevole all'Amministrazione.

A parte la maggiore difficoltà di difesa in giudizio che deriva a carico del ricorrente, che a causa della preclusione dell'impugnazione del nuovo atto reiterato con gli stessi vizi si vedrebbe costretto a dedurre tutti i possibili vizi sostanziali dell'atto, compresi quelli di più difficile prova in giudizio, non è sembrato condivisibile sul piano dell'effettività della garanzia giurisdizionale la presunzione di definitivo accertamento del rapporto amministrativo in ragione della mancata deduzione dei vizi sostanziali da parte del ricorrente, ma anche del mancato accertamento degli stessi ad opera del giudice¹⁷.

Altra criticità della tesi del giudizio sul rapporto si è osservata in tema di vizi formali del provvedimento.

In particolare, non è sembrato accettabile l'assunto secondo cui l'annullamento per vizi di forma conterrebbe sempre un accertamento definitivo del rapporto amministrativo, ovvero un accertamento sulla legittimità sostanziale del provvedimento, sia quando il ricorrente abbia dedotto vizi sostanziali sia quando il vizio formale sia l'unico motivo del ricorso¹⁸.

In secondo luogo, si è sottolineato che in caso di ricorso per vizio di forma l'organo giudicante non può accertare altro che il vizio dedotto, perché l'eventuale

¹⁶ Cfr. A. Piras, *op. cit.*; in senso contrario, R. Villata, *op. cit.*, 509 e ss.

¹⁷ Sulla prassi dell'assorbimento dei motivi: cfr. B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Chieti, 1975, 207.

¹⁸ Cfr. A. Piras, *op. cit. vol. II*, 452 e ss..

indagine sul rapporto sostanziale integrerebbe una violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e giudicato e della correlata regola del vincolo del giudice ai motivi di parte¹⁹.

Non si è escluso, infine, una violazione del principio della parità delle armi tra le parti in giudizio, non essendoci ragioni per ritenere che il preteso accertamento del rapporto operi solo a favore della p.a.²⁰: se infatti l'accertamento del rapporto sostanziale non ha costituito oggetto di domanda giudiziale e quindi di giudizio, l'effetto del giudicato non dovrebbe prodursi né a favore del ricorrente né a favore della pubblica amministrazione.

Più in generale, si è osservato che ad una completa cognizione del rapporto tra p.a. e cittadino si potrà addivenire solo attraverso una radicale riforma del sistema di giustizia che equipari il diritto soggettivo del rapporto amministrativo al diritto soggettivo proprio del rapporto di diritto comune, e legittimi la trasformazione del potere amministrativo al *“ruolo di una pretesa collocabile sul medesimo piano di quella del privato e a questa contrapposta”*.

Invero, l'introduzione del codice del processo amministrativo portando a compimento il lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità di azioni così confermando che il processo amministrativo è sempre più orientato verso l'accertamento del rapporto.

¹⁹ Cfr. M. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc. 1963, 52236; F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 899; R. Villata, *op. cit.*, 510, il quale esclude che vi sia una subordinazione logica dei vizi di forma a quelli di sostanza e che il giudice non possa mai procedere all'esame dei primi senza aver accertato la mancanza dei secondi.

²⁰ La p.a. rimane così libera di riemanare un atto di identico contenuto sia pure emendato dai vizi formali, con pregiudizio del cittadino che rimane privo di mezzi di gravame contro l'atto medesimo: per questa critica, cfr. R. Villata, *op. cit.*, 508; A.M. Sandulli, *op. cit.*.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

4. L'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione

Sul versante degli elementi costitutivi della fattispecie in presenza dei quali il privato è legittimato a ricorrere in via giurisdizionale, presupposto imprescindibile del silenzio inadempimento è il riconoscimento della sussistenza di un obbligo giuridico della pubblica amministrazione di provvedere, in quanto il fondamento dell'illegittimità del comportamento omissivo dell'amministrazione non può risiedere in un semplice *nihil facere*, bensì in un *non facere quod debetur*.

Invero, già ai tempi dei Romani, il silenzio aveva di regola valore neutro: «*qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*»²¹.

Anche nel diritto privato moderno, al silenzio non può ricondursi un significato negoziale, salvo che ad attribuirgli un senso non siano, in via eccezionale, la legge e le circostanze fattuali nel loro complesso, considerate secondo il canone generale di buona fede (c.d. tipizzazione normativa del silenzio: per esempio,

²¹ Cfr. Paulus, *De regulis juris*, Liber 142, 59, 17

articolo 1333 del codice civile – contratto con obbligazioni del solo preponente; articolo 1382, comma 1, del codice civile – approvazione dell'estratto conto).

Nel diritto amministrativo, prima della legge n. 241 del 1990, valeva il principio dell'auto-organizzazione della pubblica amministrazione, in base al quale il soggetto pubblico, in quanto unico depositario della cura e del perseguimento dell'interesse generale, non conosceva limiti di tempo cui parametrare le proprie azioni, posto che eventuali paletti temporali imposti ex-ante dalla legge si sarebbero tradotti in un pregiudizio per la realizzazione degli obiettivi indicati nelle norme d'azione.

Tuttavia, il dogma della perpetuità del potere amministrativo si prestava a due obiezioni difficilmente superabili: la prima è quella in base alla quale il principio di economicità dell'azione amministrativa, che trova un addentellato costituzionale nell'art. 97 della Carta Fondamentale, impone alla p.a. di evitare sprechi di carattere economico quali ad esempio quelli derivanti da procedimenti amministrativi protratti *sine die*.

In secondo luogo, veniva inferta una lesione permanente al principio dell'effettività della tutela del privato, il quale nulla poteva dinanzi al protrarsi del silenzio della Pubblica Amministrazione sull'istanza volta al conseguimento o alla difesa di un determinato bene della vita, conseguibile solo attraverso la mediazione di un provvedimento amministrativo espresso.

In assenza di un generale dovere normativo di provvedere, soltanto in determinati casi era possibile censurare in sede giurisdizionale l'inerzia amministrativa. Non

erano, quindi, infrequenti i casi in cui l'Autorità amministrativa metteva in pratica veri e propri "insabbiamenti" del procedimento, non ponendo in essere le prescritte attività istruttorie ovvero trascurando le istanze di sollecitazione provenienti dalla parte privata.

La previsione di cui all'articolo 2 legge n. 241/1990 che sancisce l'obbligo dell'autorità amministrativa di concludere il procedimento in forma espressa e in tempi certi e, correlativamente, la tendenziale qualificazione del silenzio in termini di disvalore, ossia di violazione di una norma di legge, è uno dei capisaldi della legge sul procedimento amministrativo.

Si passa, pertanto, ad un sistema improntato sulla generalizzazione del principio della certezza temporale dell'agire amministrativo, in virtù del quale il cittadino ha diritto a ricevere nei tempi indicati dalla legge una risposta all'istanza rivolta al soggetto pubblico.

Ne discende, quindi, il corollario secondo cui l'inerzia della Pubblica Amministrazione, protratta oltre i tempi imposti dalla legge configura, nella generalità dei casi, un comportamento scorretto dell'organo pubblico, cui il privato può reagire.

Tuttavia, se storicamente inquadrata, la detta previsione non assume portata innovativa dell'ordinamento previgente, limitandosi piuttosto a consacrare un principio di civiltà giuridica, attraverso la tecnica legislativa della norma in bianco, il cui precetto è integrato dal rinvio non recettizio a disposizioni precettive

rivenibili *aliunde*, che di volta in volta costituiscono l'effettivo contenuto del dovere.

In tal senso, l'obbligo di provvedere, se di solito si fonda su una norma di legge o di regolamento, può talora essere desunto da un atto amministrativo con cui l'autorità decidente autolimita l'esercizio dei suoi poteri discrezionali o predetermina i contenuti futuri della sua azione ²² ovvero dai principi regolatori generali dell'azione amministrativa e quindi dai canoni di legalità, buon andamento, correttezza, giustizia ed equità sostanziale, come, ad esempio, nelle ipotesi in cui l'autorità, con il suo comportamento, faccia sorgere in capo al privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle proprie determinazioni, qualunque esse siano ²³; il che non si verifica nel caso di istanza manifestamente infondata²⁴ o manifestamente assurde ²⁵ di domanda di estensione *ultra partes* del giudicato, a fronte della quale si riconosce in capo all'amministrazione ampia discrezionalità²⁶; o infine in presenza di domanda illegale non potendo dar corso alla tutela di interessi illegittimi.

Quindi, *«indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogni qualvolta esigenze di giustizia sostanziale*

²² cfr. Tar Sicilia- Palermo, sez. II, 2 aprile 2008, n.436.

²³ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22-11-1991, n.1331, Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 1991, n.83; Tar Abruzzo 16 luglio 1990, n.360.

²⁴ cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n.6181; Consiglio di Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n.3921.

²⁵ cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 28 novembre 1994, n. 950.

²⁶ cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2005, n.675; Id. 14 aprile 2004, n. 2101.

impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (articolo 97 della Costituzione), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia»²⁷.

La giurisprudenza amministrativa di recente ha esaminato i casi in cui sussiste per l'amministrazione l'obbligo di provvedere sull'istanza del privato²⁸.

In particolare, vengono in rilievo, in primo luogo, le istanze dirette ad ottenere un provvedimento favorevole; questo tipo di istanze, volte ad ampliare la sfera giuridica del richiedente, determinano l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di provvedere, quando chi le presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo. Infatti, il soggetto che ha un interesse differenziato e qualificato ad un bene della vita, per il cui conseguimento è necessario che la Pubblica Amministrazione eserciti il proprio potere mediante l'emanazione del provvedimento, è in realtà titolare di una situazione giuridica che lo legittima, anche in assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa, a presentare un'istanza. Tuttavia, se l'istanza presentata dal richiedente sia manifestamente infondata o esorbitante rispetto alle pretese riconducibili al rapporto amministrativo, l'obbligo di provvedere da parte della pubblica amministrazione non sussiste.

In secondo luogo con riguardo alle istanze di riesame di atti sfavorevoli emanati in precedenza, il costante indirizzo giurisprudenziale è dell'avviso che questo tipo

²⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318; TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 4 giugno 2010, n.1051.

²⁸ cfr. Cons. Stato Sez VI 11 maggio 2007, n.2318.

di istanza volta ad ottenere il riesame da parte della Pubblica Amministrazione di un atto autoritativo non impugnato tempestivamente dal richiedente, non comporta, di regola, un obbligo di riesame da parte della Pubblica Amministrazione.

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.

Pertanto *“in presenza di istanze sollecitatorie dell'esercizio della potestà di autotutela non vi è obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi sulle stesse e l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto non è coercibile "ab extra", avvalendosi dell'istituto del silenzio rifiuto”*²⁹

Tuttavia, la giurisprudenza ritiene che l'obbligo di provvedere può sussistere, talvolta, anche in presenza di istanze sollecitatorie dell'esercizio del potere di autotutela.

In particolare, esso può originare dal principio di imparzialità, quando, ad esempio, si chiedi il riesame di un atto inoppugnabile nel caso in cui siano sopraggiunti significativi mutamenti della situazione di fatto o di diritto.³⁰

²⁹ T.a.r. Lazio, Roma, Sez. 2, sentenza 4 maggio 2010, n. 9350.

³⁰ cfr Cons. Stato, V, 18 gennaio 1995, n.89).

Infine, con riguardo alle istanze dirette a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi (repressivi, inibitori, sanzionatori) dalla cui adozione il richiedente possa trarne indirettamente vantaggi, è difficile distinguere tra istanza che fa nascere l'obbligo di provvedere e l'esposto quale rappresentazione di una data situazione, privo di giuridica rilevanza e come tale inidoneo a far scattare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere. Stante la difficoltà, il criterio distintivo elaborato dalla giurisprudenza, tra istanza idonea ad innescare il dovere di provvedere e semplice esposto va ravvisato, nell'esistenza in capo all'istante, di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività.

5. I termini per l'adozione del provvedimento finale

La vera novità introdotta dall'articolo 2 della legge n. 241/1990 sta non tanto nell'enunciazione del dovere di concludere gli affari iniziati, quanto nell'introduzione di un termine certo, a garanzia dell'ineludibilità del precetto.

Nel sistema procedimentale anteriore alla legge n. 241/1990, salve poche eccezioni rinvenibili in talune leggi di settore, non erano previsti termini per i procedimenti, ed i tempi dell'azione amministrativa non erano certi né conoscibili a priori. Il termine come istituto generale era assente. Volendone ugualmente

definire l'operatività nel diritto amministrativo, esso veniva descritto come concetto statico, in riferimento al momento di conclusione effettiva del procedimento: termine come segnale della conclusione del procedimento e del conseguente perfezionamento del provvedimento; in tal senso, il termine coincide con l'emissione del provvedimento conclusivo, il punto di riferimento del procedimento non è il termine, ma il provvedimento perfetto³¹.

La legge n. 241/1990 sancisce il principio della certezza dei tempi dell'azione amministrativa: la conclusione del procedimento deve infatti intervenire entro un preciso lasso temporale indicato dalla legislazione di settore o, in mancanza, fissato con atto di natura regolamentare dall'organo di indirizzo dell'amministrazione procedente.

Quest'ultimo non deve superare i novanta giorni, salvo che, considerati gli interessi in gioco, la complessità delle valutazioni sottese e la sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa (variabile quest'ultima esplicitata dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69), non sia necessario spingersi fino a centottanta giorni. Termini ancora maggiori possono essere dettati per i procedimenti di attribuzione della cittadinanza italiana e per quelli riguardanti l'immigrazione.

³¹ In questo senso, CARNEVALE, *Il termine nel procedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1991, n. 11/12. Pp. 1126 e ss.; questo autore, con riguardo al termine ex legge 241/90, ne individua i caratteri *sanzionatorio*, alla luce anche della disciplina penale dell'omissione o rifiuto di atti d'ufficio; *stimolatorio*, inteso ad evitare ritardi; *esorativo* alla formalizzazione documentale delle fasi procedurali e relativi tempi, che devono risultare da una valutazione ed essere ragionevoli; *propulsivo* dell'azione amministrativa nel suo complesso.

Ma se per una determinata tipologia di procedimenti né la legislazione di settore, né i regolamenti indichino la durata massima dello *spatium deliberandi*, questo resta definitivamente stabilito in trenta giorni.

Emerge un sistema dei termini articolato in tre livelli: il termine *predeterminato* per legge o regolamento (livello normativo), il termine determinato dalle singole amministrazioni (livello regolamentare amministrativo) e, infine, il termine residuale unico, indifferenziato, e brevissimo, in relazione al quale si è sostenuto si è sostenuto anche il carattere sanzionatorio, nel senso che la assoluta inerzia nella fissazione del termine da parte dell'amministrazione concretebbe un «rifiuto di libertà»³² meritevole di una sanzione, che è quella di costringerla a provvedere entro pochissimo tempo.

Nelle conferenze di servizi di cui all'articolo 14 e seguenti della legge n. 241/1990, il termine per l'adozione della decisione conclusiva, di norma non superiore ai novanta giorni, è stabilito dalle amministrazioni partecipanti alla prima riunione o in quella immediatamente successiva alla trasmissione dell'istanza o del progetto definitivo. Decorso inutilmente questo, l'amministrazione precedente è tenuta lo stesso a provvedere.

Il termine di conclusione decorre dall'inizio del procedimento d'ufficio, o, se esso è ad iniziativa di parte, dal ricevimento della domanda. Può essere sospeso per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, al fine di acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati già in

³² In tal senso, CARNEVALE, *Il termine nel procedimento amministrativo*, cit

possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

Nei procedimenti ad istanza di parte, il termine è interrotto dalla comunicazione all'istante dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda e ricomincia a decorrere dalla data di produzione delle eventuali osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di dieci giorni per la presentazione delle stesse (articolo 10 *bis*, legge n. 241/1990).

L'obbligo di provvedere nel termine assegnato incombe innanzitutto sul responsabile del procedimento che, in base all'articolo 6, lett. *e*), della legge n. 241/1990, "*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione*", ovviamente, in quest'ultima evenienza, in tempo utile affinché questi provveda nei termini di legge. Non di meno le conseguenze sanzionatorie dell'inosservanza del termine sono destinate a riflettersi anche sul superiore, trattandosi di elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, come precisato dall'articolo 2, comma 9, della legge n. 241/1990.

Ravvisandosi gli estremi soggettivi della colpa o del dolo la violazione del termine, come meglio si dirà in prosieguo, obbliga l'autorità pubblica e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative al risarcimento del danno ingiusto cagionato (articolo 2 *bis* legge n. 241/1990).

Laddove non viga l'esplicita previsione della natura perentoria del termine di conclusione del procedimento, l'infruttuoso decorso di questo non consuma il potere dell'autorità di pronunciarsi tardivamente, in senso satisfattivo, negativo o anche interlocutorio, permanendo in capo ad essa la potestà decisoria³³.

Secondo l'indirizzo prevalente in giurisprudenza, l'inosservanza dei termini previsti per la conclusione del procedimento amministrativo e l'adozione del provvedimento espresso previsti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e dai regolamenti attuativi di cui l'art. 2 della medesima legge, non si riflette *ex se* sulla legittimità del provvedimento adottato tardivamente. Ciò a prescindere dalle ragioni del ritardo atteso che la scadenza del termine non comporta l'esaurirsi del potere della P.A. di provvedere ma costituisce unicamente il presupposto processuale per l'accesso allo speciale rito del silenzio che consente al giudice amministrativo di ordinare all'Amministrazione di provvedere entro un determinato termine, adottando pure mezzi sostitutivi per l'ipotesi di ulteriore inerzia dell'Amministrazione.

Come espressamente stabilito dal Supremo Consesso Amministrativo, infatti, i termini divisati dall'art. 2 legge 7 agosto 1990 n. 241, hanno natura acceleratoria, non contenendo lo stesso alcuna prescrizione in ordine alla loro perentorietà, né alla decadenza della potestà amministrativa né all'illegittimità del provvedimento illegittimamente adottato³⁴.

³³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 179; TAR Lombardia-Milano, sez. III, 4 giugno 2010, n.1746; TAR Veneto, sez. I 5 agosto 2005, n.3124

³⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11/06/2002, n. 3256, in Foro Amm. CDS, 2002, 1413, 2037, con nota di LAMBERTI; cfr. T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 18/02/1997, n. 43, in Foro Amm., 1997, 2473. Cfr. altresì: "L'art. 2, l. 7 agosto 1990 n. 241 pone un termine acceleratorio per la definizione dei procedimenti amministrativi e non contiene alcuna prescrizione in ordine alla perentorietà del termine stesso, nè alla decadenza della potestà amministrativa, nè tampoco all'illegittimità del

Pertanto le numerose sentenze che ribadiscono la non perentorietà dei termini di conclusione del procedimento amministrativo intendono semplicemente dire che anche dopo la scadenza del termine la pubblica amministrazione ha l'obbligo di provvedere, ma certo non intendono legittimare provvedimenti tardivi della pubblica amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa chiarisce che *«l'art. 2 della legge n. 241/1990, in materia di termini per la conclusione dei procedimenti, non sancisce la perentorietà dei termini fissati, poiché la disciplina è volta a regolare l'esercizio del potere in modo da garantire la celerità del procedimento e la conseguente certezza degli assetti regolati, ma non implica che, in caso di inosservanza del termine medesimo, l'amministrazione decada dal potere di provvedere»*³⁵.

provvedimento tardivamente adottato, conseguenze, queste, che si potrebbero verificare, pure senza una norma "ad hoc", solo ove un effetto legale tipico fosse collegato all'inutile decorso del termine (p. es., come nel caso del silenzio - accoglimento), ma che non avrebbero senso nell'ipotesi generale, perchè la cessazione della potestà, derivante dal protrarsi del procedimento, potrebbe nuocere all'interesse pubblico alla cui cura quest'ultimo è preordinato, con evidente pregiudizio della collettività” Cons. Stato, sez. V, 03/06/1996, n.621, in Foro Amm., 1996, 1869. La tesi in esame è stata accolta anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva: “Il termine di cui all'art. 2 comma 3 l. 7 agosto 1990 n. 241 per l'adozione dell'atto (30 giorni) ha natura ordinatoria e non perentoria, non essendo comminata alcuna sanzione per il caso di inosservanza; pertanto, la sua inosservanza da parte della amministrazione non esaurisce il potere di provvedere spettante a quest'ultima”, Cons. Stato, sez. II, 16/10/1996, n.1154, in Cons. Stato, 1997, I, 1303. La tesi esposta si ricollega al noto orientamento secondo cui il carattere perentorio di un termine deve risultare espressamente dalla legge, come si desume dall'art. 152. c. p. c.: Cons. Giust. Amm. Sic., 26/09/1986, n.161, in Cons. Stato, 1986, I, 1411. In senso contrario: “in relazione all'attività della p.a. non esiste una clausola generale come quella posta per il processo civile dall'art. 152 comma 2 c.p.c. di presunzione di ordinatorietà del termine” Cons. Stato, sez. II, 09/04/1997, n.1634, in Cons. Stato, 1998, I, 529.

³⁵ Cfr TAR Lazio, Roma, sez. I, 29.09.2006 n.9585).

La dottrina³⁶, come è noto, ha criticato la tesi pretoria dominante, sia per la dubbia applicabilità di un principio, quello della generale natura acceleratoria dei termini, in assenza di diversa disposizione di legge, proprio delle norme processuali civili in quanto lì previsto dall'art. 152 c.p.c., al settore del diritto amministrativo sostanziale, sia perchè, l'opzione giurisprudenziale prevalente finisce per attribuire all'Amministrazione un autentico privilegio, in palese contrasto con la tendenza ordinamentale protesa al pieno soddisfacimento delle situazioni soggettive private. Infine, è stato osservato che l'indirizzo prevalente in giurisprudenza sottovaluta la portata innovativa della legge n. 241/1990, la cui carica precettiva risulterebbe fortemente depotenziata.

Sul piano ricostruttivo, si ritiene poi che la tesi della giurisprudenza può al più ritenersi valida per i procedimenti che sfociano in un provvedimento ampliativi per il privato, rilevando in tal caso l'interesse di quest'ultimo alla favorevole soluzione della vicenda procedimentale. In nessun caso potrebbe invece ritenersi legittimo un provvedimento che incide negativamente sulla sfera giuridica del privato, assunto oltre il termine fissato per la conclusione del procedimento.

In particolare, si distingue una diversa operatività del termine nell'ambito dei diversi tipi di procedimento atteso che le situazioni soggettive coinvolte rilevano in modo diverso e, quindi, diversi saranno anche gli interessi in gioco e la rilevanza del termine rispetto ad essi.

Nei procedimenti avviati ad istanza di parte, alle tradizionali posizioni dell'obbligo a provvedere in quanto tale in capo all'amministrazione, e

³⁶[12] CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 146, che riconduce la relazione tra amministrazione e privato al paradigma civilistico del rapporto diritto soggettivo – obbligo.

dell'interesse legittimo pretensivo alla corretta adozione del provvedimento di accoglimento o rigetto, si affianca un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere un provvedimento espresso³⁷; per effetto dell'istanza, si instaura tra istante ed amministrazione un autentico rapporto obbligatorio secondo lo schema civilistico del diritto e di uno speculare obbligo. Il termine opera quindi in funzione dell'esecuzione dell'obbligo, come un termine di esecuzione civilistico. La mancata osservanza del termine come fatto autonomamente rilevante, a prescindere dall'inerzia nel provvedere, fa sorgere il problema dell'inadempimento, e della responsabilità per i danni che da tale inadempimento derivano; si configura inoltre la possibilità di responsabilità per adempimento tardivo, tenendo presente che, come nel rapporto obbligatorio la scadenza del termine non fa venire meno il dovere di adempiere salva la responsabilità per il ritardo, anche nel procedimento ad istanza di parte la scadenza del termine non fa venire meno l'obbligo di provvedere, purché permanga l'interesse pretensivo al provvedimento; funzione del termine è quindi la tutela di questo interesse.

Nel caso del procedimento ad istanza di parte quindi, se permane l'interesse al provvedimento ampliativo³⁸, non vi è contraddizione nel mantenere fermo il

³⁷ Proprio con riferimento ai procedimenti avviati ad istanza di parte, compie una affermazione che alla luce della nuova disciplina di cui nella legge 241/90 risulterà essere di fondamentale importanza, e dunque, dati i tempi di estrema lungimiranza, LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino 1964: il potere – dovere di esercitare la funzione amministrativa si configura come un *obbligo* di pronunciarsi sull'istanza, e quindi il privato ha il “*diritto* ad una risposta”, che è un *diritto soggettivo*.

³⁸ LEDDA *ult. cit.*, p. 114, distingue tra il dovere d'ufficio, che permane, e l'obbligo di pronuncia, rispetto al quale c'è inadempimento; l'Autore in pratica anticipa i tempi rispetto alla futura disciplina che sarà dettata solo nel 1990. Inoltre, “la pronuncia può venire in considerazione sotto due profili distinti: in quanto comportamento o condotta, essa costituisce adempimento dell'obbligo stabilito a favore del privato; in quanto atto, esso si configura invece come causa di estinzione del dovere d'ufficio. L'adempimento dell'obbligo è indipendente dal dovere di provvedere...” Le conseguenze sull'interesse perdurante al provvedimento, e, *de iure condendo* sulla eventuale configurabilità di due diverse azioni di tutela, sono piuttosto evidenti.

tradizionale principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, anche senza dovere fare riferimento alla definizione squisitamente processuale del termine ordinatorio che non provoca decadenza.

Nei procedimenti avviati d'ufficio e che si concludono con un provvedimento che restringe la sfera giuridica del destinatario, questi ovviamente non ha interesse al provvedimento stesso, ed anzi vanta un interesse a che il provvedimento non venga emanato. Il potere dell'amministrazione di emanare il provvedimento si configura invece similmente ad un potere privato di natura sostanziale cui corrisponde la soggezione³⁹ del destinatario, l'esercizio del potere è soggetto ad un termine alla cui scadenza sorge il diritto del destinatario ad esso soggetto alla perdurante integrità della sfera giuridica. Lo schema delle situazioni soggettive è quindi ridotto al potere cui corrisponde un interesse legittimo oppositivo, ed il termine opera come limite di esercizio legittimo del potere: la sua scadenza comporta la decadenza dalla possibilità di esercitare legittimamente il potere, che non può più produrre gli effetti per i quali fu conferito. La responsabilità per i danni sorge non già a causa della mancata adozione del provvedimento, ma

³⁹ Secondo la ricostruzione fatta da G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli 1990, la *soggezione* è una *situazione giuridica sfavorevole inattiva*; ad essa dovrebbe corrispondere non il potere, che è fattispecie normativa di comportamento, ma la *diversa situazione giuridica sfavorevole attiva del dovere*, avente come contenuto il potere. Siccome questo potere – dovere corrisponde alla posizione in cui si trova l'amministrazione anche nel rapporto venuto in essere con l'istanza nei procedimenti così avviati, questa identità di situazioni dell'amministrazione dovrebbe potere superare almeno in parte la distinzione tra i due tipi di procedimenti. Essa manterrebbe una utilità dal punto di osservazione del privato, ed allora ci si potrebbe interrogare sulla natura della situazione del privato stesso, e sui relativi contenuti: diritto, o pretesa, o semplice interesse, o più cose insieme? Non dovrebbe trattarsi di un vero diritto, poiché questo è situazione attiva, mentre in realtà il privato non ha facoltà di azione (in senso atecnico) nei confronti della p.a.; l'interesse sorge certamente in maniera occasionale dalla contemplazione normativa, ma specificamente dovrebbe trattarsi di *una pretesa – cioè di una situazione favorevole inattiva* - al comportamento dell'amministrazione.

soltanto per l'adozione di un provvedimento tardivo dopo la scadenza del termine: i danni non sono prodotti dal ritardo, ma dal provvedimento fuori termine.

In questo caso, il termine può operare in due modi: o come elemento negativo della fattispecie, per cui la sua scadenza si configura come fatto impeditivo dell'esercizio del potere, ed il provvedimento fuori termine sarebbe nullo perché affetto da carenza sopravvenuta di potere; ovvero, come modalità temporale di esercizio del potere, all'interno della sequenza potere amministrativo – interesse oppositivo; in questo caso, il provvedimento fuori termine è illegittimo, ed annullabile per violazione di legge, entro il termine di decadenza per il relativo ricorso.

L'autore⁴⁰ cui si deve questa originale impostazione conclude in favore della prima ipotesi, che individua nel potere un elemento negativo della fattispecie, trattandosi di un limite esterno all'esercizio del potere, a tutela degli interessi privati, che possono giovare della carenza sopravvenuta di potere, in forza della quale "l'atto tardivo non può produrre l'effetto costitutivo tipico". L'assenza di termini di decadenza tutelerebbe ulteriormente gli interessi privati.

Tuttavia, si può spezzare una lancia anche a favore della seconda impostazione, relativa alla modalità temporale dell'esercizio del potere, che consente di mantenere ferma l'idea della inesauribilità del potere amministrativo senza rinunciare alla tutela degli interessi oppositivi: difatti, la inesauribilità del potere in quanto tale, non impedisce la decadenza dallo stesso, decadenza che colpisce appunto solo la possibilità che esso venga validamente esercitato, nel momento in

⁴⁰ CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995

cui scade il termine⁴¹; l'atto tardivo, se si accoglie la prima ricostruzione, non sarebbe neppure qualificabile come provvedimento, mentre non si può negare che in prima battuta esso produce comunque degli effetti propri di quest'ultimo. Se inteso il termine, invece, come modalità temporale di esercizio del potere, rimane un limite esterno appunto all'esercizio del potere stesso, limite esterno il cui mancato rispetto comporta che l'atto emanato è sì un provvedimento, che però costituisce esercizio illegittimo di un potere esistente ma colpito da preclusione formale di esercizio.

La tesi dottrinale esposta, tuttavia, non ha trovato riscontro in sede giurisprudenziale; al contrario, l'orientamento seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa è stato autorevolmente avallato dalla Corte costituzionale la quale, in ben due occasioni, ha precisato che il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'amministrazione entro il termine per provvedere non comporta *ex se*, in difetto di espressa previsione, la decadenza del potere, nè il venir meno dell'efficacia dell'originario vincolo⁴²

⁴¹ Ci si richiama, nell'inquadramento dell'istituto decadenziale, a GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli 1990, p. 92: La decadenza attiene non al diritto (situazione soggettiva sulla quale può operare la prescrizione estintiva), ma alle fattispecie dinamiche, in cui rientra il potere. "La decadenza... non è che un modo negativo e improprio per denotare che la fattispecie di cui si tratta... era limitata nel *quando* e che il termine... è scaduto. Trascorso il termine, vi è impossibilità che la fattispecie normativa si traduca in fattispecie reale." In breve: il potere in quanto tale resta integro; esso non può venire esercitato, e, se esercitato, non produce gli effetti tipici. La decadenza non è in alcun modo in rapporto diretto con i diritti, per cui il diritto al provvedimento, che fonda l'impugnazione, non può decadere, ma solo prescrivarsi ordinariamente.

⁴²Cfr. Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 1997, n. 262, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. altresì: "Questa Corte, attenendosi peraltro alla chiara lettera della legge n. 241 del 1990, ha già affermato che il termine di trenta giorni, stabilito in via suppletiva e in una misura tale da sollecitare l'amministrazione a provvedere, riguarda ogni tipo di procedimento, sia ad iniziativa d'ufficio che di parte, "a prescindere dall'efficacia ampliativa o restrittiva della sfera giuridica dei destinatari dell'atto" (sentenza n. 262 del 1997). Nella stessa sentenza ha altresì precisato che la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere, ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento

La disciplina sulla conclusione del procedimento si applica a tutti i soggetti pubblici e privati che esercitano potestà pubbliche.

E, infatti, a mente dell'articolo 29 della legge n.241/1990, le regole in essa contenute operano in via diretta per le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali, nonché per le società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente alle funzioni amministrative esercitate.

Regioni ed enti locali hanno l'obbligo di regolare le attività di propria competenza nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrative, così come definite dai principi stabiliti dalla stessa legge.

E poiché le disposizioni sull'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento attengono, come altre, all'esercizio della potestà esclusiva dello Stato di determinare i livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, è giocoforza che, in relazione a queste, le autonomie regionali e locali non possano apprestare garanzie inferiori a quelle assicurate dalla legge nazionale, ma semmai livelli ulteriori di tutela.

Anche le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano devono adeguare la propria legislazione, secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione. Di immediata applicazione per tutte le pubbliche amministrazioni è, infine, la disciplina sulle conseguenze del ritardo dell'amministrazione nella conclusione dei procedimenti, afferendo alla materia

appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della pubblica amministrazione)" Corte costituzionale, sentenza 17 luglio 2002, n. 355, in www.cortecostituzionale.it.

dell'ordinamento civile, pure rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato.

CAPITOLO II

IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL SILENZIO-INADEMPIMENTO

Sommario: 1. L'istituto della diffida ad adempiere; 2. La diffida facoltativa dopo la legge n. 15/2005; 3. Il termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento prima della legge n. 15/2005; 4. Le novità normative in tema di termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento.

1. L'istituto della diffida ad adempiere

La previsione dell'obbligo dell'autorità pubblica di concludere il procedimento in forma espressa e in tempi certi di cui all'articolo 2 della legge n. 241/990 e, correlativamente, la tendenziale qualificazione del silenzio in termini di disvalore, ossia di violazione di una norma cogente, mette in dubbio la necessità del meccanismo della diffida ai fini della rilevanza del silenzio-inadempimento.

Infatti, come già osservato, l'orientamento tradizionale, a partire dalla sentenza n. 10 del 1978 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, riteneva che per poter proporre ricorso contro il silenzio-rifiuto occorresse che all'originaria istanza del privato seguisse una procedura di constatazione dell'omissione attraverso una diffida giudizialmente notificata contenente l'espressa intimazione che, decorso il termine minimo di trenta giorni, sarebbe stata adita l'autorità giudiziaria.

La *ratio* di tale procedura poggiava su due corollari: il carattere impugnatorio del processo amministrativo e la mancanza di un parametro normativo di riferimento in grado di stabilire con precisione i termini del procedimento, onde poter considerare l'atto da impugnare definitivo.

Con l'entrata in vigore dell'art. 2 della legge n. 241/1990, posto che non è più necessario ricorrere ad una finzione giuridica in grado di sostituire la mancanza di un termine certo, entro cui emettere il provvedimento finale, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto, la non necessità della diffida; infatti, si è osservato che la citata norma introducendo un sistema di predeterminazione dei termini per la conclusione del procedimento, ha determinato il venir meno della ragione principale della diffida, consistente, appunto, nell'individuare con certezza un termine finale, decorso il quale l'omissione diventa inadempimento sindacabile di fronte al giudice amministrativo.

Si è affermato, allora, che scaduto il termine di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 (o previsto nei regolamenti attuativi dell'articolo 2), il silenzio della pubblica amministrazione dovesse considerarsi già *ontologicamente* illecito, rendendo così superflua ogni ulteriore attività procedurale, e soprattutto la diffida a provvedere.

Su tale argomento, invece, la giurisprudenza prevalente⁴³ ha mostrato un atteggiamento conservativo ritenendo che l'azione giurisdizionale contro il silenzio-rifiuto non potesse essere esperita senza che prima fosse prospettata all'Amministrazione, mediante la notifica di un atto *ad hoc*, la possibilità di essere convenuta in giudizio.

A sostegno di questo assunto si è osservato come la diffida, lungi dall'essere una mera formalità, svolge sia una funzione deflattiva del contenzioso amministrativo, in quanto fissa il termine entro cui l'amministrazione può evitare l'insorgenza della lite provvedendo in senso conforme alla pretesa del privato, sia, soprattutto, una funzione garantistica, in quanto, impedendo il decorso immediato del termine di decadenza per l'impugnazione allo scadere del termine del procedimento, evita che il silenzio-inadempimento diventi inoppugnabile senza che l'interessato sia a conoscenza della sua formazione⁴⁴.

⁴³ Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 1997, n. 980, in *Foro amministrativo*, 1997, 2307; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 1997, n. 1331, *ibidem*, 3044; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amministrativo* 2002, 2037, nota (L. LAMBERTI) e in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 2402; Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4004, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 2402, in cui si precisa che «anche nel vigore della disciplina introdotta dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, il soggetto che intende reagire contro l'inerzia della Pubblica amministrazione ha l'onere di seguire il rigoroso iter procedimentale indicato dall'art. 25 T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, in base al quale, dopo la presentazione di un'istanza e dopo il silenzio dell'Amministrazione protrattosi per almeno sessanta giorni, l'interessato può effettuare una diffida a provvedere entro un congruo termine (non inferiore a trenta giorni) da notificare a mezzo di ufficiale giudiziario, cui fa seguito la proposizione del ricorso (allorquando tale procedimento si sia concluso e si sia fatto formalmente constatare l'inadempimento della P.A.) nel termine di decadenza fissato dalla legge, decorrente dalla scadenza del termine assegnato con l'atto di diffida. (Cons. Stato Sez. V 376 - 4 febbraio 2004) Contrariamente, dunque, a quanto affermato dall'appellante il solo decorso del termine di almeno sessanta giorni assegnato con l'istanza all'Amministrazione, non è sufficiente per la formazione del silenzio-rifiuto, dovendosi a tal fine far constatare formalmente l'inadempimento con il successivo atto di diffida».

⁴⁴ Emblematica in tal senso la sentenza n. 10 del 1978 dell'Adunanza Plenaria secondo cui eliminare la diffida sarebbe dannoso non soltanto per l'amministrazione, che non sempre è tecnicamente in grado di concludere il procedimento in novanta giorni, ma anche per il privato, che sarebbe esposto al continuo pericolo di una scadenza automatica spesso ignota, ed infine per la collettività, che vedrebbe inevitabilmente moltiplicarsi il contenzioso. In dottrina, sottolineano la funzione garantistica della diffida P.G. LIGNANI, *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 567, nota 26, il quale rileva come la mancanza della diffida potrebbe risolversi in un

Il mantenimento in vita del tradizionale sistema di formazione del silenzio incentrato sulla notifica della diffida è stato ritenuto anche idoneo ad assicurare un equilibrato coordinamento dell'art. 2 della legge n. 241/1990 con la disposizione dell'art. 328 del codice penale, in tema di omissione di atti d'ufficio: *«se non si vuole che il termine fissato per la conclusione del procedimento dall'art. 2 della legge 241 o dai regolamenti delle singole amministrazioni venga a sovrapporsi, coincidendovi perfettamente, con il termine di pari durata stabilito dalla norma penale quale momento costitutivo per la realizzazione della condotta anti-giuridica qualificata come omissione di atti d'ufficio»*, è, infatti, necessario *«che questo secondo termine sia identificabile proprio con quello che l'interessato ha assegnato all'Amministrazione attraverso l'atto di diffida ritualmente notificato alla medesima»*⁴⁵.

In senso favorevole al mantenimento della diffida anche dopo l'articolo 2 della legge n. 241/1990 si era espresso poi il Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio, con circolare 8 gennaio 1991, n. 60397/7493, in

trabocchetto per il privato, non tenuto a conoscere le sottigliezze del diritto e dunque esposto al rischio di scoprirsi decaduto dalla possibilità di ricorrere al giudice, avendo la sola colpa di aver atteso fiduciosamente un provvedimento che ritiene (magari a ragione) dovuto; G.B. GARRONE, Silenzio della P.A. (ricorso giurisd. amm.), in Dig. disc. pub., vol. XIV, Torino, 1998, 197. In senso difforme, cfr. S. PELILLO, Il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, cit., 7, secondo il quale i rischi connessi alla formazione automatica del silenzio potrebbero essere risolti valorizzando la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241/1990. Secondo l'Autore, in particolare, dovrebbe non risultare estraneo agli incumbenti di cui all'art. 7 della stessa l. 241, far conoscere il tempo di durata della sommatoria di tutte le fasi, a partire dalla iniziativa, istruttoria, decisoria e fors'anche della integrazione dell'efficacia ed, in assenza riconoscere la scusabilità dell'errore. Sul punto v. anche F. CASTIELLO, *Il nuovo modello di amministrazione*, per il quale il rischio di una scadenza automatica, spesso ignota del termine per provvedere perde di importanza nel nuovo quadro normativo contrassegnato dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (obbligatoria nei procedimenti d'ufficio, salvo particolari esigenze di celerità) e dalla certezza del tempo nella condotta amministrativa affidata alle fonti legislative o a quella regolamentare, entrambe oggetto di pubblicazione e di (sia pur presunta) conoscenza da parte del privato.

⁴⁵ Così G.B. GARRONE, *Silenzio della P.A. (ricorso giurisd. amm.)*, cit., 198, cui appartengono le frasi citate nel testo.

cui si specificava che la citata norma non conteneva alcuna disposizione in ordine alla qualificazione dell'inerzia imputabile all'amministrazione, e, pertanto, era necessario seguire la normale procedura del silenzio inadempimento⁴⁶.

Pertanto, l'impatto del principio sancito dall'articolo 2 della legge n. 241/1990 si era rivelato ben modesto in materia di silenzio-inadempimento, dal momento che esso serviva soltanto a far sì che per la presentazione della diffida fosse sufficiente il decorso, dalla presentazione dell'istanza o dall'inizio d'ufficio del procedimento, non più di sessanta, bensì di trenta giorni, salvo il diverso termine fissato per la conclusione del procedimento dalla legge o dall'amministrazione procedente.

Invero, il meccanismo della diffida comportava un *iter* particolarmente complicato: per diffidare la Pubblica Amministrazione inerte, infatti, non era sufficiente una semplice lettera, ma era necessaria una notifica a mezzo di un ufficiale giudiziario il che costituiva, come si può comprendere, un aggravio procedurale nell'esercizio del concreto diritto costituzionale del cittadino di tutelare i propri interessi ritenuti lesi dal comportamento inerte della Pubblica Amministrazione, nonché una indebita dilazione dei tempi del procedimento.

Non va dimenticato al riguardo, che l'orientamento favorevole al mantenimento della diffida ai fini della formazione del silenzio-rifiuto finiva inevitabilmente per dar luogo ad una surrettizia dilatazione di una regola sulle modalità di esercizio del potere.

⁴⁶ Si veda Circolare del Ministro della Funzione pubblica, 8 gennaio 1991, n. 60397-7/463, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 19 del 23 gennaio 1991.

L'art. 25 del D.P.R. n. 3/1957 prevedeva, infatti, l'inefficacia della diffida se non fossero trascorsi almeno sessanta giorni dall'istanza dell'interessato o dell'ultimo atto procedimentale; la norma inoltre, prevedeva che nella diffida venisse concesso all'amministrazione un ulteriore spazio temporale di deliberazione di almeno trenta giorni.

Nel tentativo di conciliare le esigenze sottese ai due opposti indirizzi interpretativi, una parte della dottrina⁴⁷ ha prospettato una soluzione intermedia, non accolta però dalla giurisprudenza, in forza della quale la diffida sarebbe stata necessaria soltanto nei casi in cui, in assenza di una predeterminazione legislativa o regolamentare del tempo del procedimento, dovesse trovare applicazione il termine di trenta giorni previsto in via residuale dall'art. 2 legge n. 241/1990. In questo caso, infatti, «attraverso il meccanismo della diffida si porrebbe l'Amministrazione nelle condizioni di rappresentare le proprie esigenze di tempo; sicché si otterrebbe una maggiore flessibilità dell'istituto ed una maggiore adattabilità del silenzio alle caratteristiche del procedimento *in itinere*»⁴⁸.

2. La diffida facoltativa dopo la legge n. 15/2005

⁴⁷ F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 90; S. PELLILLO, *Il ricorso avverso il silenzio*, cit., 8; I. FRANCO, *Trasparenza, motivazione e responsabilità; partecipazione e diritto all'accesso nella l. n. 241/1990. Rapporti con preesistenti normative*, in *Foro amm.*, 1992, 1291.

⁴⁸ Cfr. F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 89.

La tesi della non necessità della diffida è stata riproposta traendo spunto dalla disciplina del rito speciale per il ricorso avverso il silenzio di cui all'articolo 21-*bis* legge n. 1034 del 1971, come introdotto dall'art. 2 legge n. 205/2000⁴⁹.

A questa conclusione si è giunti sulla base di considerazioni di carattere funzionale, sistematico e teleologico⁵⁰

Sul piano funzionale si è rilevato che la nuova legge, nel sancire formalmente la rilevanza puramente comportamentale del silenzio (come inerzia e/o inadempimento), consente di portare ancora più innanzi quel processo di superamento del formalismo legato alla visione tradizionale dell'atto presunto o tacito, facendo così venire meno la necessità di rendere significativo, con la diffida, il silenzio, altrimenti "muto", dell'amministrazione.

Sul piano sistematico e dei principi, è stato poi osservato che la previsione di cause di inammissibilità dell'azione devono di regola essere espresse nella legge di disciplina dell'azione medesima.

⁴⁹ In questi termini cfr. C. CRISCENTI, *Il rito del silenzio nel nuovo processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, n. 6, 653, secondo cui è il nuovo rito la risposta immediata dell'ordinamento alla violazione dell'obbligo di provvedere in un dato termine: "il rito avverso il silenzio, come oggi disciplinato, diverrebbe un inutile doppione del sub-procedimento attivato con la diffida e l'obiettivo di fondo, comune a quelle espresso più di dieci anni or sono dall'art. 2 l. 241/90, che è appunto quello di dare al privato una risposta alla propria domanda in tempi ragionevoli, verrebbe vanificato se si ritenesse ancora che, dopo il maturarsi del termine fissato dal regolamento o dalla legge per l'adozione dell'atto, il privato debba notificare all'amministrazione un atto di messa in mora in cui le assegni un ulteriore termine non inferiore a trenta giorni per provvedere, scaduto il quale potrà adire l'autorità giudiziaria, la quale esaminato favorevolmente il ricorso, dovrà a sua volta assegnare all'amministrazione un ulteriore termine, di norma non superiore a trenta giorni per provvedere, ciò dovrà condannarla a fare niente di più di ciò che la legge le imponeva *ab initio* di fare>>. In giurisprudenza cfr. T.a.r. Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4497, in *www.lexitalia.it.*, n. 11/2001, con nota di G. SARTORIO, *Ricorsi in materia di silenzio della P.A.*; T.a.r. Catania, sez. II, 10 febbraio 2001, n. 293, cit.; T.A.R. Reggio Calabria, 23 novembre 2000, n. 1596.

⁵⁰ V. in particolare, T.a.r. Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4497, cit.

Nel caso in esame, invece, l'articolo 21-*bis* legge n. 1034 del 1971, che pure è il luogo normativo dove l'azione contro il silenzio trova la propria piena e diretta disciplina, nulla dice in ordine a una siffatta condizione dell'azione. Pertanto, questa troverebbe il suo unico fondamento in una tradizione giurisprudenziale formatasi prima, e al di fuori della legge, e in un contesto del tutto diverso e incompatibile con quello attuale. Ora l'azione contro il silenzio è volta a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo di provvedere e prescinde da qualsivoglia significato implicito che possa attribuirsi all'atteggiamento passivo dell'amministrazione⁵¹.

Sul piano teleologico, infine, si è evidenziato come, una volta accolta l'interpretazione secondo cui il ricorso *ex art. 2* legge n. 205/2000 comporta, in caso di esito positivo, solo la declaratoria dell'obbligo di provvedere, non vi sarebbe più alcuno scopo pratico attuale della previa diffida e messa in mora che possa giustificare il permanere di tale appesantimento degli oneri incombenti sul soggetto leso dall'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di provvedere.

Secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 1978, infatti, la diffida serviva, da un lato, a scongiurare il pericolo di una inoppugnabilità incolpevole, dall'altro, a dare all'Amministrazione un'ultima possibilità di provvedere prima di essere spogliata dall'intervento del giudice (nell'ottica, molto diffusa nella giurisprudenza amministrativa, dell'estensione dell'oggetto del giudizio, almeno nei casi di attività vincolata, all'accertamento della fondatezza della pretesa).

⁵¹ Così T.a.r. Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4497, cit

Alla luce dell'articolo 21-*bis*, incentrato, secondo l'interpretazione prevalente, sulla mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, non vi sarebbe più né il rischio di inoppugnabilità, perché l'azione non è di impugnazione di un tacito diniego, ma dichiarativa e di condanna, né la possibilità una convalida del comportamento inerte della pubblica amministrazione che è e resta di per sé illegittimo⁵².

A sostegno della diffida, quindi, non può essere invocata la necessità di offrire alla pubblica amministrazione un'ultima occasione per provvedere prima di trasferire l'esercizio del potere ad un altro soggetto. Il rispetto di tale esigenza è garantito, infatti, dal dettato del comma 2, dell'art. 21-*bis* secondo cui «*il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine il giudice amministrativo, su richiesta di parte nomina un commissario, che provvede in luogo dell'amministrazione*». Come è stato rilevato, è questa la diffida che consente all'amministrazione di non vedersi spogliata senz'altro avviso del potere di provvedere.

In altri termini, secondo l'impostazione in esame, è nella fase processuale, e non in quella procedimentale, che si riaprono i termini per provvedere: in caso di accoglimento del ricorso, infatti, l'ente può fruire di un nuovo periodo per provvedere, che si aggiunge a quello (già spirato) previsto dalle norme sostanziali; periodo che va dall'ordine del giudice sino al momento dell'insediamento del commissario. Stante questa riapertura dei termini procedimentali si è, quindi,

⁵² Così ancora T.a.r. Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4497, cit.

ritenuto inutile, oltre che dannoso, consentire all'amministrazione l'ulteriore divaricazione dei tempi del procedimento conseguente all'applicazione del meccanismo della diffida ex art. 25 testo unico n 3/1957.

Anche questa tesi non è stata recepita dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, pure dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 legge n. 205/2000, ha continuato a ritenere necessaria la diffida⁵³.

Nel senso che il privato abbia l'onere di seguire il rigoroso *iter* previsto dall'art. 25 T.U. n. 3 del 1957 si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2004, n. 5020⁵⁴.

Secondo i Magistrati di Palazzo Spada, la necessità della diffida sussiste «*anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 241/1990, giacché la ragione del ricorso allo strumento dell'art. 25 citato va individuata nella necessità di "qualificare" l'inerzia della P.A., situazione per la quale risulta insufficiente il mero decorso del termine di durata del procedimento [...] e pur dopo la nuova disciplina del procedimento giurisdizionale sul silenzio, risultante dalla configurazione acceleratoria stabilita dall'art. 21-bis legge n. 1034 del 1971 (come introdotto dall'art. 2 legge n. 205/2000), che è diretto semplicemente ad accertare se il silenzio serbato da una pubblica amministrazione sull'istanza del privato violi o meno l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza*

⁵³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415, in *Foro Amm.*, 2001, 3148; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2002, n. 1870, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2002, 2037, con nota di LAMBERTI; Cons. St., Sez. IV, 10 febbraio 2003, n. 672; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6537; Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2004, n. 376

⁵⁴ In *Urbanistica e appalti*, 2004, 1421, con nota critica di L. TARANTINO, *Il coefficiente di elasticità e la diffida*.

stessa (v. Cons. Stato, Ad. Plen., n.1 del 9 gennaio 2002) e dunque esclusivamente ad accertare se il silenzio sia illegittimo o no, senza incidere in alcun modo sui presupposti di formazione e qualificazione del silenzio.».

L'art. 2 della legge n. 15/2005 ha posto fine alla disputa, prevedendo l'inserimento, dopo il comma 4, dell'art. 2 legge n. 241/1990, di un comma 4-bis, così formulato: « *Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'art. 21-bis legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e, in ogni caso, entro un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 e 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrono i presupposti* ».

Ora la disciplina del ricorso avverso il silenzio è stata tolta dal corpo della legge n. 241/1990 ed inserita nella sua sede naturale, ovvero nel codice del processo amministrativo. L'art. 2 della legge n. 241/1990 si limita a contenere una disposizione di rinvio al comma 8 in cui si prevede: “la tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo”. L'art. 117, comma 1, del codice prevede che *il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati nel termine di cui all'art. 31, comma 2.*

Il legislatore ha quindi eliminato la necessità della diffida contro l'inerzia non qualificata della pubblica amministrazione; la riforma, però, più che eliminare la

diffida, segna il passaggio da un sistema di diffida necessaria a uno di diffida facoltativa posto che, alla luce della formulazione del dettato normativo, la diffida è comunque suscettibile di volontaria applicazione da parte del cittadino: essa è uno strumento lasciato alla discrezionalità del privato il quale valuterà, di volta in volta, se nella fattispecie concreta può costituire uno strumento ulteriore a cui attingere per un più proficuo dialogo con la pubblica amministrazione.

Come è stato rilevato⁵⁵, invece, la diffida sembra ancora necessaria per la contestazione della responsabilità dei pubblici dipendenti.«in materia, infatti, l'articolo 25 testo unico n. 3 del 1957 costituisce regola speciale (e non di semplice applicazione analogica come accade per l'emersione del "rifiuto di provvedere"), essendo strumentale ai fini dell'accertamento e determinazione dell'elemento aggravato del dolo e della colpa grave, da cui dipende, stante la disposizione dell'articolo 23 testo unico n. 3/1957, la configurabilità della responsabilità civile dei dipendenti pubblici».

Sotto l'aspetto sostanziale, la diffida può produrre gli effetti legali della messa in mora, anche e soprattutto ai sensi dell'articolo 1224 codice civile, secondo cui "nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali".

3. Il termine per ricorrere avverso il silenzio-rifiuto prima della legge

n. 15/2005

⁵⁵ Cfr. M. Occhiena, *Riforma della legge n. 241/1990 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in www.giustamm.it

Prima dell'intervento della legge n. 15/2005, questione molto dibattuta in giurisprudenza e, soprattutto, in dottrina era quella concernente la natura giuridica del termine per ricorrere contro il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione.

Al riguardo, la giurisprudenza prevalente, pur ammettendo a volte la reiterabilità della diffida⁵⁶ sul presupposto che non vi fosse alcun atto divenuto inoppugnabile, riteneva che il ricorso giurisdizionale contro il silenzio-rifiuto dovesse essere proposto entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni.

L'assunto, pur riconoscendo che il silenzio non è un atto, ma un mero presupposto processuale alternativo al provvedimento formale, si basava sulla considerazione secondo cui, quando viene dedotto in giudizio un interesse legittimo, l'azione a prescindere dal suo contenuto dichiarativo o costitutivo, è soggetta, per una esigenza di certezza dei rapporti amministrativi, alla rigorosa disciplina temporale riguardante siffatte posizioni giuridiche.

Tuttavia, un minoritario orientamento giurisprudenziale⁵⁷, recependo le posizioni di autorevole dottrina⁵⁸, sosteneva che *“il silenzio della pubblica amministrazione sull'istanza del privato, configurabile come rifiuto ad adempiere attraverso l'istituto della diffida a provvedere, dà luogo ad una situazione continuativa di inadempienza, per cui il termine di impugnazione si rinnova de die in diem fino a*

⁵⁶ Cfr Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 1989, n. 658

⁵⁷ Cfr. Tar Abruzzo L'Aquila, 11 giugno 2002, n. 324

⁵⁸ Cfr. A.M: Sandulli, *Il Silenzio della Pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali* (Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 23-25 settembre 1982), Milano, 1985

quando l'amministrazione non si sia pronunciata, superando così la stessa situazione di inadempienza e la necessità di impugnare il silenzio”.

Il maturare della decadenza processuale era esclusa, secondo questa impostazione proprio dal fatto che quando si forma il silenzio-rifiuto, non vi è un vero provvedimento assistito da presunzione di legittimità e suscettibile di acquisire definitività nel breve termine decadenziale, nell'interesse comune alla certezza del diritto; sussiste, invece, un inadempimento che, permanendo in capo alla amministrazione il potere-dovere di provvedere, si rinnova di momento in momento, evitando così la consumazione del diritto all'azione davanti al giudice amministrativo.

Non sembra poi che, al fine di giustificare l'applicazione del termine di decadenza, possa invocarsi una esigenza di certezza dei rapporti amministrativi. Innanzitutto, perché, in caso di silenzio, è l'amministrazione ad aver dato luogo ad una situazione di incertezza, che il privato, attraverso il ricorso intende rimuovere.

Secondariamente, quella stessa esigenza di certezza sottesa alla regola della inoppugnabilità delle situazioni giuridiche amministrative non tempestivamente contestate, dovrebbe escludere anche per la pubblica amministrazione la possibilità di provvedere tardivamente e, quindi, la situazione giuridica del privato dovrebbe ritenersi cristallizzata fino alla conclusione del giudizio sul silenzio⁵⁹.

Al contrario, come si è detto, secondo la giurisprudenza, il formarsi del silenzio non esclude che la pubblica amministrazione si pronunci successivamente in

⁵⁹ Cfr. F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995

maniera espressa; di conseguenza anche il privato deve essere messo in condizione di attendere senza preclusioni di sorta la decisione dell'amministrazione e di adire il giudice se e quando lo riterrà opportuno.

Infine, secondo una impostazione tutta dottrinale, già riportata, il termine di cui all'articolo 2 legge n. 241/1990 può essere assimilato, limitatamente ai procedimenti ad istanza di parte, al termine di adempimento delle obbligazioni⁶⁰.

Si giunge così ad affermare che in capo alla pubblica amministrazione che riceve un'istanza dal privato sono configurabili due diverse situazioni giuridiche: da un lato il potere-dovere di esercitare la funzione amministrativa la quale è correlata una posizione giuridica di interesse legittimo pretensivo; dall'altro, e prima ancora, un obbligo di natura formale di provvedere entro il termine a cui corrisponde in capo al privato che ha presentato l'istanza una situazione giuridica attiva che ha il rango di vero e proprio diritto soggettivo (c.d. diritto a una risposta); tale diritto sarebbe stato, quindi, azionabile nel rispetto dell'ordinario termine di prescrizione decennale operante nel processo civile.

Si obietta, tuttavia, che anche ammettendo che l'articolo 2 legge n. 241/1990 abbia attribuito al privato un diritto soggettivo a che un provvedimento, quale che ne sia il contenuto, venga emanato nel termine, non pare tuttavia che questo diritto soggettivo costituisca l'oggetto del ricorso giurisdizionale; infatti secondo la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza (almeno fino all'entrata in vigore dell'articolo 2 legge n. 205/2000), l'interesse che il privato fa valere nel ricorso contro il silenzio non riguarda la mera emanazione di un atto amministrativo, ma è

⁶⁰ E' la nota tesi di Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995, 146

volto ad ottenere un bene della vita sia pure per il tramite del potere amministrativo.

Inoltre, anche ad ammettere che l'oggetto del giudizio sia la verifica dell'obbligo di provvedere, la tesi del diritto di credito non è comunque sostenibile. Essa, come evidenziato in giurisprudenza, si scontra con l'analisi del alto passivo del rapporto obbligatorio: nel sistema della funzione amministrativa non è ravvisabile un'obbligazione in senso tecnico che abbia ad oggetto la conclusione del procedimento trattandosi di una tipica attività autoritativa, per quanto regolata da norme puntuali. Il baricentro dell'accertamento giurisdizionale è l'obbligo di provvedere in senso pubblicistico e ad esso si contrappone l'interesse legittimo, la cui tutela passa per la declaratoria di illegittimità dell'inerzia tenuta dall'amministrazione⁶¹

4. Le novità normative in materia di termine per ricorrere avverso il silenzio-inadempimento

Prendendo atto che il ricorso avverso il silenzio-rifiuto non costituisce una azione impugnatoria, ma un'azione dichiarativa e di condanna, il legislatore (prima l'articolo 2, comma 4-*bis*, legge n.241/1990, come novellato dalla legge n.15/2005, e ora l'art. 31, comma 2, codice del processo amministrativo) ha

⁶¹ Cfr. Tar Puglia Bari, Sez. II; 13 gennaio 2005, n.56

previsto che la relativa azione *«può essere proposta fino a che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento, facendo, tuttavia, espressamente salva la riproponibilità dell'istanza»*.

Pertanto, la domanda giudiziale non è più sottoposta all'onere della previa diffida (che, come già osservato, diviene ora facoltativa), e, in luogo dello stringente termine decadenziale di 60 giorni (inizialmente applicato dalla giurisprudenza), si prevede il termine “lungo” di un anno, decorso il quale, tuttavia, il privato non perde ogni possibilità di tutela.

Scaduto il termine annuale, il privato, pur non potendo più “impugnare” il silenzio formatosi sulla sua prima istanza e ormai consolidato, potrà, tuttavia, sollecitare nuovamente l'esercizio del potere amministrativo, con una nuova istanza, ove ne ricorrono i presupposti. La previsione di un termine finale oltre il quale l'azione non è più proponibile ha la funzione di tutelare l'amministrazione onde evitare che la situazione di incertezza si protragga all'infinito: dopo un anno di inerzia, il privato non può più “disturbare” il soggetto pubblico con un'azione giudiziaria, ma deve attivare un nuovo procedimento.

Se la pubblica amministrazione mantiene il proprio atteggiamento inerte anche sulla nuova istanza si formerà un altro silenzio-rifiuto censurabile davanti al giudice amministrativo entro un nuovo termine annuale.

La scelta di recidere il legame tra l'azione contro il silenzio e il termine di sessanta giorni appare coerente con la ratio della decadenza ordinaria, che è quella

di assicurare la certezza dell'azione amministrativa rendendo incontestabile l'assetto di interessi determinato dal provvedimento in vista del perseguimento dell'interesse pubblico.

E' evidente che tale esigenza di certezza e di stabilità degli effetti dell'azione amministrativa è del tutto insussistente nel rito contro il silenzio, atteso che non è stato emanato un provvedimento e che il giudice non è chiamato a governare gli effetti di un atto già emanato, ma a *“regolare l'esercizio della futura azione da parte dell'amministrazione”*⁶²

La possibilità per il cittadino di esperire l'azione fintanto che perdura il silenzio sembra sottolineare che la prospettiva seguita dal codice è quella per cui la decorrenza dei termini per provvedere non comporta una vicenda di decadenza dall'esercizio del potere, con la conseguenza che il provvedimento può essere adottato anche tardivamente. In tal modo, la disposizione convalida l'orientamento giurisprudenziale secondo cui a meno che non sussista espressa previsione di legge sulla perentorietà, la scadenza del termine del procedimento ha natura ordinatorio/acceleratoria e non comporta la consumazione del potere amministrativo⁶³

Sulla base di tali considerazioni appare allora senz'altro coerente escludere la natura decadenziale del termine annuale previsto, qualificandolo, invece, come prescrizione breve del diritto di azione

⁶² Cfr. G. Abbamonte, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo, in la disciplina generale del procedimento amministrativo*; Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione di Varenna, 18-22 settembre 1986, Milano, 1987, 162

⁶³ Cfr. TAR CAMPANIA Napoli, sez.VI, 20 maggio 2009, n.2578

Tuttavia, non può sottacersi che la previsione appare frutto di un'impropria commistione tra profili sostanziali e profili processuali.

Deve, infatti, ritenersi che dalla scadenza del termine annuale di presentazione del ricorso discenda la sanzione (processuale) della decadenza dall'azione, con conseguente pronuncia di irricevibilità del ricorso eventualmente proposto, per tardività della notificazione, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. a), del codice processo amministrativo. Non anche l'effetto (sostanziale) dell'archiviazione tacita del procedimento.

Ciò significa che, anziché fare salva «la riproponibilità dell'istanza di avvio» di un procedimento mai archiviato (e quindi ancora pendente in fase istruttoria), sarebbe stato più corretto attribuire all'interessato la possibilità, ricorrendo i presupposti, di diffidare l'amministrazione a concludere il procedimento entro un nuovo termine, alla cui inutile scadenza, fare scaturire la rinnovazione della legittimazione processuale contro il (reiterato) silenzio.

L'adozione, nelle more del giudizio, di un provvedimento esplicito anche non soddisfacente, costituisce valida manifestazione della potestà amministrativa e fa venire meno i presupposti per la declaratoria dell'obbligo di provvedere, rendendo inutile il meccanismo di tutela giurisdizionale avverso il silenzio: al giudice non resterà che pronunciare l'improcedibilità del gravame per sopravvenuto difetto d'interesse, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), del codice.

Per contro, il provvedimento in tutto o in parte negativo può essere gravato in separato giudizio ovvero, con motivi aggiunti, in quello in corso, ma nei termini e col rito previsto per il nuovo provvedimento.

Come si vedrà parlando del risarcimento del danno da silenzio, la perdurante inerzia non fa decorrere neanche il nuovo termine di decadenza per proporre l'azione risarcitoria per i danni subiti in conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, anche se la portata di tale principio è stata svuotata dalla previsione (art. 30, comma 4, codice del processo amministrativo), che ha previsto che il termine di 120 giorni per proporre l'azione risarcitoria inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

CAPITOLO III

L'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO INADEMPIMENTO

Sommario: 1. Il rito sul silenzio: i presupposti di utilizzabilità del rito; 1.2. Ambito di applicazione del rito speciale: il problema del silenzio significativo e del silenzio rigetto; 1.3 Ricorso contro il silenzio e riparto di giurisdizione 2. L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-rifiuto: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale fino al codice del processo amministrativo; 2.1. Osservazioni sulla soluzione accolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2002; 2.2. Dalla modifica dell'articolo 2 della legge n. 241/1990 ad opera dell'articolo 3, comma 6-bis, del d.l. n. 35/2005 (convertito in legge n.80/2005) all'emanazione del codice del processo amministrativo; 2.3. La rilevanza dell'autovincolo e il problema del sindacato sulla fondatezza della pretesa in caso di discrezionalità tecnica; 3. Il giudice "può" pronunciare sulla fondatezza della pretesa; 4. I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio-inadempimento dopo il codice del processo amministrativo; 5. Provvedimento sopravvenuto espresso nel corso del giudizio avverso il silenzio rifiuto; 6. L'iter procedurale del rito avverso il silenzio e il ruolo del Commissario *ad acta*; 7. Impugnabilità del silenzio con ricorso straordinario al Capo dello Stato

1. Il rito sul silenzio: presupposti di utilizzabilità del rito

Il rito speciale in tema di silenzio-inadempimento, ora disciplinato dall'articolo 117 del codice del processo amministrativo, che ha sostituito l'articolo 21-bis della legge Tar, prevede un'azione celere che consenta al ricorrente di conseguire

in tempi rapidi una risposta amministrativa sull'istanza rimasta inevasa in sede procedimentale.

La norma, è espressione dell'esigenza fortemente avvertita di fornire al privato una tutela effettiva verso un fenomeno, qual è quello del silenzio, che da sempre costituisce una delle forme più temibili di comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e che spesso non è “mera inerzia”, ma “scelta strategica, ambigua riserva di potere di un'amministrazione che vuol decidere ma è conscia della debolezza della scelta presa e della possibile motivazione”⁶⁴.

La celerità che impronta il giudizio sembra così rispondere ad un preciso interesse la cui cura in prima battuta dovrebbe essere assicurata proprio dall'amministrazione rispettando i termini di legge nell'evadere le procedure amministrative.

Sul piano sostanziale, pertanto, detto giudizio si collega al “dovere” delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso nei casi in cui esso consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, come prescrive l'art. 2, comma 2, della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Infatti, il dovere dell'amministrazione di provvedere sull'istanza del privato non può essere desunto dall'esistenza di un sistema processuale strutturato per

⁶⁴ In questi termini v. B. SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, 296. Nello stesso senso v. A. LAMBERTI, *Il ricorso avverso il silenzio*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2001, 239, il quale rileva come il silenzio, spesso inevitabile conseguenza della incapacità della P.A. di esercitare la funzione in tempi ragionevoli, «non raramente integra una condotta solo formalmente omissiva, ma in realtà, nella sostanza intesa a conseguire un obiettivo di amministrazione. In tali casi, il silenzio diviene il subdolo strumento per evitare, o almeno ritardare, l'adozione dei provvedimenti che l'ordinamento impone.»

rimuovere l'inerzia dell'amministrazione ad esercitare i poteri alla stessa attribuiti dalla legge, ma deve preesistere sul piano sostanziale, nel senso che deve trovare fondamento in una norma che impone direttamente o indirettamente all'amministrazione di adottare il provvedimento nell'interesse del privato richiedente.

L'art. 117 del codice del processo amministrativo e l'art. 2 legge n. 241 del 1990 si pongono, quindi, in un rapporto di reciproco completamento, in coerenza con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione e con quello, rilevante anche per la Convenzione Europea per i diritti dell'uomo, di effettività del rimedio di giustizia amministrativa, previsto dall'ordinamento nazionale.

Il ricorso previsto dall'art. 117 del codice del processo amministrativo è, pertanto, finalizzato ad accertare la legittimità o meno del silenzio dell'amministrazione in relazione all'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo imposto dall'art. 2 legge n. 241/1990, con un provvedimento espresso, impugnabile, qualora l'interessato lo ritenga lesivo della propria sfera giuridica.

Ciò comporta che l'interesse all'impugnazione del silenzio non viene meno per il solo fatto che sia stato emesso un atto meramente istruttorio o comunque interno, dovendosi verificare se sia stato emesso un provvedimento che, senza configurare un arresto del procedimento, corrisponda nel suo contenuto a quello tipico previsto dalla legge, sia pure non soddisfacente.

Il rimedio non è, quindi, azionabile a fini meramente conoscitivi, anche in relazione al fatto che l'interessato può rivolgersi direttamente al giudice ordinario

per ottenere la tutela del proprio diritto di credito, per adire il quale non occorre neppure l'intermediazione di un provvedimento dell'amministrazione.

La legittimazione ad insorgere contro il silenzio-inadempimento secondo il chiaro disposto del codice spetta a chi "ha interesse" all'adozione dell'atto.

E' ragionevole opinare che il legislatore, anche e soprattutto nella terminologia utilizzata, abbia voluto affrancare l'interprete dal riflesso incondizionato che tralaticciamente induce a riconoscere la *legitimatio ad causam* in testa al solo titolare dell'interesse giuridico pretensivo al rilascio del provvedimento, quale potenziale beneficiario degli effetti favorevoli del medesimo.

Invero, la tecnica normativa praticata, che qualifica espressamente l'azione come di accertamento dell'obbligo e non di impugnazione (di un atto che non c'è), lascia indeterminata l'indicazione del legittimato attivo (che non è identificabile in via esclusiva con il soggetto nei cui confronti il provvedimento finale produrrà effetti diretti), ribadisce la superfluità della previa diffida (tipico strumento di tutela offerto al privato richiedente) e precisa che la legittimazione non deriva in esito alla produzione di un'istanza, ma alla scadenza del termine per provvedere, conduce a ritenere che la platea dei soggetti abilitati a promuovere l'azione sia più estesa di quanto si possa pensare.

Che essa, cioè, includa "*i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti*" e "*quelli che per legge devono intervenire*" ai quali, ai sensi dell'articolo 7 delle legge n. 241/1990, va comunicato l'avvio del procedimento ed in ultima analisi "qualunque soggetto, portatore di interessi

pubblici o privati”, nonché “i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento”, ai quali l’articolo 9 della citata legge la “facoltà di intervenire nel procedimento”.

Non per nulla, quando il legislatore ha voluto limitare l’esercizio di un rimedio o di una tutela ai soli titolari dell’interesse pretensivo al rilascio dell’atto, lo ha fatto in modo inequivocabile, come all’articolo 10-*bis* della legge sul procedimento amministrativo, che attribuisce soltanto agli “istanti” il diritto di ricevere la comunicazione dei motivi che ostano all’accoglimento della domanda e di opporvisi.

I principali elementi di specialità del rito consistono nel fatto che si svolge in camera di consiglio e non in pubblica udienza; che si conclude con sentenza in forma semplificata con la quale il giudice, in caso di pronuncia di accoglimento, può anche nominare il commissario *ad acta*, ovvero lo stesso può essere nominato successivamente senza instaurare un vero e proprio giudizio di ottemperanza, ma sulla base di una semplice istanza.

1.2 Ambito di applicazione del rito speciale: il problema del silenzio significativo e del silenzio rigetto.

Al fine di delimitare il campo di applicazione dell'articolo 117 codice processo amministrativo, la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza ritiene che il rito speciale avverso il silenzio inadempimento riguarda soltanto il silenzio rifiuto o silenzio inadempimento, ad esclusione, quindi, sia del silenzio significativo (silenzio assenso, silenzio diniego), in cui l'omissione è legalmente equiparata a un provvedimento, sia del silenzio-rigetto conseguente al decorso dei novanta giorni per la decisione del ricorso gerarchico.

Come è stato osservato, infatti, nonostante la generica dizione legislativa “*il nuovo rimedio processuale, funzionale ad una condanna dell'amministrazione a provvedere, non si attaglia all'ipotesi del silenzio significativo, in cui il problema dell'inerzia è risolto a monte dal legislatore con l'attribuzione di una valenza attizia, favorevole o contraria agli interessi del privato, ed avverso cui sono proponibili gli ordinari strumenti di impugnazione, oltre che i poteri di ritiro in autotutela comuni a tutti gli atti amministrativi*”⁶⁵. Nel caso di silenzio equiparato per legge ad un provvedimento amministrativo non si pone, quindi, un problema di inerzia, dato che appunto la legge rende quest'ultima espressiva di provvedimenti; in quelle ipotesi vi sarà, pertanto, un provvedimento positivo o negativo, a seconda della previsione legislativa, ma non vi sarà silenzio⁶⁶.

Tale conclusione, d'altra parte, trova conferma sia nella struttura complessiva della norma che, soprattutto nella previsione finale di un intervento sostitutivo dell'amministrazione, sembra fare riferimento proprio a situazioni nelle quali

⁶⁵ così CRISCENTI *Il rito del silenzio nel nuovo processo amministrativo*, 652.

⁶⁶ In tal senso cfr. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*.

all'inerzia non possano ricondursi effetti sostanziali o processuali specifici⁶⁷, sia nella ratio del nuovo rito che, fondandosi sull'esigenza di definire in tempi brevi il procedimento iniziato dal privato con la sua istanza, non ricorre nell'ipotesi di silenzio significativo, in cui la conclusione del procedimento è sancita dall'inerzia fatta dalla legge⁶⁸.

Fondata risulta anche l'esclusione dal campo di applicazione del nuovo rito del silenzio-rigetto. In tal caso, infatti, anche se a differenza del silenzio significativo l'inerzia dell'Amministrazione non è qualificata, esiste pur sempre un provvedimento amministrativo, quello di base avverso il quale il ricorso gerarchico è stato proposto, che può essere impugnato davanti al giudice.

L'articolo 117 del codice del processo amministrativo, non potrà quindi trovare applicazione perché il ricorso ha ad oggetto non il comportamento omissivo, che funge da mero presupposto processuale, ma il provvedimento di primo grado impugnato con il ricorso gerarchico⁶⁹.

Sul punto appare tuttavia necessaria una precisazione ulteriore che tenga conto della ricostruzione dell'istituto del silenzio-rigetto accolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle due decisioni n. 16 e n. 17 del 1989.

In queste pronunce la Plenaria, respinta la tesi che configurava il decorso del termine come provvedimento legalmente tipizzato, afferma che la formazione del silenzio-rigetto non priva l'Amministrazione del potere di decidere il ricorso

⁶⁷ Così D. IARIA, *Il ricorso e la tutela contro il silenzio*.

⁶⁸ Così CRISCENTI, *Il rito del silenzio nel nuovo processo amministrativo*.

⁶⁹ In tal senso cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale 17 gennaio 2001.

gerarchico e, quindi, le decisioni tardive non sono di per sé illegittime, ma consente al ricorrente di scegliere fra la possibilità di ricorrere immediatamente in sede giurisdizionale contro l'atto impugnato e la pronuncia tardiva sul ricorso gerarchico.

In questo secondo caso, però, alla scadenza del termine di novanta giorni si verifica una situazione analoga a quella del silenzio-rifiuto. Il cittadino può infatti mettere in mora l'Amministrazione notificandole una diffida per ottenere la formazione di un silenzio-rifiuto contro il quale poi ricorrere in sede giurisdizionale avvalendosi del rito abbreviato di cui all'articolo 117 c.p.a.

In tal modo, il privato può ottenere una decisione giurisdizionale che condanni l'autorità sovraordinata a pronunciarsi sul ricorso gerarchico, risultato questo che può essere particolarmente interessante ove il ricorso gerarchico sia stato proposto per vizi di merito, dato che in questo caso le censure non sarebbero riproponibili contro il provvedimento amministrativo di primo grado⁷⁰.

Questo avviene evidentemente perché si passa dal potere sostanzialmente demolitorio che caratterizza l'impugnativa (silenzii grazia) del provvedimento, all'accertamento dell'eventuale obbligo specifico dell'autorità inferiore e alla sua condanna e sostituzione secondo i meccanismi del giudizio sul silenzio.

1.3 Ricorso contro il silenzio e riparto di giurisdizione

⁷⁰ Cfr Travi, Lezioni di giustizia amministrativa

Delimitato l'ambito di applicazione dell'articolo 117 codice processo amministrativo, occorre valutare se la citata disposizione abbia implicazioni anche in punto di giurisdizione.

Nel dettaglio, occorre stabilire se l'articolo 117 del codice del processo amministrativo sia soltanto una norma sul processo, che presuppone senza fondarla la giurisdizione del giudice amministrativo, o se, al contrario tale disposizione faccia del silenzio una materia autonoma, distinta da quella materia su cui la domanda del privato verte, nella quale il giudice amministrativo può esercitare sempre la propria giurisdizione.⁷¹

Certamente da preferire è la tesi secondo cui la norma operi esclusivamente sul piano processuale, presupponendo e non fondando la giurisdizione del giudice amministrativo, senza fare quindi del silenzio una materia autonoma e distinta da quella cui si riconnette la domanda del privato. L'applicazione del rito richiede, quindi, una verifica preliminare tendente ad accertare l'esistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla materia nella quale l'Amministrazione è rimasta inerte di fronte all'istanza del privato.

Inoltre, la giurisprudenza ha correttamente puntualizzato, che il rito in materia di silenzio riguarda solo il silenzio-rifiuto in senso tecnico, ossia il comportamento omissivo che matura a fronte di un'istanza diretta a far valere una posizione di

⁷¹a favore di questa tesi. T.a.r. Abruzzo, Pescara, 26 gennaio 2001, n. 57, rimasto però isolato.

interesse legittimo, e non anche l'inerzia della pubblica amministrazione a fronte di un'istanza diretta a far valere un diritto soggettivo.

L'istituto del silenzio-rifiuto, elaborato dalla giurisprudenza come espediente per consentire l'accesso al giudice nell'ambito di una giurisdizione costruita essenzialmente come impugnazione dell'atto amministrativo, trova, infatti, la sua giustificazione nei casi in cui la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente sia subordinata alla valutazione della compatibilità con l'interesse pubblico e di conseguenza richieda la collaborazione dell'Amministrazione cui, istituzionalmente, compete tale valutazione.

Quando invece il privato è titolare di un diritto soggettivo, e quindi fa valere un interesse che non è correlato al potere dell'Amministrazione, la procedura del silenzio appare del tutto inutile, perché l'istante può ottenere una tutela più diretta ed immediata tramite un'azione di accertamento, senza la necessaria intermediazione di un provvedimento formale.

Il giudizio sul silenzio può, infatti, essere attivato solo in presenza di una posizione di interesse legittimo connessa all'esercizio di un potere amministrativo *«è determinante che il silenzio riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come un interesse legittimo⁷²»*.

Nelle controversie che solo apparentemente hanno ad oggetto una situazione di inerzia, perché il privato vanta un diritto di credito, va, al contrario esclusa, la

⁷² Cfr. Cons. Stato, Ad.Plen., 9 gennaio 2002 n.1.

possibilità di ricorrere al rito del silenzio e l'eventuale azione deve essere dichiarata inammissibile⁷³.

In tali casi, infatti, il titolare del diritto soggettivo deve instaurare un ordinario giudizio di cognizione e la relativa azione è soggetta unicamente al termine di prescrizione⁷⁴.

Tale principio va tenuto fermo sia per le controversie (relative a diritti soggettivi) attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario sia per le materie rientranti, come nel caso di specie, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁷⁵. Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, è necessario distinguere i ricorsi relativi ad atti autoritativi da quelli attinenti ad atti paritetici. I primi seguono tutte le regole processuali dettate per la giurisdizione di legittimità, invece gli altri, proprio perché relativi a diritti soggettivi, non necessitano né dell'impugnazione di una specifica determinazione amministrativa né del preventivo accertamento del comportamento omissivo.

In definitiva, deve essere ribadito che il rito speciale previsto dall'articolo 117 codice processo amministrativo, si riferisce, anche in ragione della storia dell'istituto e della sua collocazione sistematica, al silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento) di carattere pubblicistico e non anche all'ipotesi di comportamento omissivo dell'Amministrazione qualificabile come inadempimento di una obbligazione con conseguente responsabilità di tipo

⁷³ Cfr.: Cons. Stato, sez. V, 04 aprile 2002, n. 1879

⁷⁴ Cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2002, n. 4824; sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256; sez. V, 4 aprile 2002, n. 1879

⁷⁵ Cfr.: Cons. Stato, 2 novembre 2004, n. 7088

contrattuale. In tale ultimo caso, il silenzio deve essere trattato alla stregua di una qualunque pretesa creditoria rimasta insoddisfatta⁷⁶.

La formulazione dell'articolo 7 del codice del processo amministrativo, nel definire l'ambito della giurisdizione amministrativa (commi 1 e 4), chiarisce che sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti ma anche ad omissioni della pubblica amministrazione, confermando l'orientamento espresso dalla giurisprudenza prevalente che, come suesposto, ritiene che il ricorso avverso il silenzio rifiuto va proposto da chi vanta un interesse legittimo al provvedimento omesso, presupponendo il mancato esercizio di una potestà amministrativa; nel caso di diritti soggettivi, il ricorso è inammissibile, potendo il privato esperire l'azione di accertamento..

Conseguentemente l'azione verso l'inerzia è inammissibile quando l'istanza abbia ad oggetto atti della PA correlati a posizione di diritto soggettivo: in tali ipotesi, come, sopra indicato, l'istante può ottenere una tutela più diretta ed immediata tramite un'azione di accertamento.

2. L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-rifiuto: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale fino al codice del processo amministrativo.

⁷⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215.

La delimitazione dell'ambito della cognizione consentita al giudice amministrativo nel giudizio instaurato sulla base dell'inerzia dell'Amministrazione riflette, come è stato autorevolmente rilevato, « da un lato, l'evoluzione subita dal concetto stesso di inerzia nel corso dei decenni e, dall'altro, la crisi generale e la trasformazione del processo d'impugnazione ».

Al riguardo, è da registrare un'interessante evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, culminata con l'approvazione del codice del processo amministrativo.

Oggi l'articolo 31, comma 3, del codice del processo amministrativo prevede espressamente che, nel ricorso contro il silenzio-rifiuto, *il giudice amministrativo ha la possibilità di accertare la fondatezza della pretesa, ossia ordinare alla pubblica amministrazione di provvedere, 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.*

Questa norma, che pure pone alcuni delicati problemi interpretativi che saranno esaminati in prosieguo, rappresenta il punto di approdo di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale che appare utile ricostruire.

Il tema in esame può essere affrontato distinguendo, in chiave diacronica, cinque diverse fasi.

La prima fase va dalla “nascita” dell'istituto del silenzio-rifiuto sino alla decisione dell'Adunanza plenaria n. 10 del 1978.

In tale periodo la giurisprudenza nega l'esame sulla fondatezza della pretesa: l'esame del giudice deve consistere nell'accertare, calendario alla mano, l'esistenza di un obbligo dell'Amministrazione di provvedere e l'inosservanza ingiustificata di tale obbligo da parte della stessa. In quest'ottica, quindi, la sentenza emessa avverso il silenzio-rifiuto è di mero accertamento perché o ribadisce l'obbligo della P.A. di provvedere, oppure lo dichiara inesistente.

A sostegno di questa posizione, vengono addotte sia ragioni di salvaguardia delle prerogative della pubblica amministrazione, sia esigenze di tutela del privato⁷⁷. In alcune pronunce, infatti, si rileva, in ossequio al principio di esclusività del potere amministrativo⁷⁸, che il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nel determinare il preteso contenuto del provvedimento, in quanto gli effetti costitutivi cui mira l'istanza proposta dal privato avverso il silenzio-rifiuto non possono essere prodotti in via giurisdizionale, ma solo attraverso l'adozione di atti formali da parte della pubblica amministrazione.⁷⁹

In altre pronunce, invece, a sostegno di questo indirizzo restrittivo, vengono poste esigenze di tutela del privato. Così, nel respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso avanzato dall'Amministrazione resistente che faccia valere

⁷⁷ Cfr. B.E. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione: orientamenti giurisprudenziali*, in *Studium iuris*, 1996, 613.

⁷⁸ A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali* (1982), ora in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 595 ss.

⁷⁹

l'insussistenza dell'obbligo di provvedere su un'istanza infondata, la giurisprudenza ha affermato che l'obbligo di provvedere che il giudice è chiamato ad accertare «ha carattere meramente preliminare e procedimentale, e viene in gioco prima e indipendentemente da ogni indagine sulle rispettive posizioni sostanziali che leghino la parte pubblica e quella privata»⁸⁰. L'Amministrazione, quindi, in virtù dei doveri di buona amministrazione e correttezza, avrebbe l'obbligo di soddisfare la "legittima aspettativa" del privato a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni che la parte pubblica intende adottare nei suoi confronti a prescindere dalla fondatezza dell'istanza.

La seconda fase inizia con la *pronuncia della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 1978* ed arriva sino alla legge n. 205/2000, il cui articolo 2 ha inserito nel corpo della legge n.1034/1971 (c.d. legge Tar) l'articolo 21 bis che prevede il rito speciale in tema di silenzio inadempimento

A partire dalla fine degli anni '70, infatti, si è andato affermando, con riferimento al ricorso avverso il silenzio-rifiuto su atti vincolati, un orientamento innovativo volto a superare la tradizionale concezione che configura il processo amministrativo esclusivamente come impugnatorio.

Già con la sentenza 10 marzo 1978 n. 10 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si è ammessa per la prima volta la possibilità per il giudice amministrativo, limitatamente agli atti vincolati, di andare oltre il mero accertamento

⁸⁰ Cons. St., sez. V, 9 marzo 1984, n. 230, in *Cons. Stato*, 1984, I, 264; T.a.r. Trentino Alto-Adige, sez. Trento, 26 maggio 1989, n. 161, in *Trib. amm. reg.*, 1989, I, 2372; T.a.r. Lazio, sez. I, 24 ottobre 1990, n. 954, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, 3752; T.a.r. Lazio, sez. I, 21 febbraio 1995, n. 325, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 992.

dell'illegittimità del silenzio-rifiuto e di pronunciarsi anche sulla fondatezza dell'istanza presentata dal ricorrente.

Il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa osservava, infatti, che, *«nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto, e che la relativa pronuncia sia suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del giudicato amministrativo»*.

Tale posizione, inizialmente accolta con molta cautela, è stata poi recepita, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 2 legge n. 205/2000, dalla giurisprudenza prevalente, secondo la quale oggetto del giudizio di impugnazione del silenzio-rifiuto non è il silenzio in sé, bensì la fondatezza della pretesa del ricorrente. Il giudice amministrativo, quindi, non è chiamato a pronunciarsi solo sull'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, ma è altresì abilitato, sia pure nel solo caso di atti vincolati, a verificare la fondatezza della pretesa stessa e a definire il contenuto del provvedimento che (avrebbe dovuto e) deve essere adottato.

In questo senso, si è inteso contemperare l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, insita nell'indirizzo volto ad assicurare al ricorrente la possibilità di conseguire una sentenza che imponga all'amministrazione il rilascio del provvedimento soddisfacente dell'interesse sostanziale, con il principio di separazione dei poteri, ritenuto non coerente con il riconoscimento in capo al

giudice del silenzio del potere di accertare la fondatezza della pretesa anche quando sia a tal fine necessario effettuare valutazioni squisitamente discrezionali⁸¹.

La tesi volta ad estendere l'ambito di cognizione del giudice amministrativo è stata, inoltre, sostenuta, già prima della legge n. 205/2000, dalla dottrina prevalente⁸². A sostegno di questa posizione, in particolare, vengono invocati due principi, quello di economia dei mezzi processuali e quello già citato di effettività della tutela giurisdizionale.

Quanto al primo, si è affermato che un principio generale di *economia processuale* impone di evitare la necessità di un nuovo giudizio che rimetta in discussione lo stesso bene della vita. Sarebbe, quindi, in contrasto con tale principio una pronuncia del G.A. volta a rilevare il mero obbligo di provvedere, senza alcun ulteriore vincolo nascente dal giudicato per quel che riguarda il *quid* e il *quomodo*. Seguendo l'impostazione criticata, infatti, come è stato

⁸¹ Cfr. G. GRECO, *Silenzio della pubblica amministrazione e oggetto del giudizio*, in *Giur. It.* 1983, III, 137 ss.; Id., *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Milano 1980; NIGRO, *Le linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 254 ss

⁸² Cfr. G. ABBAMONTE, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, 20 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro padano*, 1956, n.2; F. CASTIELLO, *Il nuovo modello di amministrazione*, cit., 383; E. FOLLIERI, *Silenzio della P.A. e tutela degli interessi diretti all'acquisizione di un vantaggio (c.d. interessi pretermessi)*, in *Foro amm.*, 1987, I, 2195 ss.; G. GRECO, *Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 137 ss.; G. SALA, *Oggetto del giudizio e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 147 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 26 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 451; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1981, 1; V. TODARO, *Spunti innovativi in materia di tutela contro il silenzio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 552-3.

autorevolmente rilevato⁸³, per avere una tutela piena contro il comportamento omissivo della Amministrazione si renderebbe necessario un triplice giro di attività giurisdizionale:

a) un giudizio di legittimità che si limita a dichiarare l'obbligo di provvedere senza alcun risultato ricostruttivo del rapporto amministrativo;

b) un primo giudizio di ottemperanza - esperibile soltanto nel caso di persistente inerzia – che consente per la prima volta l'accertamento del rapporto controverso e che si conclude – in caso di esito favorevole al ricorrente - con una pronuncia impositiva dell'obbligo di emettere il provvedimento richiesto;

c) un secondo giudizio di ottemperanza, che consente finalmente al giudice - in caso di violazione dell'obbligo imposto dalla precedente pronuncia - l'esercizio di poteri sostitutivi e, dunque, l'emissione del provvedimento richiesto. Del resto, dopo l'art. 2 l. n. 241/1990, l'obbligo di provvedere è già sancito in tutto e per tutto dalla legge, sicché quale la sentenza dichiarativa non aggiungerebbe nulla di nuovo⁸⁴.

Con riferimento al principio di *effettività della tutela giurisdizionale*⁸⁵, si è osservato, invece, che la sentenza deve essere realmente soddisfattiva dell'interesse

⁸³ Cfr. M. NIGRO, Le linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo, in Riv. dir. proc., 1978, 254 ss.; G. GRECO, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, Milano 1980, 19. Sul punto v. anche V. CAIANIELLO, Diritto processuale amministrativo, Torino, 1994, 483.

⁸⁴ In questi termini v. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1356; G. GRECO, *Silenzio della P.A. ed oggetto del giudizio amministrativo*, cit., 139; E. FOLLIERI, *Silenzio della P.A. e tutela degli interessi diretti all'acquisizione di un vantaggio (c.d. interessi pretermessi)*, cit., 2195; V. TODARO, *Spunti innovativi in materia di tutela contro il silenzio*, cit., 552-3.

⁸⁵ Sul punto v. le osservazioni di G. GRECO, Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo, in Dir. Proc. Amm., 1992, 485.

fatto valere in giudizio e che questo interesse non è mai relativo alla mera emanazione di un atto amministrativo, ma è volto ad ottenere un bene della vita, sia pure per il tramite del legittimo esercizio del potere amministrativo⁸⁶. In quest'ottica, il ricorso avverso il silenzio-rifiuto sarebbe teso a stigmatizzare l'inerzia della P.A. rispetto non semplicemente ad un astratto dovere di provvedere, ma ad uno specifico dovere di provvedere favorevolmente⁸⁷. A fondamento della domanda, in definitiva, il ricorrente pone quella stessa situazione sostanziale che, esistendo già prima del processo, contribuisce a qualificare come illegittimo il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione⁸⁸.

D'altra parte, l'art. 23 della legge n. 1034 del 1971, prevedendo l'estinzione del processo per cessata materia del contendere soltanto qualora l'amministrazione proceda all'annullamento o alla riforma dell'atto impugnato in modo conforme all'istanza del ricorrente, dimostrerebbe chiaramente che il fine ultimo del processo amministrativo è di appagare le pretese sostanziali dell'interessato⁸⁹.

Per queste ragioni, qui sinteticamente riportate, si è sostenuto che la tutela contro il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione (e più in generale la tutela degli interessi legittimi pretensivi) possa essere effettiva solo in un giudizio di

⁸⁶ In questi termini, B.E. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. XIV, Torino, 1998, 165.

⁸⁷ Cfr. G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 485, , il quale rileva che il giudizio sul silenzio-rifiuto, così come congegnato in quelle applicazioni giurisprudenziali che lo circoscrivono all'accertamento del mero obbligo di provvedere, “risulta ad un tempo il più scontato quanto a risultato e il più inutile quanto ad effettività della tutela”

⁸⁸ E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro padano*, 1956, n.2

⁸⁹ Cfr. F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 420, nota 44.

accertamento autonomo del rapporto «che consenta di colmare le lacune del mero annullamento, per giungere all'accertamento della disciplina giuridica del caso concreto, nei limiti in cui questa scaturisce dalla normativa vigente (e salvi, dunque, solo i margini di discrezionalità)»⁹⁰.

Si arriva così ad introdurre uno strumento di tutela per molti versi simile alla *Verpflichtungsklage* e cioè a quella speciale azione di adempimento prevista dall'art. 42 della legge tedesca sul processo amministrativo (VWGO)⁹¹ tramite la quale si può chiedere al giudice la condanna all'emanazione di un atto rifiutato o omesso⁹².

La terza fase è iniziata dopo l'introduzione da parte dell'art. 2 della legge n. 205/2000 del rito speciale contro il silenzio-rifiuto della P.A. e terminata con l'entrata in vigore della legge n. 80/2005.

Si afferma l'indirizzo interpretativo, accolto poi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 1/2002 secondo cui l'art. 2. legge n. 205/2000 avrebbe circoscritto la cognizione del G.A. esclusivamente alla verifica dell'esistenza di un obbligo di provvedere della Amministrazione, precludendogli l'esame del merito dell'istanza anche nei casi di attività vincolata.

⁹⁰ Così G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., 486

⁹¹ Il testo della VWGO può leggersi in A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, in *Quaderni Dir. proc. Amm.*, 1991, 71 ss.

⁹² Cfr. G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., 485; ID., *Accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; I. FRANCO, *Annotazioni sul regime delle azioni nel processo amministrativo e sulle posizioni giuridiche tutelabili in sede di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 96; Sulla *Verpflichtungsklage* v. L. TARANTINO, *Giudizio amministrativo e silenzio della pubblica amministrazione*, 31 ss.; ID., *L'azione di condanna nel processo amministrativo*.

Il precedente indirizzo giurisprudenziale, si legge nella motivazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1/2002, « *non può che cedere di fronte alla normativa sopravvenuta che definisce in modo compiuto la tutela giurisdizionale accordata al privato nei confronti del comportamento omissivo dell'amministrazione* ». Ciò, però, continua la sentenza, non determinerebbe nessun « *arretramento* » rispetto al passato in quanto, il nuovo rito, grazie all'abbreviazione dei termini e alla possibilità di ottenere la nomina del commissario *ad acta*, nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza, assicura pur sempre al privato un significativo vantaggio anche rispetto all'indirizzo giurisprudenziale anzidetto.

In particolare, la scelta giurisprudenziale di limitare la cognizione del giudice amministrativo adito con il ricorso avverso il silenzio all'accertamento della illegittimità dell'inerzia amministrativa si fonda su un'articolata serie di argomentazioni formali e sostanziali, che possono essere compendiate nei seguenti assunti motivazionali:

- a) l'articolo 21-*bis* identifica l'oggetto del ricorso nel “*silenzio*”, senza fare alcun riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente;
- b) la citata norma prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice “*ordina all'amministrazione di provvedere*” e se “*l'amministrazione resti inadempiente ... il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa*”. L'espressione “*resti inadempiente*” sta a significare, secondo i giudici di Palazzo Spada, che

l'inadempimento dell'amministrazione non ha un contenuto diverso prima della sentenza e dopo la pronuncia del giudice. Il lessico utilizzato dal legislatore (“ordina ... di provvedere”, “un commissario che provveda”) definisce l'esercizio di una potestà amministrativa, che, nell'accezione comune, non tollera una preventiva determinazione del contenuto da parte del giudice, con conseguente degradazione ad attività di mera esecuzione del *dictum* giurisdizionale;

c) la previsione di un modello processuale caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità (fase cognitiva e fase esecutiva incluse nel medesimo processo) è congrua se il giudizio si incentra sul “*silenzio*”, non anche se il giudice dovesse estendere la propria cognizione ad altri profili;

d) sul piano sistematico la scelta operata dal legislatore si allinea al principio secondo cui la cura dell'interesse pubblico deve essere assegnata all'amministrazione e al giudice amministrativo, nelle aree in cui l'amministrazione è titolare di potestà pubbliche, il solo controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà;

e) l'ordito normativo recato dall'articolo 21-bis definisce una disciplina unica ed indifferenziata, valida in tutti i casi in cui l'amministrazione si sottrae al dovere di adottare un provvedimento. Sotto questo profilo, risulta quindi irrilevante la natura (vincolata o discrezionale) dell'attività provvedimentale omessa;

f) una diversa interpretazione del sistema normativo concluso con l'art. 2 della legge n. 205/2000, condurrebbe alla irrazionale conseguenza che, in caso di inerzia dell'amministrazione, il privato (in presenza di un'attività vincolata)

potrebbe ottenere, mediante il ricorso avverso il silenzio, l'accertamento immediato, da parte del giudice, della fondatezza della sua pretesa sostanziale, mentre, nella medesima situazione, ove l'amministrazione adottasse un provvedimento esplicito di diniego, la tutela giurisdizionale sarebbe soggetta alle forme, ai limiti ed ai (lunghe) tempi del giudizio ordinario.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che il giudizio speciale sul silenzio è diretto ad accertare se l'inerzia violi l'obbligo dell'amministrazione, ove esistente, di adottare un provvedimento esplicito; il giudice non si sostituisce all'amministrazione in nessuna fase del giudizio, dovendosi limitare, una volta accertata l'illegittimità del silenzio, ad imporre all'amministrazione di provvedere entro il termine assegnato; il commissario *ad acta* esercita, in via sostitutiva, la potestà amministrativa dell'organo rimasto inadempiente.

2.1 Osservazioni sulla soluzione accolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2002.

La decisione della Plenaria, senz'altro apprezzabile per lo sforzo ricostruttivo e l'analiticità della motivazione, ha suscitato, tuttavia, alcune considerazioni critiche.

Essa, infatti, riduce il ricorso contro il silenzio ad un giudizio sostanzialmente inutile, destinato a risolversi con un invito all'Amministrazione a provvedere in qualche modo, ancorché con l'adozione di un atto illegittimo. Sotto questo profilo,

è difficile non scorgere un arretramento rispetto alle posizioni cui erano giunte prima della riforma sia la dottrina, sia, pur se in maniera più faticosa, la giurisprudenza.

Tale arretramento, che non risulta “compensato” né dalla maggiore celerità del rito né dalla possibilità di nominare il commissario *ad acta* senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza, non sembra neanche coerente con la tendenza, emersa con gli interventi legislativi in materia di processo amministrativo, e in particolare dalla l. n. 205/2000, di ampliare i poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo, al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale.

Vengono in rilievo al riguardo la nuova tutela cautelare, non più vincolata nei ristretti limiti della sospensione del provvedimento impugnato, ma estesa all'adozione di tutte le misure che appaiono idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso; all'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio e ai riflessi che questa scelta potrà avere sul delicato tema della sindacabilità della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione; alla generalizzazione del rimedio risarcitorio e, in particolare, del risarcimento in forma specifica che consente al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'emanazione del provvedimento, almeno nei casi di attività vincolata; alla disciplina dei motivi aggiunti la quale, consentendo l'impugnazione mediante proposizione di motivi aggiunti di «tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso», rivela che, pur essendo il giudizio occasionato dalla impugnativa di un atto amministrativo, il

fine per cui il potere giurisdizionale viene sollecitato è la tutela di una pretesa sostanziale, cioè il fine di soddisfare l'interesse al conseguimento di un determinato bene della vita⁹³.

Tali innovazioni sembrano allora il segnale dell'avvenuta evoluzione del processo amministrativo, «sempre più orientato verso il modello del giudizio di cognizione sul rapporto controverso, anziché sulla mera illegittimità dell'atto, e capace di rivelare la pretesa nella sua identità sostanziale; qualificato da un giudicato avente effetto conformativo e non più circoscritto alla mera eliminazione del provvedimento illegittimo»⁹⁴.

In questo contesto risulta, pertanto, difficile pensare che, con riferimento al ricorso verso il silenzio-inadempimento, il legislatore abbia voluto fare una scelta opposta, circoscrivendo l'ambito di cognizione del G.A. negli angusti limiti della verifica della scadenza del termine per provvedere.

L'oggetto del giudizio avverso il silenzio, dovrebbe allora essere definito sulla base dei risultati cui erano approdate, già prima della riforma del processo amministrativo, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti. Ciò significa che il G.A. potrà spingersi oltre la mera dichiarazione dell'obbligo a provvedere, andando ad accertare la spettanza del bene della vita ogni qualvolta l'attività della P.A. si presenti come vincolata. E questa verifica, lungi dall'essere limitata alle sole ipotesi in cui l'infondatezza della domanda risulti *ictu oculi* anche da una delibazione sommaria, dovrà essere condotta anche nei casi di maggiore

⁹³ Cfr., in questi termini, B. MAMELI, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, 7.

⁹⁴ Così F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 237.

complessità di giudizio, eventualmente con l'ausilio di quei mezzi istruttori cui l'art. 21-*bis* legge n. 1034/1971 fa esplicito riferimento⁹⁵.

A sostegno di questa conclusione sembrano, infatti, deporre le seguenti considerazioni. In primo luogo, c'è da rilevare che, nella maggior parte dei casi, il ricorrente contro il silenzio-inadempimento chiede non solo che venga dichiarato l'obbligo di provvedere, ma che, accertata la fondatezza della pretesa, si ordini alla pubblica amministrazione di accogliere l'istanza. Il privato, infatti, è interessato non ad una pronuncia qualsiasi, ma ad una pronuncia positiva, soddisfacente dell'interesse fatto valere.

Seguendo l'interpretazione restrittiva, il giudizio speciale contro il silenzio si risolverebbe, quindi, in un nulla di fatto ovvero, come è stato osservato, nella «onerosa anticamera di una nuova lite»⁹⁶, con ciò vanificando la scelta compiuta dal legislatore verso una tutela più rapida ed effettiva degli interessi legittimi pretensivi frustrati dall'inerzia della pubblica amministrazione. In altri termini, la

⁹⁵ In tal senso cfr. anche Cons. St., Commissione speciale, 17 gennaio 2001, in *Urbanistica e appalti*, 2001, n. 6, 648, secondo cui con il nuovo rito previsto per i ricorsi proposti in costanza dell'inerzia tenuta dall'Amministrazione nei riguardi dell'istanza dell'interessato, il legislatore si pone due obiettivi primari: «quello di accelerare tali processi e quello di concentrare in un unico rapporto processuale le due fasi che spesso si rivelavano necessarie per costringere l'Amministrazione ad ottemperare. La sequenza tra giudizio di cognizione per la dichiarazione di illegittimità del silenzio e giudizio di ottemperanza per la pronuncia positiva è assorbita in un giudizio unitario. *Esso ha un duplice oggetto, misto di accertamento e di condanna, che assorbe in via definitiva l'interpretazione che affidava alla decisione del giudizio una mera efficacia demolitoria del silenzio dichiarato illegittimo, Il nuovo modello, invero, consente non solo di pronunciare sull'inadempimento dell'Amministrazione, ma anche di ordinarle di provvedere sull'istanza e di nominare un commissario ad acta alla scadenza del termine all'uopo assegnatole*»

⁹⁶ F. MARIUZZO, *Commento all'art. 2*, in V. ITALIA (a cura di), *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 24, il quale rileva come aderendo all'interpretazione restrittiva, «ne discenderebbe, non solo un'ipocrita elusione di un rito soltanto fittiziamente accelerato con finale frustrazione delle finalità anche per questo aspetto perseguite dal legislatore, ma la scontata conclusione che il nuovo istituto, pur formalmente delineato come potente mezzo di effettiva tutela nei confronti dell'inerzia, diverrebbe nell'immediato assai scarsamente credibile e comunque contraddittorio con l'esigenza che sia fatta piena luce sull'esistenza in concreto di un obbligo per l'amministrazione di provvedere».

tanto attesa azione di adempimento finirebbe per diventare un'arma spuntata, sostanzialmente inutile, destinata a risolversi in un invito all'Amministrazione a provvedere in qualche modo, ancorché illegittimo⁹⁷.

Verrebbero in tal modo tradite le finalità acceleratorie e di economia processuale perseguite con la riforma del processo amministrativo: da un lato, infatti, il privato sarebbe costretto anche nei casi di attività priva di discrezionalità e di manifesta fondatezza della sua pretesa, a due gradi di giudizio, seppur con procedura accelerata, per la mera declaratoria dell'obbligo di provvedere; dall'altro, l'Amministrazione sarebbe gravata dall'obbligo di una decisione espressa, anche nelle ipotesi di pretesa manifestamente infondata.

Oltre a queste considerazioni, volte soprattutto ad evidenziare le conseguenze negative che sarebbero determinate dalla tesi restrittiva, ci sono poi importanti elementi testuali e sistematici che fanno propendere per una interpretazione estensiva dell'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971. In primo luogo, il comma 2 della norma in esame usa la locuzione «in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso», mentre se la condanna dovesse essere limitata all'attuazione del mero obbligo di provvedere il ricorso potrebbe essere solo accolto o respinto e non resterebbero margini per ipotesi intermedie.

Inoltre, è prevista la possibilità di porre in essere adempimenti istruttori che non sarebbero necessari, eccezion fatta per la mera acquisizione documentale dell'istanza dalla quale nasce l'obbligo di provvedere, qualora il giudice dovesse limitarsi a stabilire se il termine è scaduto.

⁹⁷ Sul tema v. anche S. FANTINI, *Il rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2001, III, 191.

Deve, infine, rilevarsi che non sempre alla "celerità" del rito corrisponde la semplicità del giudizio. Emblematico, in tal senso è il rito in materia di accesso agli atti amministrativi che, pur essendo modellato secondo una logica di forte celerità e presentando, sotto questo profilo, molte analogie con l'azione introdotta dall'art. 2 legge n. 205/2000, non è per questo contraddistinto dalla semplicità del giudizio.

D'altra parte, diverse ipotesi di definizione del merito del ricorso con rito "accelerato" sono state previste dalla stessa legge n. 205/2000. Innanzitutto, l'art. 9, comma 1 ha introdotto l'istituto delle "decisioni semplificate", tra le quali rientrano le c.d. «sentenze brevi» che il giudice può adottare non solo nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità del ricorso (sentenze brevi di rito), ma anche nei casi di manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso stesso (sentenze brevi di merito). Questo tipo di sentenza, analogamente a quella pronunciata in materia di inerzia della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-*bis*, è motivata succintamente, ovvero con un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, o in relazione a un precedente conforme, ed è adottata in camera di consiglio, nell'udienza fissata per l'esame dell'istanza cautelare o fissata d'ufficio per l'esame istruttorio *ex art. 44, comma 2, R.D. 1054/1924*⁹⁸.

L'art. 23-*bis* legge n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della legge n. 205/2000, inoltre, al fine di dare una risposta alle istanze di rapidità fortemente avvertite in taluni settori, introduce una disciplina speciale di carattere acceleratorio del

⁹⁸ Sulle decisioni in forma semplificata v. F.F. TUCCARI, Le decisioni in forma semplificata, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, Il nuovo processo amministrativo, cit., 775 ss.

processo in determinate materie⁹⁹. La *ratio* acceleratoria prevista dalla nuova normativa si è realizzata, in particolare, attraverso la netta riduzione dei termini processuali ordinari (dimezzati, con l'eccezione di quello per il ricorso); la creazione di un rito speciale eventuale (subordinato alla sussistenza di ulteriori requisiti particolari); la rapida pubblicazione del dispositivo; l'accelerazione dei termini per l'appello; la previsione di particolari misure cautelari¹⁰⁰.

Da questo rapido *excursus* di riti "abbreviati"¹⁰¹ emerge, dunque, che la rapidità della decisione non è necessariamente espressione di un'esigenza antagonista rispetto all'intensità del sindacato giurisdizionale, ma, anzi, a volte è proprio la peculiarità di determinate materie, caratterizzate da un «tasso particolarmente significativo di obsolescenza delle posizioni soggettive»¹⁰², che induce il legislatore a creare una sorta di corsia preferenziale, introducendo strumenti di accelerazione e snellimento finalizzati ad evitare che «la definizione giudiziaria intervenga quando ormai è esaurita la vitalità della materia del contendere»¹⁰³.

Anche la semplificazione dell'*iter* processuale per i ricorsi avverso il silenzio, allora, pare inquadarsi nella linea delle procedure speciali, cui il legislatore ha fatto frequente ricorso negli ultimi anni¹⁰⁴. La scelta acceleratoria compiuta con riguardo al rito in tema di silenzio inadempimento, pertanto, più che rappresentare un elemento da cui dedurre una limitazione del sindacato giurisdizionale, sembra

⁹⁹ Sui riti abbreviati ex art. 4 l. n. 205/2000 v. M. LIPARI, I riti abbreviati, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 262 ss.; G. GIOVANNINI, I procedimenti speciali, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2001, 293 ss.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. F. CARINGELLA, *Il diritto amministrativo*, cit., 1225.

¹⁰¹ Sul tema v. F. CARINGELLA, F. DELLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, Milano, 1999, *passim*; S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 696 ss.

¹⁰² F. CARINGELLA, F. DELLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, cit., 343.

¹⁰³ F. CARINGELLA, F. DELLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, cit., XI.

¹⁰⁴ In tal senso cfr. B. SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, cit., 296.

invece espressione dell'esigenza fortemente avvertita di fornire al privato una tutela rapida ed effettiva verso un fenomeno, qual è quello del silenzio, che da sempre costituisce una delle forme più temibili di comportamento illegittimo della P.A. e che spesso non è «mera inerzia», ma «scelta strategica, ambigua riserva di potere di un'amministrazione che vuol decidere ma è conscia della debolezza della scelta presa e della possibile motivazione»¹⁰⁵. La celerità che impronta il giudizio sembra così rispondere ad un preciso interesse la cui cura in prima battuta dovrebbe essere assicurata proprio dall'amministrazione rispettando i termini di legge nell'evadere le procedure amministrative¹⁰⁶.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, perdono gran parte della loro consistenza anche gli argomenti generalmente assunti a favore di una interpretazione restrittiva del nuovo rito, come quelli che fanno leva sulla succinta motivazione della sentenza o sulla brevità dei termini per ricorrere in appello.

La succinta motivazione della sentenza, infatti, lungi dall'essere un indice della maggiore semplicità del *thema decidendum*, può trovare la sua giustificazione

¹⁰⁵ In questi termini v. ancora B. SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, cit., 296. Nello stesso senso v. A. LAMBERTI, *Il ricorso avverso il silenzio*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2001, 239, il quale rileva come il silenzio, spesso inevitabile conseguenza della incapacità della P.A. di esercitare la funzione in tempi ragionevoli, “non raramente integra una condotta solo formalmente omissiva, ma in realtà, nella sostanza intesa a conseguire un obiettivo di amministrazione. In tali casi, il silenzio diviene il subdolo strumento per evitare, o almeno ritardare, l'adozione dei provvedimenti che l'ordinamento impone o consente di adottare nel momento considerato, per propiziare soluzioni amministrative non attuabili in maniera espressa”. L'Autore fa l'esempio della pratica non infrequente del mancato esame di concessioni edilizie dopo la scadenza del termine di applicazione delle misure di salvaguardia, rilevando come, con l'assunzione di un comportamento formalmente omissivo, la P.A. impedisce l'applicazione della disciplina urbanistica vigente e determina, attraverso una salvaguardia di fatto, l'anticipata applicazione della disciplina *in itinere*.

¹⁰⁶ Come è stato rilevato (G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, cit., 220-221) “nella gestione della funzione pubblica manca la coincidenza, normale nei rapporti privati, tra soggetto dell'interesse e soggetto della volontà: nei rapporti privati, ognuno può volere per sé ed il primo problema è, quindi, quello di sapere, se ha voluto o non voluto (principio dell'autonomia); il funzionario, invece, regolando le vicende dell'interesse generale, vuole per altri e la sua autorità lo porta non solo a poter volere ma anche a dover volere, con certi margini di scelta più o meno ampi, ma sempre opportunamente indirizzati”.

proprio nella puntualità del contenuto ordinatorio della decisione giurisdizionale, che, potendo accertare la spettanza del bene della vita, non richiede più quell'ampia motivazione, attraverso la quale il privato, in passato, sfruttandone l'effetto conformativo, avrebbe potuto ottenere l'effettivo soddisfacimento del proprio interesse.

Allo stesso modo può ritenersi che la previsione normativa di termini abbreviati per proporre appello, termini ancor più esigui di quelli previsti in materia di ordinanze cautelari, sia dovuta al contenuto particolarmente pregnante che può assumere la sentenza di primo grado, attraverso la quale l'amministrazione può essere condannata ad assumere un provvedimento con un determinato contenuto.

2.2. Dalla modifica dell'art. 2 legge n. 241/1990 ad opera dell'art. 3, comma 6-bis d.l. n. 35/2005 (convertito in legge n. 80/2005) all'emanazione del codice del processo amministrativo

La quarta fase, è stata inaugurata con la riscrittura dell'art 2 legge n. 241/1990 ad opera della l. n. 80/2005 che espressamente attribuisce al giudice amministrativo il potere di conoscere, nei giudizi contro il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione, «la fondatezza dell'istanza », ossia di ordinare alla pubblica amministrazione di provvedere in tal senso, una volta verificata la sussistenza delle condizioni prescritte per il rilascio del provvedimento.

Si deve evidenziare come la nuova disposizione, che recepisce gli insegnamenti della migliore dottrina, abbia una portata dirimpante, determinando, *per tabulas*, il superamento di quell'indirizzo giurisprudenziale, recepito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 1 del 2002, volto a circoscrivere l'oggetto del sindacato del G.A. negli angusti limiti della verifica della scadenza del termine per provvedere.

L'inerzia dell'amministrazione pone le condizioni per la sostituzione dell'istruttoria processuale a quella procedimentale e per la sostituzione della decisione giudiziale all'atto di esercizio del potere amministrativo nella produzione dell'effetto.

Dal contenuto della disposizione dell'articolo 2 della legge n. 241/1990 emerge l'idea di una certa fungibilità del processo al procedimento amministrativo e il convincimento che il processo sia la sede idonea alla verifica della bontà del risultato dell'esercizio del potere amministrativo.

La nuova disciplina sul silenzio-rifiuto segna un indubbio rafforzamento della tutela dell'interesse legittimo pretensivo leso, perché il contenuto della sentenza viene arricchito di un effetto conformativo maggiore che dà effettività ai giudicati amministrativi, aprendo il varco all'esercizio giudiziale di una attività oggettivamente amministrativa, come di regola avviene nei casi di giurisdizione di merito¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir.proc. amm.* 3 del 2005, 557 e ss.; nel senso che l'art.2 legge n.241/1990 configuri anzi una vera e propria azione di adempimento, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006, 216

Non vi è dubbio che con l'estensione dei poteri istruttori e, in particolare, con l'introduzione della consulenza tecnica, il giudice amministrativo sia diventato giudice del fatto, ma di fronte a fatti complessi che implicano valutazioni ampiamente discrezionali la potestà giudiziale è destinata ad arrestarsi.

La nuova norma se, per un verso, ha sancito il superamento della tesi volta ad escludere la possibilità per il G.A. di accertare, nel giudizio *ex art. 21-bis* legge n. 1034 del 1971, la fondatezza dell'istanza presentata dal privato, per un altro ha riproposto delicate questioni interpretative sull'oggetto del giudizio avverso il silenzio inadempimento.

Ci si è chiesti, infatti, sino a che punto potesse arrivare il sindacato del giudice amministrativo.

L'esplicito riferimento al potere di valutare la fondatezza dell'istanza, contenuto nel nuovo art. 2, comma 5, legge n. 241/1990, imponeva, infatti, di verificare se il legislatore avesse voluto introdurre, nei giudizi contro l'inerzia non qualificata della P.A., una vera e propria giurisdizione di merito¹⁰⁸ nell'ambito della quale il G.A. può verificare la spettanza del bene della vita anche quando viene in considerazione la discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione.

Il *Consiglio di Stato*, con una importante decisione¹⁰⁹ poi ribadita dalla giurisprudenza successiva, ha chiarito che la nuova versione dell'art. 2 della legge n. 241/1990 non ha inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, ha attribuito al giudice, nei limiti della propria

¹⁰⁸ In tal senso cfr. *C.G.A.*, 4 novembre 2005 n. 726

¹⁰⁹ Cfr. *Cons Stato sez. IV*, 10 ottobre 2007, n. 5311

preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000.

Quindi, in sede di ricorso avverso il silenzio-inadempimento, il giudice amministrativo non può sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali della pubblica amministrazione, potendo valutare la fondatezza della pretesa solo a fronte di istanze dirette ad ottenere provvedimenti vincolati.

In particolare, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice potrà conoscere della accoglibilità dell'istanza:

a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione (in altri termini si potrà condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'*an* della pretesa ma nulla di più);

b) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto.

Appare interessante riportare le considerazioni che hanno indotto il Consiglio di Stato ad escludere la tesi secondo cui la l. n. 80/2005 avrebbe istituito una nuova ipotesi di giurisdizione di merito.

Un primo ordine di obiezioni a questa tesi viene rinvenuta sul piano costituzionale.

Osserva, in particolare, il Consiglio di Stato che, interpretata nel senso della giurisdizione di merito, “la norma non si sottrarrebbe a censure di incostituzionalità, per aver previsto surrettiziamente una giurisdizione di merito senza confini, in cui sussiste in termini generali il potere del giudice di sostituirsi alla pubblica amministrazione. Al contrario la giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa”¹¹⁰.

Ulteriori critiche vengono mosse muovendosi, sul piano logico, sotto il profilo che:

a) sarebbe contraddittorio che con il rito del silenzio si consegua un risultato maggiore di quello ottenibile in un ordinario giudizio di legittimità finalizzato all'annullamento di un provvedimento illegittimo;

b) l'accertamento della fondatezza della pretesa nei casi di maggiore complessità sarebbe incompatibile con la struttura snella e celere del giudizio in base al più volte menzionato art. 21-*bis*, l. 1034 cit..

Per attribuire alla norma un significato utile e legittimo occorre, allora, , muovere dai seguenti dati ermeneutici:

¹¹⁰ Cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 ottobre 2007, n.5311

a) si attribuisce al giudice un potere da esercitarsi nell'ambito di un rito speciale improntato ad esigenze di snellezza;

b) non si obbliga ma si facoltizza il giudice a conoscere della fondatezza della pretesa, senza autorizzarlo a sostituirsi in via diretta alla P.A. adottando il provvedimento richiesto;

c) la cognizione sulla fondatezza dell'istanza può sfociare in un accertamento negativo per il richiedente.

Da qui la conclusione che la norma in commento non abbia inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, abbia attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000.¹¹¹

La quinta ed ultima fase si apre con l'approvazione del codice del processo amministrativo entrato in vigore il 16 settembre 2010.

Ai sensi dell'art. 31, comma 3, nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, *«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.»*.

¹¹¹ Cfr. Tar Toscana, sez. III, 23 gennaio 2008, n.36; Tar Lazio - Roma, sez. II *ter*, 11 ottobre 2007, n.9948; Cons di sta, sez. VI, 12 giugno 2007, n.3098; Tar puglia, Bari, sez. II, 16 marzo 2007, n.744; Tar Lombardia, Milano, sez.I, 7 febbraio 2007, n.179; Tar Abruzzo, Pescara, 10 gennaio 2007, n.45; Tar Sicilia, Palermo, sez.II, 7 febbraio 2006, n.332).

Rispetto alla precedente formulazione dell'articolo 2, comma 8, legge n. 241/1990, la disposizione in discorso assegna al giudice amministrativo il compito di pronunciarsi sulla fondatezza della "pretesa" e non già dell'"istanza".

In questo modo la norma pare condividere la posizione, già espressa in dottrina, secondo cui, di fronte ad una richiesta di provvedimento avanzata dal ricorrente, non si può negare al giudice adito il potere di accertare la spettanza al cittadino di quel provvedimento, ossia la "sussistenza di tutte le condizioni previste per il rilascio di quel provvedimento"; e questo "anche se il silenzio si sia formato in un procedimento ad iniziativa d'ufficio"¹¹²

La ribadita possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa conferma altresì la centralità della situazione giuridica soggettiva sostanziale in capo al ricorrente.

A differenza di quanto la giurisprudenza aveva sino ad ora ritenuto, quindi, l'accertamento della fondatezza della pretesa non è limitato all'attività vincolata, ma si estende ai casi in cui non residuano margini di discrezionalità per la p.a.

La norma introdotta nel codice del 2010 appare sin da ora destinata a sollevare delicate questioni interpretative circa l'identificazione delle ipotesi nelle quali *«risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»*.

¹¹² Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, cit., 223

Si consideri tra l'altro che il settore dove è più ricorrente l'affermazione secondo cui, nell'assunzione di un dato provvedimento, l'amministrazione non gode di nessuno spazio di discrezionalità, è probabilmente quello, molto delicato, dell'edilizia.

Infatti, il titolo per costruire *«consiste in un provvedimento vincolato al riscontro della conformità del progetto del proposto intervento costruttivo alla normativa urbanistica ed edilizia in atto vigente, senza che residui in capo all'amministrazione comunale alcun margine di discrezionalità amministrativa»*¹¹³

Ed egualmente dicasi per i provvedimenti sanzionatori, atteso che *«l'accertamento e la repressione degli abusi edilizi, nell'ambito dell'esplicazione della funzione di vigilanza sull'attività urbanistica-edilizia, costituiscono un adempimento vincolante per l'amministrazione, la quale non può esimersi dal relativo esercizio. Ne deriva che, una volta verificato il contrasto con le norme urbanistiche previste per l'area interessata dall'abuso, in capo all'amministrazione medesima non residua alcun margine di discrezionalità in merito all'adozione della conseguente ordinanza di demolizione e pertanto la partecipazione dell'interessato non può incidere su natura e contenuto del provvedimento»*¹¹⁴.

¹¹³ (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 4756; TAR Campania-Napoli, Sez. III, 2 marzo 2010, n. 1249; TAR Sicilia-Catania, Sez. I, 31 ottobre 2008, n. 1898

¹¹⁴ cfr. TAR Campania-Napoli, Sez. IV, 9 aprile 2010, n. 1884; TAR Puglia-Lecce, Sez. III, 26 novembre 2009, n. 2853

Ancora, «in sede di rilascio di concessione edilizia in sanatoria contenente l'accertamento di conformità ai sensi dell'art. 13, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, l'autorità amministrativa non è chiamata a compiere scelte discrezionali, non potendo il detto titolo essere negato una volta che si accerti la c.d. doppia conformità dell'intervento realizzato, rispetto alle previsioni degli strumenti urbanistici (generalisti e di attuazione) vigenti al momento della costruzione e della richiesta di sanatoria, oltre che la sua non contrarietà rispetto a previsioni rivenienti da strumenti urbanistici solo adottati»¹¹⁵

Incerto è infine se la dilatazione dei poteri di deliberazione della fondatezza dell'istanza abbia inciso sul contenuto del *dictum* giudiziale di accoglimento: se, cioè, esso si traduca in una sentenza che ordini all'amministrazione l'adozione un ben preciso provvedimento, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b), del codice, ovvero in una sentenza sostitutiva dell'atto dovuto (es. il permesso di costruire o l'ordinanza di demolizione), come avviene nei casi di giurisdizione estesa al merito, di cui all'art. 34, comma 1, lett. d).

2.3 La rilevanza dell'autovincolo e il problema del sindacato sulla fondatezza della pretesa in caso di discrezionalità tecnica.

Il concetto di attività vincolata nella logica della norma di cui all'articolo 31, comma 3, c.p.a. è un concetto dinamico e non statico; è un concetto che va

¹¹⁵ cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1126

verificato anche alla luce dell'autovincolo nel fluire dell'azione amministrativa. L'attività vincolata della pubblica amministrazione può divenire tale anche per effetto dei limiti che l'amministrazione si autoimpone di rispettare.

Pertanto, per provvedimento vincolato, non si intende solo un provvedimento vincolato *ab origine* sul piano del diritto, vale a dire un provvedimento che in base alla norma strettamente intesa non poteva che essere quello, ma anche un provvedimento vincolato per effetto di un autovincolo, in quanto l'Amministrazione con un precedente atto regolamentare, un bando di gara, una *lex specialis* di un concorso o di una gara, un atto generale, un atto specifico nell'ambito del procedimento, ha consumato la sua discrezionalità, cioè si è data delle regole che impongono un vincolo che nella legge *ab origine* non c'era.

Le procedure concorsuali ed, in particolare, di appalto sono, da questo punto di vista, un caleidoscopio di esempi sostanzialmente ampio.

Si intende anche un vincolo pattizio, alla luce dell'art.11 della 241/1990. E' evidente che se l'Amministrazione si obbliga con il privato in sede di accordo ad adottare un certo provvedimento amministrativo, questo provvedimento, pur se *ab origine* discrezionale, diventa un provvedimento vincolato.

Un'attenta dottrina ha evidenziato come le riforme legislative dello scorso decennio mostrino una tendenza ad anticipare il momento dell'esercizio della discrezionalità rispetto a quello dell'emanazione dell'atto diretto al cittadino, con

la conseguenza che, in questa ulteriore fase, la discrezionalità amministrativa si sarebbe notevolmente ridotta o addirittura esaurita.¹¹⁶

Dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa, gli interventi normativi, sia la legge n.142/1990 che il decreto legislativo n.29/1993, al di là delle numerose modificazioni intervenute nel corso degli anni successivi, “nel momento in cui escludono gli organi di indirizzo politico dalle attività di gestione della cosa pubblica attraverso provvedimenti puntuali, implicano che le linee generali per l'individuazione degli interessi pubblici e privati rilevanti e per il loro confronto debbano essere tracciate all'atto dell'emanazione delle misure espressione dell'indirizzo politico amministrativo”¹¹⁷

Con specifico riferimento agli interessi pretensivi viene poi in rilievo l'articolo 12 della legge n. 241/1990, il quale prevede la predeterminazione dei criteri e delle modalità per la concessione di contributi, sussidi e ausili finanziarie l'attribuzione di vantaggi economici di qualsiasi genere.

Come è stato evidenziato, “rettamente intesa, la disposizione può portare all'individuazione di criteri la cui applicazione ai casi concreti non lasci margini di discrezionalità alla pubblica amministrazione. Più in generale, l'autorità amministrativa può autolimitare l'esercizio della propria discrezionalità, e, in ogni caso, il rispetto del principio di imparzialità impone alla pubblica amministrazione coerenza di comportamenti: una fondata censura di eccesso di potere per disparità

¹¹⁶Cfr. Caranta, Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione, 309

¹¹⁷ Caranta, op.ult.cit., 310

di trattamento è l'altra faccia della consumazione della discrezionalità amministrativa, prevista dalla norma, ma esaurita nei casi concreti"¹¹⁸.

Proseguendo lungo questa direttiva, una parte della dottrina ha proposto di ricostruire la decisione amministrativa "come fattispecie precettiva a formazione progressiva", nella quale è possibile distinguere almeno due fasi. Quella che è stata definita "ascendente", e che si individua nelle varie operazioni occorrenti per giungere alla fissazione della fattispecie precettiva, della regola iuris che disciplina un determinato assetto di interessi; e quella discendente connotata dall'applicazione del precetto così formato alla fattispecie concreta e ai singoli interessi in esso disciplinati.

In quest'ottica, il momento discrezionale della decisione amministrativa si pone a monte, al culmine della fase ascendente, nel momento in cui l'amministrazione valutando e concretizzando l'interesse pubblico specifico, elabora "scale di priorità"¹¹⁹. Tutta l'attività esecutiva di tali criteri, invece, andrebbe considerata attività valutativa non discrezionale, come tale sindacabile da parte del giudice amministrativo¹²⁰.

Molto spesso quindi il giudice si trova ad operare in contesti nei quali la discrezionalità vera e propria si è esaurita e il giudizio prognostico può essere formulato nelle valutazioni propriamente riservate alla pubblica amministrazione.

¹¹⁸ Caranta, Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione, 310-311

¹¹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, n.1445/1999.

¹²⁰ Police, La predeterminazione dell'attività amministrativa, Napoli 1997.

La giurisprudenza è, altresì, intervenuta sulla questione, connessa alla precedente, dell'ammissibilità dello scrutinio della fondatezza della pretesa nel caso in cui l'attività amministrativa omessa sia espressione di discrezionalità tecnica, ricorrente in tutti i casi in cui la determinazione amministrativa sia il portato dell'applicazione di regole tecniche di varia natura (medica, scientifica ecc.), che si caratterizzano per la loro opinabilità.

Al riguardo la risposta è prevalentemente negativa, considerato che, come chiarito dalla giurisprudenza uno dei limiti al sindacato sulla fondatezza dell'istanza è costituito dalla completezza dell'istruttoria.

Pertanto, qualora l'attività amministrativa omessa implichi valutazioni tecniche, al giudice non è consentito effettuarle in sede processuale, con la conseguenza che allo stesso è impedito di sindacare la fondatezza della pretesa al provvedimento che implichi l'applicazione di regole tecniche.

Inoltre, va considerato che, riconoscendo il potere del giudice del silenzio di valutare la fondatezza della pretesa in presenza di attività tecnico-discrezionale, si ammetterebbe più di quanto si ritiene da parte di chi pure consente un controllo forte sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Infatti, il giudice esercitando il proprio potere sostitutivo, non si limiterebbe semplicemente a sovrapporre la propria valutazione a quella (mancante) dell'amministrazione, ma opererebbe direttamente come amministratore, dettando per la prima volta la disciplina del rapporto.

In altri termini, il giudice non si limiterebbe a controllare la valutazione dell'amministrazione, ma finirebbe per sostituire la propria scelta tecnica a quella che l'amministrazione, rimasta inerte, non ha mai compiuto.

Diversamente, nel caso in cui l'attività amministrativa omessa implichi il compimento di meri accertamenti tecnici, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile il sindacato sulla fondatezza della pretesa al fine di conformare puntualmente la successiva azione amministrativa.

3. Il giudice “può” pronunciare sulla fondatezza della pretesa”

La locuzione “*può pronunciare sulla fondatezza della pretesa*” solleva alcuni dubbi interpretativi ponendo il quesito in ordine alla facoltatività o necessarietà della valutazione giudiziale sulla fondatezza della pretesa.

Detto altrimenti: il “*può*” indica una mera facoltà del giudice del silenzio ovvero un potere-dovere, che presuppone, comunque, la domanda di parte? Un'interpretazione letterale del testo della disposizione indurrebbe a ritenere che la norma attribuisca al giudice amministrativo la facoltà di scegliere, caso per caso, se scrutinare o meno la fondatezza della pretesa.

Secondo questa impostazione, il giudice, dopo aver accertato l'illegittimità dell'inerzia, avrebbe la possibilità di scegliere se emettere una sentenza

meramente dichiarativa dell'obbligo di provvedere o una sentenza con cui, valutata la fondatezza della pretesa ordini all'amministrazione di adottare un determinato provvedimento.

Detto in termini processuali, il giudice amministrativo si troverebbe dinanzi alla scelta tra una pronuncia che obblighi la pubblica amministrazione a provvedere ed una pronuncia che statuisca ordinando alla pubblica amministrazione l'adozione di uno specifico provvedimento.

Ne consegue che, da un lato, che il potere di conoscere la fondatezza della pretesa può essere esercitato dal giudice anche d'ufficio, ossia senza istanza di parte, fermo restando, tuttavia, che le parti costituite dovranno essere sentite sul punto ed informate della possibilità di un accertamento che vada al di là della mera verifica della legittimità o meno del silenzio-inadempimento.

Dall'altro lato, pur in presenza di una domanda di parte, il giudice dovrà valutare discrezionalmente se conoscere o meno della fondatezza della pretesa, secondo una logica di celerità del giudizio: se le questioni sono semplici, il giudice valuta anche la fondatezza della pretesa, se, invece, le questioni sono complesse, implicando la relativa soluzione complesse istruttorie o consulenze tecniche, il giudice si limita a dichiarare illegittimo il silenzio-inadempimento e ad ordinare all'amministrazione di provvedere, senza spingersi fino ad esaminare la fondatezza della pretesa.

Tale esegesi, sebbene possibile alla luce della non chiarissima formulazione letterale della norma, tuttavia non appare persuasiva. E, infatti, si pone in

contrasto con i principi del giusto processo consacrati dall'articolo 111 della Costituzione; inoltre si evidenzia l'irrazionalità di un sistema in cui il tipo di tutela da erogare non sia fissato ex ante e in generale dalla legge, ma venga rimesso alle valutazioni discrezionali del giudice.

Pertanto, si osserva che, nonostante il verbo "può", il giudice amministrativo sia tenuto a provvedere sulla fondatezza qualora ricorrano i seguenti requisiti: domanda di una delle due parti processuali e sussistenza dei presupposti per la valutazione in ordine alla fondatezza.

A sostegno di tale ricostruzione si afferma che, se il giudice non procedesse in tal senso, violerebbe il principio processualcivilistico di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.).

In base al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, deve, quindi, ritenersi che, quando il privato ne fa richiesta, il G.A. non può esimersi dal valutare la fondatezza della pretesa, ovviamente nei limiti in cui tale sindacato è consentito dal tipo di giurisdizione che il giudice esercita in sede di ricorso avverso il silenzio

Ciò che, dunque, difetta rispetto alla prima ricostruzione è la stessa discrezionalità del giudice, il quale dinanzi alla ricorrenza dei suesposti requisiti è tenuto a provvedere valutando la fondatezza della pretesa.

Al contrario, seguendo la prima impostazione, la discrezionalità del giudice è tale che lo stesso può decidere di non provvedere sulla fondatezza, nonostante la

domanda di parte o di procedere addirittura d'ufficio, in assenza di domanda di parte.

Escluso che il giudice amministrativo, di fronte ad una domanda del privato che gli chieda di valutare la fondatezza della pretesa, possa limitarsi a dichiarare l'esistenza dell'obbligo di provvedere, occorre verificare se sia possibile per il ricorrente circoscrivere la sua domanda alla sola esistenza dell'obbligo di provvedere.

Si pone, in altri termini, la questione se il privato possa escludere la decisione sulla fondatezza della pretesa attraverso la proposizione di una domanda giudiziale diretta ad ottenere una sentenza dichiarativa del solo obbligo di provvedere.

Al riguardo, pare opportuno distinguere a seconda che l'istanza presentata all'Amministrazione per ottenere il provvedimento sia o meno fondata.

Nel primo caso, a fronte di un ricorso con cui si invoca solo la declaratoria dell'obbligo di provvedere, il principio *ne eat iudex extra petita partium* dovrebbe impedire al G.A. di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa e di ordinare alla P.A. di accogliere l'istanza: una decisione di tale contenuto, infatti, attribuirebbe al ricorrente un'utilità superiore a quelle che egli non ha chiesto con conseguente violazione dei limiti della domanda.

Nel caso di istanza infondata, invece, pare preferibile la tesi secondo cui il G.A. debba rigettare il ricorso o, meglio, dichiararlo inammissibile per difetto di interesse. In questa ipotesi, non pare esservi, interesse in capo al privato ad ottenere una sentenza che condanni l'amministrazione a provvedere su un'istanza

infondata. In sede di esecuzione del dictum giudiziale, invero, la P.A. non potrebbe che rigettare l'istanza del ricorrente: l'esigenza di evitare che il giudizio contro il silenzio rappresenti l'onerosa anticamera di una nuova lite porta a prediligere la conclusione secondo cui il G.A. dovrebbe rigettare (o dichiarare inammissibile del ricorso, anche se il privato ha limitato la sua domanda al solo obbligo di provvedere).

Né a tale soluzione si oppone il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, atteso che il G.A. andrebbe a valutare la fondatezza dell'istanza non per dare al ricorrente più di quanto egli ha chiesto, ma per rigettare la domanda.

4 I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio-rifiuto dopo il codice del processo amministrativo

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza assolutamente prevalente riteneva che non vi fossero controinteressati in senso proprio nei ricorsi contro gli atti di diniego, di reiezione di istanze volte ad ottenere atti ampliativi, e nei ricorsi contro il silenzio dell'amministrazione.

Secondo il giudice amministrativo, infatti, controinteressato è solo colui che abbia acquisito una determinata posizione giuridica in virtù e per conseguenza diretta dell'atto impugnato e che, quindi, si trovi a difendere dal richiesto annullamento una posizione attribuitagli da quell'atto.

Nel giudizio contro gli atti di diniego, al contrario, non può esservi alcun controinteressato perché l'atto impugnato non attribuisce a nessuno posizioni favorevoli, e, anzi, non innova in nulla la situazione esistente, ma si limita, semmai, ad evitare un pregiudizio al terzo.

Il diniego, in altri termini, come tutti i provvedimenti negativi, non crea posizioni nuove, limitandosi a confermare lo *status quo* esistente. Esso, quindi, lede direttamente solo il soggetto che ha richiesto il provvedimento rifiutato, ma non reca alcun diretto e preciso vantaggio a nessuno.

L'assenza di controinteressati, in tale prospettiva, è ancor più evidente nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, mancando qui, più radicalmente, proprio l'atto fonte di utilità per eventuali terzi.

Ebbene, a questi terzi, la giurisprudenza ha riconosciuto una tutela che si estrinseca nella possibilità di proporre intervento volontario *ad opponendum*¹²¹, oppure, in mancanza, nella possibilità di impugnare il provvedimento che l'amministrazione adotti in seguito al giudicato, il quale, ove non abbiano partecipato al relativo giudizio, non è loro opponibile.

Questa forma di tutela riservata al terzo nel giudizio contro il silenzio è apparsa inadeguata, soprattutto, quando al giudice amministrativo è stato riconosciuto il potere di valutare la fondatezza dell'istanza e, quindi, di predeterminare il contenuto del provvedimento che la pubblica amministrazione dovrà adottare.

¹²¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2.; Cons. Stato, Ad. Plen., 24 luglio 1997, n. 15,

In questi casi, il rimedio rappresentato dalla possibilità per il terzo di impugnare il successivo provvedimento emanato dalla pubblica amministrazione in esecuzione di un giudicato che non lo vincola se non ha partecipato al relativo giudizio, appare insufficiente: *“non pare affatto facile la posizione di chi attacca un atto che ha alle spalle un accertamento giurisdizionale sulla fondatezza dei suoi presupposti, o addirittura adottato in corrispondenza alla dichiarazione giudiziale di un preciso obbligo in tal senso, e che deve condurre tale attacco dinanzi allo stesso giudice che ha ordinato l’adozione dell’atto. Considerare adeguata e ragionevole tale possibilità di tutela sembra ingenuo”*.

Per evitare questi inconvenienti, si è avvertita l’esigenza di coinvolgere il terzo nel processo prima che venga pronunciata la sentenza.

Ora il codice si fa carico di questa esigenza di tutela prevedendo espressamente che il ricorso avverso il silenzio debba essere notificato a pena di inammissibilità (oltre che all’Amministrazione inerte), ad almeno uno dei contro interessati (art. 117, comma 1, codice processo amministrativo).

Ammettendo che anche nel giudizio contro il silenzio possano esservi controinteressati, si determina un ampliamento della tradizionale nozione, che finisce quindi per abbracciare non solo chi trae un vantaggio dal provvedimento impugnato e che sia individuato nel contenuto dell’atto.

Nasce però il problema di comprendere quando, nel giudizio contro il silenzio-inadempimento, possa configurarsi un contro interessato in senso proprio. E’ difficile, infatti, sostenere che vi siano sempre controinteressati, perché altrimenti

si corre il rischio opposto di sacrificare eccessivamente la posizione del ricorrente, costringendolo a faticose ricerche.

Stante la mancanza di un provvedimento da impugnare e, quindi, l'inutilizzabilità del criterio formale, il problema è quello di verificare quali sono le condizioni che l'interprete debba utilizzare per identificare l'eventuale controinteressato da evocare nel caso di ricorso contro il silenzio.

L'emersione del controinteressato sostanziale può, invero, avvenire solo in altre due circostanze: nel caso in cui l'interessato abbia esplicitato un accesso agli atti e nel caso in cui sia stato emesso un provvedimento interlocutorio che non abbia però definito in modo tipico il procedimento.

Al di fuori di queste ipotesi (ed esclusa la fattispecie della richiesta di un provvedimento in autotutela, che non legittima, come già osservato, la successiva proposizione del ricorso) l'unico punto di partenza per la identificazione del controinteressato rimane la stessa istanza di avvio del procedimento inoltrata dall'interessato. Quest'ultimo, infatti, potrebbe avere direttamente richiamato, nel contesto delle proprie richieste, in genere legate alla soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, la posizione di un terzo soggetto che rispetto alla concessione del provvedimento invocato potrebbe avere interesse uguale e contrario.

Il problema, però, è che una tale indicazione potrebbe non essere sufficiente; e ciò perché la valutazione compiuta dall'istante potrebbe essere errata o non condivisa dalla pubblica amministrazione o frutto di informazioni incomplete. Né la

esistenza o meno del controinteressato può dipendere dalla formulazione (soggettiva) della istanza di avvio del procedimento.

Pertanto, non rimane che concludere nel senso che la disposizione normativa faccia riferimento solo alle due ipotesi citate dell'avvenuto accesso agli atti del procedimento e avvenuta emissione di un provvedimento interlocutorio: uniche due fattispecie in cui è possibile configurare in modo certo la sussistenza del controinteressato.

Da un lato si è dunque in presenza di una nozione sui generis di controinteressato; dall'altro lato, appare perfettamente possibile che quest'ultimo emerga in una fase successiva a quella iniziale (per esempio, nel caso di emissione sopravvenuta di provvedimento) con la conseguenza che nel ricorso per motivi aggiunti lo stesso vada necessariamente evocato.

La soluzione è allora intraprocessuale nel senso che l'unico modo certo di verificare se un controinteressato sussista risiede nella valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice amministrativo, che prima di assumere la causa in decisione dovrà verificare l'eventuale sussistenza di un terzo che potrebbe essere pregiudicato dalla decisione di esercizio della facoltà ex articolo 31, comma 3, del codice del processo amministrativo.

Si tratterebbe dunque di una ipotesi di intervento ordinato dal giudice ex articolo 49 del codice, il cui adempimento garantirebbe il pieno rispetto del contraddittorio e la salvezza della sentenza dalla impugnazione ad opera del terzo pretermesso.

Non sembra che tale situazione sia assimilabile a quella del c.d. controinteressato successivo, il quale è un soggetto che acquisisce tale ruolo dopo l'avvio del giudizio.

Nella fattispecie in esame il soggetto era già controinteressato sostanziale al momento della proposizione del ricorso, ma tale qualità viene conosciuta in fase successiva (per esempio, a seguito delle difese esplicate dalla amministrazione convenuta).

Diversamente, nel caso in cui non dovessero sussistere le condizioni per l'applicazione della facoltà ex articolo 31, comma 3, del codice del processo amministrativo, l'eventuale controinteressato non sarebbe minimamente inficiato da un'eventuale sentenza di accoglimento che ordina di provvedere, e ciò in quanto avrebbe garantito il proprio spazio di partecipazione all'interno del successivo segmento procedimentale, propedeutico all'emanazione del provvedimento finale allo stesso sfavorevole.

E' anche vero però che l'articolo 117 del codice del processo amministrativo sembra abbastanza perentorio nel richiedere la partecipazione del controinteressato, e, quindi, indipendentemente, dalla prospettazione della domanda ex articolo 31, comma 3, del codice processo amministrativo

L'unica ipotesi in cui invece l'eventuale controinteressato emerge con chiarezza sin dall'inizio del processo è quella in cui il soggetto che agisce non corrisponde a quello che ha avviato il procedimento amministrativo: è il caso in cui cioè colui "*che ha interesse*" è un terzo che intende sollecitare la P.A. a definire il

procedimento, affinché venga emesso un provvedimento di segno negativo per colui che ha chiesto l'avvio del procedimento

5. Provvedimento sopravvenuto espresso nel corso del giudizio avverso il silenzio rifiuto

Può accadere che, impugnato il silenzio-rifiuto *ex art.* 117 codice del processo amministrativo, sopravvenga, nel corso del giudizio, un provvedimento esplicito di definizione dell'istanza.

Osservato che “l'inerzia dell'amministrazione su un procedimento avviato ad istanza di parte non costituisce esercizio del potere, ma semplice fatto di inadempimento e perciò successivamente il potere può sempre essere esercitato, anche in pendenza di giudizio sul silenzio, anche sulla base di nuova istanza di parte”¹²², occorre valutare l'incidenza del provvedimento sopravvenuto sul processo pendente avverso il silenzio.

La questione, prima del codice aveva sollevato delicati problemi interpretativi. Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, instaurato il giudizio contro l'inerzia della pubblica amministrazione, qualora questa decida di esercitare finalmente il proprio potere, il ricorso contro il silenzio diventa improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se l'istanza sia stata rigettata), ovvero per cessazione della

¹²² CERULLI IRELLI, *Osservazioni Generali sulla legge di modifica della legge n.241/1990*, parte II.

materia del contendere (se l'istanza sia stata accolta e sia stato conseguito effettivamente il bene della vita al quale in concreto il ricorrente aspira).

Infatti, ogni qualvolta l'amministrazione eserciti la funzione pubblica con un provvedimento espresso, viene meno l'esigenza di certezza sottesa alla *ratio* della norma che prevede il rito speciale in tema di silenzio, sicché il giudice amministrativo, *ante omnia*, dovrà limitarsi a prenderne atto, con le consequenziali statuizioni processuali a seconda del contenuto del provvedimento esplicito; in questo frangente, dunque, sarà inibita ogni valutazione circa la fondatezza della pretesa sostanziale, che troverà la naturale sede di scrutinio nell'eventuale giudizio di legittimità che il richiedente insoddisfatto vorrà intraprendere.

Affinché si possa dichiarare cessata la materia del contendere, è necessario che il privato abbia conseguito effettivamente il bene della vita cui in concreto aspira¹²³. Ne discende, nel caso di sopravvenienza del provvedimento espresso nel giudizio sul silenzio, che tale formula di conclusione del giudizio potrà essere adottata esclusivamente in presenza di un provvedimento favorevole all'istante¹²⁴.

Invece il provvedimento tardivo di reiezione dell'istanza non può comportare la declaratoria di cessata materia del contendere perché l'amministrazione non provvede in modo conforme all'istanza dell'interessato.

La tesi giurisprudenziale che, prima dell'avvento del codice amministrativo, individuava un onere di una nuova impugnativa avverso il provvedimento

¹²³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 21 novembre 2001, n. 5896)

¹²⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 10 ottobre 2007 n. 5311

sopravvenuto, sanzionato con l'improcedibilità del ricorso originario per carenza sopravvenuta di interesse, conduce a gravi conseguenze.

In particolare, parte della giurisprudenza aveva ritenuto che con il ricorso avverso il silenzio si potesse impugnare unicamente il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione sull'istanza, ma non anche il provvedimento sopravvenuto, con la conseguenza che il privato che aveva già subito le conseguenze dell'inerzia era costretto ad intraprendere un nuovo giudizio avverso il provvedimento sopravvenuto, non potendo impugnare con motivi aggiunti il nuovo atto e chiedere eventualmente la conversione del rito.

Era, infatti, stato affermato che il rito speciale ha per oggetto il silenzio ed è avulso dal soddisfacimento dell'interesse sostanziale, perché mirante esclusivamente alla rimozione della situazione di inerzia sottolineandosi che «una volta che, nel corso del giudizio è sopravvenuto il provvedimento esplicito dell'Amministrazione, l'accertamento giurisdizionale non può estendersi, nel medesimo procedimento speciale, alla legittimità del provvedimento adottato dall'amministrazione neppure in vigenza dell'art. 3, comma 6 *bis*, del decreto legge n. 35 del 2005 (convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2005), che, modificando il testo dell'art. 2 della legge 241 del 1990, ha espressamente previsto (al comma 5 del suddetto art. 2 innovato) che “*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*”, ostandovi i limiti derivanti dalla domanda formulata con il ricorso introduttivo (volta all'accertamento della

illegittimità dell'inerzia) e la specialità della tutela giurisdizionale e dei poteri accordati al giudice amministrativo in materia di inerzia dell'amministrazione»¹²⁵.

Pertanto, anche per evitare facili elusioni dei tempi ordinari di trattazione delle controversie, si escludeva che potessero proporsi motivi aggiunti avverso il provvedimento amministrativo sopravvenuto nel corso del medesimo e si escludeva parimenti la conversione del rito speciale in ricorso volto ad introdurre un giudizio ordinario di legittimità¹²⁶.

L'orientamento contrario alla conversione del rito speciale in rito ordinario ha suscitato alcune perplessità¹²⁷.

Come è stato ben evidenziato¹²⁸, infatti, il rito camerale ben può essere convertito in un rito ordinario, essendo ciò espressamente previsto, per esempio, con riferimento al giudizio di ottemperanza, che, a richiesta di una delle parti, si converte da rito camerale in rito ordinario. Ebbene, così come nel giudizio di ottemperanza la ragione della trasformazione consiste nella emersione di profili più complessi per i quali è necessario seguire il rito della pubblica udienza piuttosto che il rito della camera di consiglio, così, nel giudizio sul silenzio, la conversione può essere proprio la conseguenza dell'emergere di questioni più complesse rispetto all'accertamento del semplice silenzio, come accade, appunto, quando viene emanato un diniego espresso¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, 24 agosto 2006, n.4968

¹²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3471

¹²⁷ Cfr. C.E. GALLO, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A., la cumulabilità delle azioni e la convertibilità dei riti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, n. 8, 926 ss..

¹²⁸ C.E. GALLO, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.*, cit., 928.

¹²⁹ C.E. GALLO, *op. ult. cit.*, 928.

Né, in senso contrario, vale affermare che la conversione dei riti è un istituto non previsto in via generale nel processo amministrativo e, quindi, non può trovare applicazione laddove non espressamente previsto: la conversione dei riti, infatti, così come la conversione degli atti, si fonda sul principio di carattere generale della strumentalità delle forme, che è espresso come principio generale nel codice di procedura civile agli art. 156 e seguenti

La forme dei riti, in altri termini, non sono un valore in sé ma sono un valore strumentale, in quanto consentono al processo di svilupparsi secondo la connotazione più aderente alla funzione sua propria, che è quella di risolvere le controversie.

Il principio di strumentalità delle forme, quindi, ben giustifica la trasformazione del giudizio sul silenzio in un giudizio di impugnazione, allorché se ne verificano i presupposti: trasformazione che può avvenire sia con provvedimento collegiale, costituito da una sentenza parziale che decida sul silenzio e da un'ordinanza che disponga la prosecuzione del giudizio secondo il rito ordinario, oppure, alla luce del principio di economicità, costituito soltanto da una ordinanza che rimetta alla decisione definitiva anche la pronuncia sul silenzio¹³⁰.

Il Codice (art. 117, comma 5) ora ha risolto il problema, prevedendo che se nel corso del giudizio 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 nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.

¹³⁰ C.E. GALLO, *op. ult. cit.*, 928.

La norma costituisce attuazione del principio del cumulo delle domande, codificato dall'art. 32 c.p.a, che prevede che è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale e che se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo IV del Libro IV (rito speciale in determinate materie e in materia di appalti pubblici, che prevalgono sul rito ordinario)

Il provvedimento sopravvenuto e anche quello solo connesso può quindi essere impugnato con motivi aggiunti nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio e, in questo caso, il giudizio prosegue con il rito ordinario (o con il diverso rito previsto per tale impugnazione).

Si evitano così formalismi e si evita anche che la contestazione di un provvedimento espresso possa seguire un diverso e semplificato rito e beneficiare di esigenze acceleratorie, collegate alla sola inerzia della pubblica amministrazione. In tali ipotesi è prevista la conversione obbligatoria del rito camerale, essendo sopravvenuto il provvedimento espresso e incentrandosi il contenzioso su quest'ultimo.

6. L'iter procedurale del rito avverso il silenzio e il ruolo del Commissario ad acta

Il rito speciale sul avverso il silenzio è articolato dall'articolo 117 codice processo p.a. in due fasi: quella di cognizione e quella di esecuzione. La fase di cognizione è diretta, innanzitutto, ad accertare l'esistenza dell'obbligo di provvedere e il suo

effettivo inadempimento; successivamente, verificata l'esistenza e l'inadempimento dell'obbligo di provvedere, se espressamente richiesto nell'atto introduttivo e nei limiti in cui tale sindacato è consentito il giudice potrà valutare la fondatezza della pretesa.

Il procedimento si svolge secondo le disposizioni dettate dall'articolo 87, comma 3, codice processo amministrativo e, quindi, tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario (tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo); la camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimiate. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori delle parti che ne fanno richiesta.

Quanto alla possibilità che il giudice amministrativo disponga un'istruttoria, in dottrina¹³¹ si è rilevato che è difficilmente prospettabile in concreto un'esigenza istruttoria nel giudizio avverso il silenzio-inadempimento, in considerazione del *thema decidendum* limitato al mero accertamento della sussistenza dei presupposti del silenzio; sicchè, l'unico accertamento da compiersi riguarda la permanenza del silenzio al momento della pronuncia della decisione. Il rilievo è condivisibile se riferito ai soli casi in cui il giudice amministrativo non sia tenuto a valutare la fondatezza della pretesa, nei quali l'ambito del sindacato giurisdizionale è effettivamente limitato al mero obbligo di provvedere. Tuttavia, nei casi in cui il sindacato giurisdizionale si estenda alla fondatezza dell'istanza non può escludersi lo svolgimento di un'attività istruttoria

¹³¹ Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 433

All'esito è prevista la pronuncia di una sentenza 'breve' (il comma 2 dell'art. 117 dispone: “*il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata, e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni*”), che, pur essendo una sentenza di condanna dell'amministrazione a provvedere, assume contenuto diverso in relazione all'oggetto del processo: nel caso di attività discrezionale dell'amministrazione si tratta di una sentenza di accertamento dell'obbligo di provvedere e di condanna dell'amministrazione a provvedere; nel caso di attività vincolata, che non presuppone adempimenti istruttori, il giudice emana una sentenza di accertamento della fondatezza della pretesa azionata e di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto.

In particolare, considerato che generalmente il ricorso contro il silenzio cumula in sé due domande: la richiesta di declaratoria dell'obbligo generico di provvedere e la richiesta di declaratoria dell'obbligo specifico di pronunciare un provvedimento soddisfacente dell'interesse del privato, si può affermare che la sentenza di accoglimento del ricorso che denuncia l'inerzia dell'amministrazione si risolverà in una pronuncia di accertamento dell'obbligo di quest'ultima accoppiata ad un capo di condanna ad un *facere* (ordine di provvedere); *facere* soggetto a varie gradazioni di specificità a seconda che si tratti di accoglimento parziale del primo tipo (l'ordine si limita a riguardare il decidere in sé), di “accoglimento parziale” del secondo tipo (è comandato un *facere* specifico ancorché non coincidente con il *petitum*), ovvero di accoglimento (se il contenuto della decisione corrisponda a quanto auspicato dall'attore).

Al fine evidente di accelerare la tutela del ricorrente, evitando la necessità di una ulteriore istanza giurisdizionale, nella stessa sentenza il Giudice può statuire contemporaneamente sull'obbligo di provvedere e sulla nomina del commissario ad acta (art. 117, comma 3). Tale disposizione si coordina con quella dell'art. 34 comma 1, lett. e), che stabilisce per tutti i giudizi di cognizione la possibilità di immediata nomina del commissario ad acta, e con quella dell'art. 114, comma 4, relativa al giudizio di ottemperanza. Il comma 4 dell'art. 117, onde attuare la concentrazione delle tutele, definisce l'ambito dei poteri di cognizione del Giudice, affermando che questi “*conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*”, analogamente a quanto disposto dall'art. 114, comma 6, con riferimento al giudizio di ottemperanza.

Si tratta di norme che sembrano confermare la scelta operata dal codice di considerare il commissario ad acta un ausiliario del Giudice, non un organo straordinario dell'amministrazione, come espressamente si evince anche dalla lettura dell'art. 21 in forza del quale “*nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*”

Invero, la dottrina e giurisprudenza, già sotto la vigenza dell'articolo 21 *bis*, legge Tar , sono state a lungo impegnate nella qualificazione giuridica del commissario *ad acta*, incontrando in tale opera ricostruttiva notevoli difficoltà, in parte dovute alla stessa duplicità di natura del giudizio di ottemperanza, ora ricondotto all'attività giurisdizionale ora all'attività amministrativa. Come è noto, con

riferimento alla natura giuridica del commissario *ad acta* sono state prospettate tre tesi: organo straordinario ausiliario del giudice; organo straordinario dell'amministrazione; organo misto, per alcuni aspetti ausiliario dell'amministrazione e per altri del giudice. Se per il commissario *ad acta* nominato in sede di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato, è prevalsa la tesi secondo cui si tratta di un organo ausiliario del giudice (tesi che ha ricevuto anche l'importante avallo dell'Adunanza plenaria n. 23 del 1978), il dibattito è stato molto serrato per quella figura speciale di commissario *ad acta* nominato per porre rimedio alla persistente inerzia dell'Amministrazione. In questo caso, infatti, secondo un'opzione interpretativa, non si ha un vero e proprio giudizio di ottemperanza, ma, più propriamente, una ottemperanza "anomala" o "speciale", dove la specialità risiede nella circostanza che si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio. Anzi, proprio prendendo atto della unitarietà che ormai lega la fase di cognizione sull'inadempimento dell'amministrazione e la successiva fase esecutiva, il legislatore, recependo una soluzione già anticipata dalla giurisprudenza¹³², ha previsto la possibilità, di disporre in via contestuale l'ordine di provvedere e la nomina del commissario *ad acta*, il quale entrerà in funzione non subito, ma solo ove si protragga l'inerzia dell'Amministrazione.

¹³² Cfr. Cons. Stato, sez.V, n. 30/2002

La specialità di questa forma di ottemperanza deriva anche dal fatto che il commissario *ad acta* può assumere un ruolo del tutto inedito, in quanto la sua attività può non essere volta al completamento ed all'attuazione del *dictum* giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione.

Ed infatti, anche dopo l'entrata in vigore del codice, il giudice amministrativo, chiamato a giudicare sul ricorso contro il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione può limitarsi, a dichiarare l'esistenza dell'obbligo di provvedere, senza svolgere però alcuna valutazione in ordine alla fondatezza della pretesa sostanziale dell'istante.

Questo può accadere o perché il ricorrente non chiede il giudizio sulla fondatezza della pretesa, o perché il giudice ritiene, a torto o a ragione, che non vi siano i presupposti per esercitare tale sindacato, perché il provvedimento richiesto dal privato involge valutazioni discrezionali dell'Amministrazione.

Non a caso, l'art. 31, comma 2, prevede che il giudice “può” pronunciare sulla fondatezza della pretesa, quindi, il sindacato sul rapporto come una eventualità, e non come una componente necessaria della sentenza sul silenzio. Ed allora, in tutti i casi in cui il giudice amministrativo si sia limitato soltanto a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza vincolare in alcun modo la successiva attività amministrativa, il commissario *ad acta*, nominato in caso di persistente inerzia

della P.A., viene a disporre di uno spazio di libertà sicuramente sconosciuto all'analogia figura nominata in sede di esecuzione al giudicato.

Non vi è, infatti, una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma un semplice atto di nomina, con cui il giudice non dice all'amministrazione come deve provvedere, ma demanda tutto all'organo amministrativo straordinario che è il commissario. Si ha qui, allora, un commissario che assomiglia più ad un organo dell'Amministrazione che ad un ausiliario del giudice.

Conseguentemente il provvedimento emesso dal commissario ad acta è impugnabile secondo i principi generali con un ulteriore ricorso di legittimità oppure modificabile dall'amministrazione in via di autotutela, trattandosi di esercizio della funzione alla stessa imputabile. Ne consegue che solo eventuali terzi interessati potranno impugnare i provvedimenti adottati dal commissario, non essendo l'amministrazione legittimata a proporre ricorso.

Quella appena prospettata è una plausibile ricostruzione del dato positivo. È tuttavia senz'altro possibile, come la migliore dottrina non ha mancato di evidenziare, una diversa ricostruzione, suffragata oggi dalle disposizioni previste dal codice del processo amministrativo, secondo cui il rito sul silenzio contemplerebbe un vero e proprio giudizio di ottemperanza: il previsto atto di nomina sarebbe una vera e propria sentenza di ottemperanza in cui il giudice detta anche le direttive per l'operato dell'Amministrazione. In questi termini, si avrebbe, quindi, almeno nella fase esecutiva del giudizio, un vero e proprio giudizio di merito e il commissario dovrebbe essere qualificato come ausiliario del giudice¹³³

¹³³ Cfr. Cons. Stato, 25 giugno 2007, n.3602

In particolare la disposizione di cui all'articolo 117, comma 4, offre all'amministrazione uno strumento idoneo a "sollecitare l'intervento del giudice qualora insorgano dubbi interpretativi circa la portata applicativa del provvedimento, così come delineato dal commissario *ad acta*, o di adire il giudice per il contrasto fra l'atto del commissario *ad acta* e la pronuncia che lo stesso è chiamato ad eseguire o, infine, per l'erroneo esercizio del potere discrezionale allo stesso attribuito".

Poiché i presupposti e i limiti del potere commissariale sono integralmente regolati dalla nomina giudiziale, è proprio nella sede giurisdizionale che vanno risolti i dubbi interpretativi che riguardano il "seguito" amministrativo dei provvedimenti commissariali. Ove pertanto l'amministrazione ritenga che le determinazioni dell'ausiliario del giudice siano esorbitanti rispetto ai poteri realmente conferiti, deve rivolgersi direttamente al giudice per contestare o chiarire i termini delle determinazioni medesime. E ciò in quanto l'attività commissariale, pur producendo effetti sulla realtà amministrativa, esprime null'altro che la volontà giurisdizionale, sia pur sul campo squisitamente materiale.

La tesi della natura giurisdizionale del commissario è confermata, fra l'altro, dal tipo di giurisdizione che il giudice esercita al momento della nomina.

Si tratta infatti di giurisdizione estesa al merito, come suggerito dall'art. 21 del codice ("quando deve sostituirsi all'amministrazione"), entro la quale il giudice è chiamato a svolgere una funzione del tutto simile a quella dell'amministrazione.

L'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione sul merito porta a superare le obiezioni sollevate da chi intravede nella tesi dell'organo ausiliario una ingiustificabile intromissione del giudice nell'amministrazione attiva, in violazione del principio della separazione dei poteri. Tale pericolo viene sdrammatizzato se si pone mente alla natura della giurisdizione sul merito, che attribuisce al giudice amministrativo la potestà di sostituirsi all'amministrazione, sindacando non tanto la legittimità dell'atto contestato, quanto la stessa attività discrezionale che l'amministrazione pone in essere con riguardo al provvedimento da adottare.

7. Il silenzio inadempimento e il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Secondo l'impostazione tradizionale, il ricorso straordinario, disciplinato dagli articoli 8 e ss del decreto del presidente della Repubblica n.1199/1971, ha carattere "senza dubbio" amministrativo e non giurisdizionale¹³⁴, pur serbando "natura del tutto atipica" rispetto agli altri ricorsi amministrativi¹³⁵

Per tale ragione, nonostante abbia oggetto identico al ricorso giurisdizionale (impugnativa di un atto per motivi di legittimità) e si collochi in posizione di

¹³⁴ Cfr. Corte Costituzionale 31 dicembre 1986 n. 298 e 25 febbraio 1975, n. 31

¹³⁵ Cfr. Corte Costituzionale 13 marzo 2001, n.56

alternatività rispetto al giudizio amministrativo, esso va considerato ad ogni effetto un rimedio di tipo sostanziale.

Si noti, però, che di recente l'articolo 69 della legge 18 giugno 2009, n.69 ha realizzato un sensibile ravvicinamento tra i due istituti, avendo reso vincolante il parere propedeutico adottato dal Consiglio di Stato in seno al procedimento del ricorso al capo dello Stato.

Per vero, proprio la natura obbligatoria, ma non vincolante del detto parere è stata sin qui determinante affinché la Corte di Cassazione attribuisse natura amministrativa al ricorso straordinario, al fine ad esempio di negare alla parte vittoriosa l'azione di ottemperanza "requisito indefettibile dei procedimenti giurisdizionali, anche alla stregua di quanto stabilito dall'articolo 111 della Costituzione, così come riformulato dall'articolo 1, della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, è che il *procedimento si svolga davanti a un giudice terzo e imparziale*.

Nel caso di specie il procedimento ha invece per protagonista un'autorità amministrativa che, come si è posto in evidenza, non è neppure vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato e può quindi risolvere la controversia secondo criteri diversi da quelli risultanti dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto, che rappresentano l'aspetto caratterizzante delle decisioni adottate in sede giudiziaria¹³⁶

¹³⁶ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite, 18 dicembre 2001, n. 15978

Sebbene il ricorso al Capo dello Stato si traduca nell'impugnativa di "atti amministrativi definitivi", "come è da decenni pacifico in sede giurisdizionale, anche in sede straordinaria nulla preclude all'organo consultivo di giudicare del rapporto direttamente o passando per quel surrogato di atto definitivo che è il silenzio-rifiuto, anche in assenza di un atto amministrativo".

La tutela apprestata, non può però spingersi al vaglio delle connesse domande di risarcimento dei danni avanzate dall'istante, essendo una simile pretesa assolutamente estranea all'ambito di cognizione propria del ricorso straordinario¹³⁷.

Dell tutto isolata è rimasta la tesi opposta che, muovendo dal principio di alternatività tra rimedio giurisdizionale amministrativo e rimedio straordinario, finisce per sostenere la completa equivalenza e sovrapponibilità delle due forme di tutela, vertendosi, in entrambi i casi, nell'esercizio di funzioni poste a salvaguardia di situazioni soggettive contemplate dall'articolo 24 della Costituzione¹³⁸

L'esperibilità dinanzi al Capo dello Stato del gravame contro l'inerzia nel provvedere non è intaccata dal codice del processo amministrativo che, riguardo l'istituto, si limita a disporre: "il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa" (art. 7, comma 8).

Piuttosto, il codice appare applicabile in due disposizioni.

¹³⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. I, n. 4282/2007, n. 1184/2004, e n. 492/2002; sez. III n. 35 68/2002 e n. 1784/2001

¹³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. II, n. 1036/2002

La prima è quella di cui all'articolo 117 codice processo amministrativo che ha definitivamente eliminato l'obbligo della previa notifica della diffida all'amministrazione .

Resta, quindi, confermata la tesi emersa dopo l'entrata in vigore del decreto legge 14 marzo 2005, n.35, convertito nella legge n. 80/2005, di inutilità della previa diffida, anche in sede di ricorso straordinario¹³⁹

La seconda disposizione riguarda il contenuto della decisione favorevole che deve assumere il capo dello stato, dietro il parere del Consiglio di Stato.

L'articolo 13, lett e) del d.P.R. n.1199/1971 stabilisce che, se l'impugnazione deve essere accolta, il parere del consiglio di stato dichiara l'obbligo di provvedere, facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Detta previsione va ora integrata con l'articolo 31 del codice del processo amministrativo, nella parte in cui viene ammessa una pronuncia sulla fondatezza della pretesa, quando si verte in ipotesi 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.

¹³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 502/2002 e n. 107/1992; sez. II n. 2933/1994 e n. 2979/1991

CAPITOLO IV

La tutela risarcitoria nei confronti del silenzio inadempimento

Sommario: 1. La risarcibilità del danno da ritardo; 2. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul danno da ritardo; 3. I rapporti tra il ricorso avverso il silenzio-inadempimento e l'azione per il risarcimento del danno; 4. I termini per proporre la domanda di risarcimento del danno nel codice del processo amministrativo.

1. La risarcibilità del danno da ritardo

A oltre dieci anni della legge delega n. 59/1997, mai attuata, che prevedeva in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di pagare un indennizzo automatico e forfettario in favore del privato in caso di mancato rispetto del termine per concludere il procedimento, con l'articolo 2-bis della legge n. 241/1990, introdotto con la legge n.69/2009, si prevede che l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento obbliga l'amministrazione a risarcire il danno ingiusto cagionato¹⁴⁰.

Il problema della risarcibilità del danno da ritardo della pubblica amministrazione affonda le sue radici nel riconoscimento della risarcibilità del danno da lesione di

¹⁴⁰ In precedenza la legge delega n.59/1997 ("Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa"), con la direttiva contenuta nell'articolo 17, comma 1, lettera f), aveva delegato l'esecutivo a prevedere "per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, (...) forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento; contestuale individuazione delle modalità di pagamento e degli uffici che assolvono all'obbligo di corrispondere l'indennizzo, assicurando la massima pubblicità e conoscenza da parte del pubblico delle misure adottate e la massima celerità nella corresponsione dell'indennizzo stesso": la delega in questione non è mai stata attuata.

interessi legittimi. Dopo la storica sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è incentrato sulla ammissibilità di tale fattispecie di danno, sulla qualifica di diritto soggettivo o interesse legittimo della posizione giuridica lesa e sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione.

Si suole distinguere il “danno da ritardo”, individuabile nella lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionato dalla lentezza con cui l’amministrazione ha emesso il provvedimento finale ampliativo della sfera giuridica del privato, dal c.d. “danno da disturbo”, di recente conio giurisprudenziale, che si caratterizza per la lesione di un interesse legittimo oppositivo e consiste nel pregiudizio subito in conseguenza dell’illegittima compressione delle facoltà di cui il privato è già titolare¹⁴¹.

Il danno da ritardo è astrattamente sussumibile in due categorie: quello da ritardata adozione e quello da mancata adozione dell’atto.

La prima categoria ricomprende le ipotesi di pregiudizio in cui un atto conclusivo del procedimento, sia pure intempestivo, è comunque stato adottato dall’amministrazione.

Rientrano nella seconda le ipotesi in cui l’autorità procedente non è più nelle condizioni di adottare alcun atto conclusivo, ovvero in cui l’istante, per ragioni proprie, non ha più interesse all’adozione di un atto, la cui assunzione postuma assurgerebbe alla stregua di mero simulacro provvedimentoale.

¹⁴¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2009, n. 4237 e sez VI, 12 marzo 2004, n. 1261; T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 1 aprile 2002, n.1568

La disposizione dell'articolo 2 *bis* della legge n. 241/1990 individua i quattro elementi fondanti la fattispecie dannosa: a) la violazione dell'obbligo di provvedere; b) la presenza della colpa o del dolo; c) la produzione di un danno ingiusto; d) il nesso di consequenzialità tra la violazione dell'obbligo e il danno ingiusto cagionato.

La disposizione in questione sembra configurare l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento come un fatto illecito produttivo dell'obbligo di risarcire il danno secondo il paradigma della responsabilità extracontrattuale descritto dall'articolo 2043 codice civile (in tal senso sembrano deporre i riferimenti ad un danno ingiusto, al dolo e alla colpa); la tesi della natura aquiliana dell'azione di risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di provvedere è ribadita dalla previsione dell'articolo 30, comma 4, del codice di rito che prevede che l'onere della prova del danno subito “in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine” spetta al ricorrente.

L'unico profilo di eccentricità rispetto al canonico modello aquiliano riguarda unicamente la previsione di un termine decadenziale di cui all'articolo 3^o, comma 3, codice processo amministrativo, che ha sostituito la previsione del termine di prescrizione quinquennale, inizialmente previsto dall'articolo 2 *bis*, comma 2, della legge n.241/1990.

Rinviando a quanto suesposto circa la violazione dell'obbligo di provvedere, l'individuazione degli estremi della colpa e del dolo postula un giudizio di imputabilità dell'evento all'amministrazione.

Più semplice da definire, benché difficile da provare in concreto, è il dolo; ricorre tale elemento psicologico quando il funzionario, consapevolmente e intenzionalmente, abbia ommesso di adottare tempestivamente il provvedimento.

L'ipotesi della colpa, invece, si prospetta in caso di violazione delle usuali regole di buona fede, trasparenza, leale e fattiva collaborazione, cui si riconnette, ai sensi dell'articolo 1227, del codice civile, la presunzione semplice della sussistenza della colpa dell'apparato amministrativo¹⁴², "colpa d'apparato" individuabile, com'è noto, nei profili di imputabilità riferiti non al funzionario agente (a titolo di imperizia o negligenza) ma alla pubblica amministrazione nella sua dimensione organizzativa e gestionale.

Spetterà di contro all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di un precetto, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata, o altro.¹⁴³

L'accertamento del nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo ed il danno ingiusto cagionato va eseguito secondo i dettami fissati dalla Corte di Cassazione, in base ai quali esso è soggetto alle regole dettate dagli articoli 40 e 41 del codice penale, secondo cui tale nesso sussiste in tutti i casi in cui possa ritenersi che la

¹⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. V 2 marzo 2009, n. 1162 e 8 settembre 2008, n.4242; sez. VI, 9 giugno 2008, n.2750; ma anche: Corte Costituzionale 7 aprile 2006, n.146; Cass. Civ., sez. un. 22luglio 1999, n.500

¹⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 marzo 2009, n.1732

condotta colposamente omessa, ove fosse stata tenuta, avrebbe impedito l'evento. Tuttavia l'accertamento della causalità omissiva in sede civile differisce dall'analogo accertamento in sede penale sul piano della prova, perché, mentre nel processo penale la diversa posizione dell'accusa e della difesa impedisce di ritenere sussistente il nesso di causalità se non vi sia la prova che la condotta omessa avrebbe impedito l'evento al di là di ogni ragionevole dubbio (vale a dire con quasi assoluta certezza), nel processo civile la paritaria posizione dei litiganti consente di ritenere provato il nesso causale tra l'omissione e l'evento di danno in tutti i casi in cui la condotta omessa avrebbe impedito quest'ultimo con ragionevole probabilità, vale a dire con una probabilità superiore al 50 per cento, che va desunta non solo dalle statistiche eventualmente esistenti, ma da tutte le circostanze del caso concreto»¹⁴⁴

Molto dibattuta è la nozione di «danno ingiusto»; in particolare . la tematica della risarcibilità del danno da mero ritardo, per tale intendendosi il danno conseguente al mancato rispetto della tempistica procedimentale prevista per l'adozione di un determinato provvedimento in disparte la valutazione dell'esito del procedimento, è sicuramente stata ed è tutt'oggi una delle tematiche più scottanti del diritto amministrativo in relazione alla quale tanto la legge n.241/1990 quanto il codice del processo amministrativo. non offrono risposte chiare e univoche.

Secondo la giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* della legge n. 241/90, il ritardo nella definizione dell'istanza non comporta di per sé l'affermazione della responsabilità per danni, posto che il sistema di tutela

¹⁴⁴ Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576).

dell'interesse pretensivo consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando esso assume ad oggetto la tutela di posizioni sostanziali e perciò la mancata emanazione od il ritardo nell'emanazione riguarda un provvedimento vantaggioso, suscettibile di appagare un bene della vita. Non è quindi possibile accordare il risarcimento nel caso in cui il provvedimento tardivo abbia carattere negativo e sia divenuto intangibile per l'omessa proposizione di impugnativa o per il suo rigetto¹⁴⁵.

“L'inerzia amministrativa, per essere sanzionabile in sede risarcitoria, postula non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della sua illegittimità ma vieppiù il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante, in senso favorevole all'interessato (ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria). Il danno da ritardo, quindi, non ha un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce, dato che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima; pertanto l'eventuale danno non è risarcibile quando l'Amministrazione abbia adottato, ancorchè con notevole ritardo, un provvedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l'interessato.”¹⁴⁶

.

¹⁴⁵ cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7; Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4522; Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248.

¹⁴⁶ cfr. Consiglio di Stato sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162.

Si esclude pertanto il riconoscimento di un'azione risarcitoria per il mero ritardo, a prescindere, cioè, dall'indagine sulla spettanza del bene delle vita oggetto del provvedimento richiesto.

Minoritario è rimasto l'orientamento che pone l'accento sul nuovo modello di azione amministrativa introdotto dalla legge n. 241/90, informato secondo regole di correttezza idonee a radicare un'aspettativa qualificata al loro rispetto e la cui violazione dà luogo a responsabilità per lesione di posizioni soggettive ulteriori rispetto a quelle di natura sostanziale (i c.d. «interessi strumentali» o «procedimentali»), indipendentemente dalla spettanza del provvedimento richiesto.

In quest'ottica, l'avvio di un procedimento amministrativo genera un «contatto amministrativo qualificato» ed il sorgere di un rapporto giuridico autonomo a struttura complessa, nel cui ambito si formano, a carico del soggetto pubblico, dei veri e propri obblighi di protezione della sfera giuridica del privato, cui sono correlati specifici diritti di quest'ultimo ad un comportamento diligente e conforme alla buona fede¹⁴⁷.

Viene in considerazione il “bene tempo” come bene meritevole di tutela giuridica autonoma rispetto al bene oggetto dell'istanza. Tale tesi è espressa chiaramente dall'ordinanza della IV sez. del Consiglio di Stato, n. 875/2005, di rimessione all'Adunanza Plenaria: “ *l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra, nell'attuale realtà economica e nella moderna*

¹⁴⁷ cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875; Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 e 20 gennaio 2003, n. 204

concezione del c.d. rapporto amministrativo, essere interesse meritevole di tutela in se' considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo, che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione a un'istanza rivolta all'amministrazione".

Dal mancato esercizio di un potere autoritativo nei tempi prefigurati dalla legge, possono in linea astratta discendere le seguenti situazioni di fatto:

- 1) l'amministrazione non adotta alcun provvedimento ed il privato istante, nonostante il tempo trascorso, mantiene interesse alla sua emanazione;
- 2) l'amministrazione adotta in ritardo il provvedimento dovuto e questo è soddisfacente dell'interesse del privato istante;
- 3) l'amministrazione adotta dapprima un provvedimento negativo, ma poi lo riforma in senso positivo, d'ufficio od in esecuzione di una pronuncia giurisdizionale;
- 4) l'amministrazione adotta in ritardo il provvedimento positivo dovuto, ma questo è solo astrattamente soddisfacente dell'interesse del privato istante, perché il decorso del tempo ha provocato l'irrimediabile inutilità dell'atto, ai fini dell'attribuzione del bene o dell'utilità finale richiesta;
- 5) l'amministrazione non adotta alcun provvedimento perché, a causa del tempo trascorso, non è più nelle condizioni di provvedere sull'istanza.

E' evidente che le ipotesi *sub* n. 1), n. 2) e n. 3) variano solo per le diverse modalità di accesso alla tutela giudiziaria, in quanto:

1) in caso di mero silenzio, l'interessato potrà proporre il relativo ricorso, nel quale inserire anche l'azione di danno per il ritardo, fermo restando che, in linea con la tesi giurisprudenziale dominante, l'accoglibilità di quest'ultima resta subordinata alla previa adozione di un provvedimento positivo da parte dell'amministrazione, salvi i limitati casi nei quali il giudice può valutare la fondatezza dell'istanza, ai sensi dell'art. 31. comma 3, del codice;

2) in caso di provvedimento tardivo favorevole adottato *in prima battuta*, l'interessato potrà proporre direttamente azione di condanna per il risarcimento del danno da ritardo;

3) in caso di provvedimento tardivo emesso in riforma di un precedente atto di segno negativo, l'interessato che abbia esperito azione generale di annullamento, se non ha agito in tale sede anche per il danno da ritardo, potrà farlo con separato processo.

A non mutare nelle tre ipotesi anzidette è la determinazione del danno risarcibile, che è pari alla minore utilità patrimoniale conseguita a causa del tempo illegittimamente decorso tra la scadenza del termine per provvedere ed il momento in cui il provvedimento viene adottato.

Nel caso *sub* n. 4), un provvedimento positivo è stato emesso, ma per il notevole tempo trascorso esso è inidoneo ad appagare le giuste pretese del privato istante. Si pensi, ad esempio, alla richiesta di un imprenditore, accolta quando l'attività è

oramai cessata, ovvero alla domanda di autorizzazione al trasporto di un bene ai fini della sua successiva vendita, accolta dopo il perimento della merce od il ritiro del compratore.

In questa situazione, per l'istante il ritardo nel provvedere non determina l'ottenimento di una minore utilità patrimoniale, ma gli impedisce di realizzare una qualsivoglia utilità.

Conseguentemente, il ristoro è necessariamente pari all'intera utilità fallita e va chiesto con autonoma azione di danno, senza si debba previamente impugnare il provvedimento sopravvenuto, che anzi giova al ricorrente, nella misura in cui lo affranca dall'onere di provare in giudizio che il bene vantato gli sarebbe stato attribuito, all'esito di un apprezzamento discrezionale.

Più problematica è l'esame dell'ipotesi *sub* n. 5), nella quale l'amministrazione non si è mai pronunciata sull'istanza, né può ulteriormente farlo, perché, per norme o fatti sopravvenuti, ha perso il potere di provvedere sulla materia o non può più concedere l'utilità richiesta.

In questi casi, restando nell'alveo tracciato dalla giurisprudenza maggioritaria, l'inerzia amministrativa è sanzionata in sede risarcitoria solo previo accertamento della fondatezza della pretesa.

Sicché l'interessato avrà interesse a promuovere un'autonoma azione di danno da mancato provvedere, solo se ed in quanto sia in grado di provare in giudizio la certa, o statisticamente probabile, attribuzione del bene o dell'utilità finale,

all'esito della prognosi di quella che sarebbe stata la decisione virtualmente assunta dall'amministrazione.

Diversamente, dovrà promuovere una causa avverso il silenzio, al fine di obbligare l'autorità ad effettuare comunque la valutazione discrezionale circa la (astratta) spettanza del bene o dell'utilità: allo scopo, se l'esito è positivo, di poter chiedere il risarcimento del danno per equivalente e, se è negativo, di preconstituirsì un provvedimento da impugnare in sede di legittimità.

In tutte le ipotesi suesposte, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del codice, sono escluse dal risarcimento quelle voci di danno che si sarebbero potute evitare con l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Si tenga conto, per altro, che l'azione risarcitoria richiede la prova della quantificazione dei danni subiti, con riferimento sia al danno emergente, che al lucro cessante, in quanto elementi costitutivi della relativa domanda, ai sensi dell'art. 2697 del codice civile, non essendo di per sé sufficiente il riconoscimento tardivo del titolo vantato, in quanto, in linea di principio, l'ingiustizia e la sussistenza stessa di un danno non possono presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione dell'atto richiesto¹⁴⁸.

Pertanto, in caso di illegittimo ritardo nel provvedere, la regola equitativa può soccorrere unicamente nelle ipotesi in cui il danno allegato, ancorché sussistente, non sia tuttavia comprovabile nel suo preciso ammontare ma non quando uno dei

¹⁴⁸ Cfr. TAR Puglia-Lecce, Sez. III, 7 ottobre 2009, n. 2262

parametri utilizzati nel giudizio equitativo sia perfettamente conosciuto e parimenti determinabile risulti l'incidenza di detto parametro sulla quantificazione del risarcimento¹⁴⁹.

Tanto premesso, occorre ora verificare se le considerazioni espresse dall'Adunanza plenaria n. 7/2005 sono state in qualche modo superate dall'art. 2 *bis* della legge n. 241/90, inserito dall'art. 7, comma 1, lett. c), della legge n. 69/09, che nel prevedere il risarcimento del danno in conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento (sia in caso di ritardo che di silenzio), senza alcuna limitazione in ordine al contenuto dell'atto, sembrerebbe aver avallato la tesi volta a tutelare l'interesse del cittadino alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa in sé considerato. Come evidenziato dalla più attenta dottrina all'indomani dell'introduzione dell'art. 2-bis: *“Il bene protetto dalla norma è il rispetto dei tempi certi del provvedimento al fine di salvaguardare la progettualità del privato e la determinazione dell'assetto di interessi dallo stesso preordinato in relazione ai tempi del procedimento. Il danno risentito dal privato è ingiusto perchè la p.a. non ha rispettato i tempi determinati dall'ordinamento per la legalità del suo agire amministrativo”*.

La norma, riconducendo il bene protetto all'osservanza dei tempi per la conclusione del procedimento, in funzione della tutela del privato e del principio di certezza delle situazioni giuridiche soggettive, individuerebbe, dunque, una ipotesi di risarcimento del danno da ritardo del tutto sganciata e autonoma da qualsiasi considerazione circa il contenuto dell'atto.

¹⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5899

A tal proposito, si segnala una recente decisione di prime cure che, pur disconoscendo l'applicabilità della nuova norma al giudizio in corso, ad una prima lettura, ritiene non priva di fondamento l'opzione ermeneutica di un riconoscimento legislativo di un danno da mero ritardo, «sganciato cioè dal conseguimento dell'utilità finale»¹⁵⁰.

In tale scia interpretativa si colloca la pronuncia del Consiglio di Stato, 21 marzo 2011, n. 1739 nella quale i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che l'art. 2 *bis* legge n241/1990 presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino.

Si fa quindi riferimento a quella recente giurisprudenza che ha riconosciuto come il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è pur sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica¹⁵¹.

Sono certamente da menzionare alcuni passaggi motivazionali della citata decisione potendo indubitabilmente creare le coordinate per il riconoscimento del danno da mero ritardo: in tal senso vanno letti i passaggi in cui si afferma che *“ogni cittadino e ogni impresa hanno diritto ad avere risposta dalle amministrazioni alle proprie istanze nel termine normativamente determinato e ciò proprio al fine di programmare le proprie attività e i propri investimenti; un*

¹⁵⁰ cfr. TAR Puglia-Bari, Sez. II, 31 agosto 2009, n. 2031.

¹⁵¹ Cfr in tal senso, Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-*bis*, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo.

inatteso ritardo da parte della p.a. nel fornire una risposta può condizionare la convenienza economica di determinati investimenti, senza però che tali successive scelte possano incidere sulla risarcibilità di un danno già verificatosi”.

Si precisa, tuttavia, chiaramente che *“nel caso di specie, non rileva la questione della risarcibilità del danno da ritardo in caso di non spettanza del c.d. "bene della vita" e della compatibilità dei principi affermati dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2005 con il nuovo art. 2-bis della legge n. 241/90, avendo la stessa amministrazione riconosciuto tale spettanza con il (tardivo) rilascio dell'autorizzazione”.*

Nella decisione n. 1739/2011 il Consiglio di Stato peraltro limita il suo percorso argomentativo ad una fattispecie (danno da ritardo nel conseguimento di un provvedimento la cui spettanza è stata comunque riconosciuta dall'amministrazione in capo all'istante) già, per vero, pacificamente rientrante nelle ipotesi in cui è pienamente ammissibile la tutela risarcitoria.

Occorrerà attendere, tuttavia, prima di poter affermare il pieno e concorde riconoscimento del danno da ritardo mero.

D'altronde, quando nel recente passato si è voluto fare discendere dalla violazione dei termini procedurali conseguenze negative di ordine patrimoniale nei confronti dell'amministrazione, l'art. 17, comma 1, lett. *f*), della legge 15 marzo 1997, n. 59 (la c.d. *Prima legge Bassanini*) ha conferito al Governo la delega (rimasta inattuata) ad introdurre «forme di indennizzo automatico e forfettario» a favore del privato richiedente nelle ipotesi in cui l'amministrazione non adotti tempestivamente un provvedimento, anche se negativo.

Laddove la natura indennitaria, automatica e forfettaria e non risarcitoria della somma spettante starebbe proprio a dimostrare quanto meno l'estrema riluttanza del legislatore a considerare ristorabili per danno situazioni prive della consistenza del diritto o dell'interesse di tipo sostanziale.

Per la portata non innovativa della nuova disciplina, deporrebbero poi sia la struttura dell'art. 2 *bis* della legge n. 241/90, sia la successiva formulazione di più di una norma del codice del processo amministrativo.

Per vero, l'art. 2 *bis* riconnette il pregiudizio cagionato dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, al verificarsi di un danno «ingiusto».

Ebbene, secondo l'art. 23 del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, il danno è *ingiusto* se deriva da una «violazione dei diritti dei terzi» e ciò in conformità all'art. 28 della Costituzione, secondo cui «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»..

E l'interpretazione evolutiva affermata presso la Suprema Corte dopo anni di aspro dibattito è nel senso che per «violazione dei diritti» devono intendersi le aggressioni all'integrità patrimoniale dell'individuo e dunque le lesioni, oltre che ai diritti veri e propri, anche agli «interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato

ritardo nella sua adozione» (ciò, almeno, a partire dalla storica Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500).

Si badi, inoltre, che l'ingiustizia del danno, quale presupposto della condanna al risarcimento, è richiesta dall'art. 30, comma 2, del codice, sia per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, sia per il ritardato o mancato esercizio della stessa.

E poiché è indiscusso che il danno da uso illegittimo del potere presuppone sempre la titolarità dell'interesse sostanziale in capo all'istante, non si vede perché, quando nello stesso contesto l'aggettivo «ingiusto» è utilizzato per il danno da mancato uso del potere, questo debba assumere un'accezione diversa e più favorevole.

Ancora, il comma 6 dell'art. 117 prevede che se l'azione per il risarcimento del danno da ritardo è proposta nello stesso processo avente per oggetto il silenzio, «il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria».

Orbene, se il risarcimento del danno dovesse conseguire al mero accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere, non si comprenderebbe per quali logiche di economia processuale il giudice del silenzio possa o debba separare un giudizio unitario, rinviando ad altro rito la cognizione su una domanda il cui merito decisorio è già in gran parte contenuto nella delibazione sul silenzio, appena eseguita.

Sarebbe tutt'al più sufficiente pronunciare una sentenza parziale, che accerti l'obbligo di provvedere e rinviare ad altra udienza la trattazione della stima del danno, sempreché la domanda non vada respinta per mancata prova sul *quantum* ovvero non possa procedersi per via equitativa.

La norma, invece, acquista senso compiuto, se la si interpreta nel senso che il giudice separa le due azioni connesse quando nel giudizio sul silenzio non sia possibile stabilire la spettanza del bene della vita: o perché, nelle more del processo, non è intervenuto un provvedimento positivo o perché non si verte in un'ipotesi di attività vincolata o priva di ulteriori margini di discrezionalità e non comportante adempimenti istruttori, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del codice.

In conclusione, non vi sarebbero ragioni per ritenere cessato il vincolo di pregiudizialità esistente tra il riconoscimento, anche solo virtuale, della spettanza del bene della vita (la c.d. fondatezza sostanziale dell'istanza) e la condanna al risarcimento del danno da ritardo; pertanto, ogni qual volta siffatta valutazione non sia d'immediata e pacifica evidenza, il giudice del silenzio è tenuto a rinviare la domanda sul danno ad altro giudizio, da celebrare secondo le forme del rito ordinario.

Alla luce di quanto suesposto è opportuno, sul punto, attendere lo sviluppo della giurisprudenza auspicando in tale materia un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria.

2 La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul danno da ritardo

Ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. a), codice processo amministrativo, "la controversia sul risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo è devoluta al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva."

Con riguardo alle domande risarcitorie e al silenzio non qualificato della pubblica amministrazione, è ormai pacifica la tesi della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo; in primo luogo, da sempre è il giudice che tutela le pretese del cittadino nei confronti del silenzio dell'amministrazione, sempre che ovviamente l'inerzia riguardi l'esercizio di veri e propri poteri pubblici.

Peraltro, la scissione della tutela reale e della tutela risarcitoria del silenzio davanti a due giurisdizioni si porrebbe in contrasto, oltre che col valore dell'effettività, anche col principio della ragionevole durata del processo *ex art.* 111 Costituzione, tenuto conto che il giudizio sul silenzio della pubblica amministrazione è strettamente connesso con il sindacato sul potere pubblico ed anche il giudizio risarcitorio è legato alle successive manifestazioni del potere pubblico.

La giurisdizione del giudice amministrativo sul danno da ritardo è stata ritenuta sussistere sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte di Cassazione.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'esaminare una fattispecie assimilabile all'ipotesi in cui un provvedimento amministrativo, legittimo ma adottato con ritardo, sia sfavorevole per il privato che lamenta dei danni per non aver ottenuto il tempestivo esame della propria istanza e per non aver quindi appreso, entro i termini previsti, della non accoglibilità della stessa (es., diniego di permesso di costruire, legittimo, ma adottato ben oltre il termine previsto) ha affermato che ai fini della giurisdizione rileva unicamente l'inerenza della mancata emanazione del provvedimento nei tempi prefissati a un potere di natura autoritativo, cioè un ritardo che assume giuridica rilevanza perché derivante dal mancato tempestivo esercizio del predetto potere¹⁵².

Non sembra esservi dubbio sul fatto che il rilascio di un permesso di costruire o di un provvedimento di condono o sanatoria costituisca esercizio di un potere autoritativo, non importa in che misura vincolato o discrezionale. Nessuno dubiterebbe della sussistenza della giurisdizione amministrativa in caso di provvedimento di diniego; né della conseguente giurisdizione del giudice amministrativo per i danni derivanti dall'illegittimo diniego. Non sembra allora coerente con il disposto della legge n. 205, ritenere che l'omesso esercizio del potere, e il danno che in tesi ne deriva, debba seguire sorte diversa in punto di giurisdizione.

¹⁵² Cfr Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7.

Il potere delineato dalla norma ha natura autoritativa e l'omesso esercizio del potere, sia che venga sindacato al fine di ottenere il provvedimento sia che se ne lamenti l'illegittimità a fini risarcitori, costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio (che a sua volta può dar luogo a un provvedimento positivo o negativo), la quale non sembra poter essere trattata alla stregua di un mero comportamento, cioè di un provvedimento svincolato dall'esercizio di un potere autoritativo.

Anche con le *ordinanze n. 13659 e n. 13660 del giugno 2006*, la Cassazione, nell'affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sui danni da provvedimento, ha sottolineato, in conformità con la Plenaria, che appaiono riconducibili alla giurisdizione del giudice amministrativo i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio.

Secondo la Cassazione, ciò che viene qui in rilievo è bensì un comportamento, ma il comportamento si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo, non di un diritto soggettivo.

A fronte della previsione di cui all'articolo 133 d.lgs n. 104/2010, che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, alcun dubbio vi

può essere oggi sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle varie tipologie di danno da ritardo.

Nell'analisi della nuova disposizione ha preso piede, peraltro, la tesi che l'affermazione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo conterrebbe un implicito riconoscimento che a fronte dell'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere sull'istanza del cittadino in termini predeterminati vi sarebbe non tanto e non solo una posizione di interesse legittimo, bensì la titolarità di un vero e proprio diritto. E questo intreccio di situazioni soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo giustificerebbe l'ipotesi di una giurisdizione esclusiva in materia di risarcimento dei danni da ritardo, come fattispecie autonoma e non meramente consequenziale rispetto al «merito» della funzione pubblica non esercitata nei termini di legge.

D'altro canto nel dibattito che ha preceduto la riforma legislativa, come suesposto, da più parti era stato posto l'accento che la progressiva trasformazione della funzione amministrativa da potere a servizio induce a concepire l'obbligo della pubblica amministrazione in termini di vera e propria "prestazione" ai sensi dell'art. 1174 c.c., e, quindi, ad applicare i principi generali sulle obbligazioni.

Invero autorevole dottrina osserva che *«la pretesa del destinatario all'emanazione di un provvedimento, di qualsiasi contenuto esso sia, in un tempo ragionevole, non va riportata alla figura dell'interesse legittimo, ma deve essere ricondotto a consistenza di diritto soggettivo»*.

In questa logica è stato sostenuto che poiché nell'azione risarcitoria per danno da ritardo non sarebbero in gioco soli interessi legittimi, bensì un vero e proprio «diritto di credito», vi sarebbe stata la necessità di una norma speciale sulla giurisdizione¹⁵³

Sotto altra angolazione, e senza coinvolgere la natura della posizione giuridica fatta valere nell'azione risarcitoria per danno da ritardo, si è affermato, invece, in modo condivisibile, che la riconosciuta giurisdizione esclusiva in materia di risarcimento del danno da ritardo scaturisce dalla specificità della fattispecie, che non può essere ricondotta nella generale previsione dell'art. 7 delle legge 1034 del 1971.

L'azione di risarcimento del danno non è accessoria e consequenziale rispetto alle materie comunque devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo e, quindi, attratta da quelle, bensì è un giudizio del tutto autonomo, con la ulteriore conseguenza che per essere sottratta dalla cognizione del giudice ordinario. necessita di una attribuzione diretta al giudice amministrativo¹⁵⁴

Dalla complessa problematica sulla questione di giurisdizione, si potrebbe finire per ricavare un argomento al fine di affermare che la portata effettiva dell'art. 2 *bis* legge n. 241/1990 contenga quella carica innovativa non espressa, e riguardante la individuazione di un autonomo titolo di responsabilità della

¹⁵³ F. Volpe «*Danni da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*» in Lex Italia 2/9/2009.

¹⁵⁴ *Il nuovo procedimento amministrativo*», a cura di Francesco Caringella e Mariano Protto. Ed. Dike. Commento dell'art. 2 bis, a cura di R. Gisondi, pag. 138 e segg.

pubblica amministrazione per inadempimento dell'obbligo di provvedere nel termine legale.

Corollario di siffatta ricostruzione è, come già sottolineato, che il «danno ingiusto» che dà luogo al risarcimento è quello correlato all'interesse protetto dal sistema normativo, che, nella nuova configurazione del procedimento amministrativo, ispirato a criteri di economicità, efficienza, produttività ed, ora, anche di imparzialità, privilegia la certezza del termine per la emanazione di un qualsivoglia provvedimento, ed altresì la celerità della definizione del procedimento.

Danno ingiusto è quindi l'ingiustificata situazione di precarietà ed incertezza in cui viene a trovarsi il cittadino, che non riceve risposta nei termini di legge alle proprie istanze, ed, in definitiva, un comportamento omissivo della P.A., che viola una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere.

In altra circostanza si è avuto modo anche di sottolineare che a dare spessore alla problematica di un interesse procedimentale, sia sotto il profilo privatistico che in termini di interesse generale, vi è altresì la definizione penale della responsabilità da ritardo prevista dal secondo comma dell'art. 388 c.p., secondo la modifica operata con la legge 26/4/1990 n. 86, in concomitanza cioè con la legge 241/90.

Elemento fondante della fattispecie penale è la disciplina del procedimento di cui alla legge 241, e la giurisprudenza della Cassazione penale è nel senso che, indipendentemente dalla fondatezza della domanda, il diritto ad ottenere il compimento dell'atto (sia pure la reiezione dell'istanza) e di conoscere le ragioni

dell'eventuale ritardo appaiono rappresentare gli elementi costitutivi della fattispecie omissiva e, conseguentemente, della responsabilità dei pubblici amministratori ¹⁵⁵

3. I rapporti tra il ricorso avverso il silenzio rifiuto e azione per il risarcimento del danno da ritardo

Fino alla direttiva ricorsi¹⁵⁶, l'ordinamento italiano riconosceva la tutela risarcitoria solo nei confronti degli interessi oppositivi e l'ammetteva, previo annullamento di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica dell'interessato, attraverso il complicato meccanismo della doppia tutela, incentrato su due ordini giurisdizionali diversi; da tale meccanismo rimanevano invece esclusi gli interessi pretensivi che, nonostante l'annullamento del provvedimento negativo, non sono in grado di assurgere al rango di diritti.

Occorre attendere, come già detto, la sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione per il definitivo superamento del rigido principio dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo e l'affermazione della piena autonomia del rimedio risarcitorio¹⁵⁷ rispetto a quello caducatorio, ammettendosi che il danneggiato possa direttamente rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno termine di

¹⁵⁵ Cassazione Penale, Sez. VI, 7 giugno 2000 n. 6778.

¹⁵⁶ Cfr. Direttiva del Consiglio CEE 21 dicembre 1989, n. 665.

¹⁵⁷ Per un commento della storica sentenza n. 500 del 1999, cfr. S. Giacchetti, *La responsabilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in Cons. St. 1999, II, 1606; R. Caranta, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, 368; L. Montesano, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica Amministrazione (dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 22 luglio 1999 n. 500)*, in Dir. proc. amm. 2001, 583 e ss.; A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 985 e ss

prescrizione, anche senza la previa impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo.

La legge n. 205/2000, di riforma del processo amministrativo afferma la concentrazione delle controversie risarcitorie derivanti dall'attività illegittima della pubblica amministrazione in capo al giudice amministrativo per evitare al cittadino la complicazione di dover adire due giudici prima di essere soddisfatto, per evitare il contrasto di giudicati e per attuare il principio della ragionevole durata fissato all'art.111 Cost., complicando la questione dell'autonomia o meno dell'azione risarcitoria.

Infatti, si è sostenuto, da più parti, che il ritorno al modello della pregiudizialità per cui la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto presuppone il previo o contestuale annullamento dell'atto.

Dal dibattito¹⁵⁸ è emerso un contrasto tra la giurisprudenza amministrativa favorevole all'ammissibilità della regola della pregiudizialità amministrativa¹⁵⁹ e

¹⁵⁸ La dottrina ha approfondito l'argomento, assumendo però posizioni differenziale.

In senso favorevole alla tesi della necessaria pregiudizialità si è posto in evidenza il rischio di contrasto di giudicati connesso alla devoluzione al danneggiato della scelta del tipo di tutela offerta e del giudice al quale affidare il giudizio sull'illegittimità del provvedimento: così G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza* e R. Villata, *La riforma in Processo davanti al giudice amministrativo*; Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*; E.M. Barbieri, *Il risarcimento che si addice*; in giurisprudenza, cfr. Cons. st. sez. V, n. 87 del 22 ottobre 2002; Cons. st., sez. V, n. 87 del 14 gennaio 2003.

Sul fronte contrario, vi è una maggiore ampiezza di vedute: qualcuno propone l'autonoma esperibilità del giudizio risarcitorio vincolato ai medesimi termini decadenziali di impugnabilità del provvedimento (cfr. Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.* 2002); altri propongono l'esperibilità avanti al giudice ordinario quando non si voglia impugnare l'atto o quando sia scaduto il termine per impugnarlo (cfr. C. Consolo, *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, in *Corr. giur.* 2000, 1266).

¹⁵⁹ Cfr. Cons. st. ad. plen., n. 4 del 2003; Cons. st., sez. V, 25 luglio 2006 n. 4645; Cons. st., sez. V, 8 marzo 2006 n. 1229; Tar Piemonte, sez. I, 13 marzo 2006 n. 1183. Gli argomenti portati a difesa della pregiudiziale amministrativa da parte della giurisprudenza amministrativa sono noti: il richiamo all'art. 7 legge Tar per giustificare la qualificazione del potere risarcitorio come rimedio a carattere ulteriore ed eventuale rispetto a quella impugnatoria; il rischio connessi alla contrapposta tesi civilista (ovvero l'incertezza per gli atti amministrativi, l'effetto dirompente anche sul bilancio dello Stato, il pericolo di accertamenti incidentali superficiali specie a fronte di azioni proposte

l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione che, con le due note ordinanze del giugno 2006 ¹⁶⁰ e con pronuncia del 28 dicembre 2008 n. 30254, si sono schierate apertamente a favore dell'autonoma proponibilità delle due azioni, configurando come “diniego di giurisdizione”, la pronuncia di rigetto della tutela risarcitoria.

Qualificare come pregiudiziale al giudizio risarcitorio la questione relativa all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, significa affermare che essa stia al di fuori dell'oggetto del giudizio nell'ambito del quale la medesima questione è sollevata.

L'illegittimità dell'atto costituisce invece una componente principale del *thema decidendum* e, proprio perchè appartiene all'oggetto del giudizio, non può costituire oggetto di una questione pregiudiziale. Nel giudizio risarcitorio, il giudice amministrativo esamina il provvedimento illegittimo come un elemento che, insieme al danno contra jus e all'elemento soggettivo, contribuisce alla valutazione complessiva sul comportamento del responsabile.

con largo ritardo rispetto all'atto stesso); la difficile posizione della p.a. stretta tra un dovere giuridico penalmente sanzionato di eseguire comunque l'atto illegittimo e non annullato e un obbligo di autoannullamento normativamente non previsto ma fatto discendere dal giudicato risarcitorio; e ancora, la preclusione per il giudice amministrativo di accertare in via incidentale e senza effetto di giudicato l'illegittimità di provvedimenti amministrativi, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., sul presupposto che all'accertamento si possa giungere con l'unico strumento a disposizione, ovvero mediante la cognizione direttanel corso del giudizio di annullamento: cfr. Cons. st., sez. VI, 18 giugno 2003 n. 3338; Cons. st. n. 3717 del 21 giugno 2006; Cons. st., sez. IV 31 marzo 2009 n. 1917; il Consiglio di Stato osserva che, ove si ammettesse l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai soli fini dell'esame di una domanda risarcitoria, l'obbligo di conformazione al giudicato dovrebbe implicare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, con conseguente elusione del termine decadenziale.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. ord. n. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006; la Corte di Cassazione compie un'analisi approfondita delle due principali tesi dottrinarie, quella c.d. amministrativa e quella civilistica, evidenziando i pregi e limiti di entrambe, sotto il profilo del rispetto del principio costituzionale dell'effettività della tutela avanti al giudice amministrativo.

L'illegittimità costituisce, quindi, un tassello di una più ampia valutazione in termini di antigiridicità, ovvero elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. e non mero presupposto esterno, sicchè tra illegittimità e fattispecie risarcitoria corre una relazione di pregiudizialità in senso logico e non tecnico¹⁶¹.

La tesi che configura il rimedio risarcitorio come autonomo ha, poi, come suoi corollari il riconoscimento di un potere di scelta al privato tra la tutela specifica e la tutela risarcitoria.

L'esigenza di fondo è quella di rendere effettiva la tutela del cittadino nei confronti della p.a. ossia non più ristretta quanto a modalità di tutela né frazionata in molteplici sedi giudiziarie¹⁶², sul presupposto dell'accettazione del modello di giurisdizione soggettiva¹⁶³.

Altri studi amministrativisti, pur senza escludere la libertà di scelta della tutela giurisdizionale, fanno ricadere sul privato le conseguenze della mancata impugnazione del provvedimento ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., sostenendo che siffatta omissione possa attenuare o annullare il contenuto della pretesa risarcitoria¹⁶⁴.

¹⁶¹ In tal senso, cfr. Cons. st., sez. VI, n. 3717 del 21 giugno 2006

¹⁶² Cfr. F. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.* 2004, 2219. Secondo il citato autore, pare arduo sostenere la regola della pregiudizialità amministrativa “*se si assume nel suo intero valore l'affermazione sulla necessità della piena ed effettiva tutela degli interessi legittimi e si aggiunge che l'art. 24 Cost. parifica la tutela di queste situazioni soggettive a quella dei diritti soggettivi*”.

¹⁶³ Cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Firenze 2002.

¹⁶⁴ Per la tesi della responsabilità attenuata, cfr. G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza cit.*, 328 e ss.; F. Caringella, *La pregiudiziale amministrativa cit.*, 99.

Dubbi sull'ammissibilità dell'autonoma tutela risarcitoria sono stati espressi sia dalla giurisprudenza ¹⁶⁵amministrativa, che dalla dottrina¹⁶⁶.

Sulla scorta della decisione dell'Adunanza Plenaria del 22 ottobre 2007 n. 12, la Sezione V del Consiglio di Stato ha ribadito che la pronuncia di annullamento, tanto nei casi di giurisdizione esclusiva che in quelli di giurisdizione di legittimità, è sempre pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento, trattandosi di un'opzione ermeneutica aderente alla "ratio" della riforma del processo amministrativo culminata con la legge 21 luglio 2000 n. 205, giusta la quale il legislatore ha attribuito al giudice amministrativo in via generale la cognizione "anche" sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra la stessa giurisdizione esclusiva e quella di legittimità¹⁶⁷.

Secondo l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza amministrativa¹⁶⁸, la regola della pregiudiziale amministrativa poggia su ragioni formali e sostanziali, quali:

a) *la struttura stessa della tutela del giudice amministrativo* che è specialmente articolata nel senso che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse

¹⁶⁵ Cfr. Cons. st., ad. plen. n. 12 del 2007; Cons. st., sez. VI, n. 3338 del 2002; Tar Lecce n. 3710 del 2006; Tar Veneto, Sez. I - sentenza 26 maggio 2009 n. 1609; Cons. st. sez. VI, n. 587 del 3 febbraio 2009. Da ultimo, con ord. 21 aprile 2009 n. 2436, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha rimettere di nuovo all'Adunanza Plenaria la questione della pregiudizialità amministrativa, investendola della verifica della compatibilità della medesima con i principi costituzionali della corretta programmazione della spesa pubblica (art. 81, ult. co. cost.), della legalità dell'azione amministrativa (art. 97 cost.) e del primato della tutela impugnatoria (art. 103 e 113 cost.).

¹⁶⁶ Cfr. V. Cerulli, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in Giust. amm. 2006, 569; M.A. Sandulli, *Finalmente "definitiva certezza" sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti e sulla c.d. pregiudiziale amministrativa? Tra i due litiganti vince la garanzia di piena tutela*, in Riv. giur. ed. 2006, 898; G. Greco, *inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. comun. 2006, 513.

¹⁶⁷ Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2007 n. 3922.

¹⁶⁸ Tra le altre, cfr. Cons. st., ad. plen. n. 12 del 2007; Tar Veneto, sez. I, 26 maggio 2009 n. 1609

sostanziale può essere aggredito in via impugnatoria, per la sua demolizione, e "conseguenzialmente" in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità;

b) *diritto ed interesse*, benché molto spesso partecipi di una assimilabile pretesa ad un cd. "bene della vita", sono situazioni soggettive fortemente differenziate: mentre il primo è infatti assistito da una tutela tendenzialmente piena e diretta e nei suoi confronti è sempre circoscritta la eventualità di condizionamenti esterni, anche se imputabili ad una Pubblica Amministrazione e, perciò ad interessi generali, il secondo trae origine da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice l'amministrazione e la pretesa, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che preesistono all'attività pubblica ovvero che nel corso di questa si profilano;

c) *la natura principalmente impugnatoria dell'azione dinanzi al giudice amministrativo*, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e non solo di annullare, bensì di conformare l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente equilibrio tra l'uno e gli altri interessi.

Rileva ancora il giudice amministrativo che, con una formula che privilegia le esigenze di concentrazione dei giudizi, il legislatore ha stabilito due criteri: quello della *conseguenzialità* - inteso a confermare la priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell'interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato

dell'agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell'esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere, e quello della *eventualità* del risarcimento del danno arrecato all'interesse legittimo, criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti.

La soluzione proposta dal codice del processo amministrativo in tema di rapporti tra azione risarcitoria e azione di annullamento, è quella dell'autonomia, riconoscendosi al danneggiato la possibilità di proporre azione risarcitoria anche in via autonoma, ossia disgiuntamente dall'azione di annullamento dell'atto, prevedendosi però una serie di misure a tutela dell'interesse pubblico (articolo 30, comma 1, decreto legislativo 104/2010).

Il riconoscimento dell'autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria si inserisce, in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall'art. 1 del codice oltre che dei criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in un ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (cfr.

l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (cd. *azione di esatto adempimento*) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3).

Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio¹⁶⁹.

In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

¹⁶⁹ cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

L'autonomia dell'azione si apprezza, con argomento *a contrario*, se si rileva che, alla stregua dell'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 30, salvi in casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione. Si ricava allora che, mentre la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento soddisfacente, non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31), per converso la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma rispetto al rimedio caducatorio.

Tuttavia, il codice, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.

L'art. 30, comma 3, del codice dispone, infatti, al secondo periodo, stabilisce che, nel determinare il risarcimento, *“il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”*.

La disposizione, pur non evocando in modo esplicito il disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del *“più probabilmente che non”*)¹⁷⁰, recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante

¹⁷⁰Cfr. Cassazione, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045

prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi.

Il legislatore, se da un lato non ha recepito il modello della pregiudizialità processuale della domanda di annullamento rispetto a quella risarcitoria, dall'altro ha mostrato di apprezzare la rilevanza causale dell'omessa impugnazione tempestiva che abbia consentito la consolidazione dell'atto e dei suoi effetti dannosi.

In tal modo il codice ha suggellato un punto di equilibrio capace di superare i contrasti ermeneutici registratisi *in subiecta materia* tra le due giurisdizioni e, in parte, anche in seno ad ognuna di esse. Il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l'omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento.

E tanto sulla scorta di una soluzione che conduce al rigetto, e non alla declaratoria di inammissibilità, della domanda avente ad oggetto danni che l'impugnazione, se proposta nel termine di decadenza, avrebbe consentito di scongiurare.

Resta da verificare se nel novero dei comportamenti esigibili dal destinatario di un provvedimento lesivo sia sussumibile, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., anche la formulazione, nel termine di decadenza, della domanda di annullamento, quante volte l'utilizzazione tempestiva di siffatto rimedio sarebbe stata idonea, secondo il ricordato paradigma della causalità ipotetica basata sul giudizio probabilistico, ad evitare, in tutto o in parte, il pregiudizio.

Secondo l'orientamento interpretativo tradizionalmente prevalente, il comportamento operoso richiesto al creditore non comprenderebbe l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, trattandosi di attività per definizione complessa e aleatoria, come tale non esigibile in quanto esplicativa di una mera facoltà, dall'esito non certo.

Invero, anche se la domanda risarcitoria è proposta in via autonoma, essa potrà essere accolta dal giudice solo a fronte dell'accertamento della illegittimità del provvedimento che, come suesposto, rientra nell'oggetto del giudizio vertente sul "diritto al risarcimento"; pertanto l'alea del giudizio impugnatorio non è maggiore di quella che caratterizza la domanda risarcitoria, perchè in entrambe le ipotesi s'impone al giudice l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento.

Quindi tra i due giudizi vi è un rapporto di continenza perché in fondo il giudizio di annullamento è contenuto nel giudizio risarcitorio.

E, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011 esclude senza alcuna incertezza che la mancata proposizione dell'azione annullatoria possa di per sé precludere la tutela risarcitoria, e ciò con riferimento a norme e principi

applicabili sia prima, che dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo.

In particolare, evidenzia la Plenaria, siccome le stesse forme di tutela attivabili non sono costituite soltanto da quella giurisdizionale ma anche dai ricorsi amministrativi o da istanze motivate volte ad ottenere l'autotutela, è appunto il comportamento del danneggiato su tale complessivo versante di collaborazione che andrà valutato.

* * *

Tra le questioni oggetto di dibattito in tema di danno da ritardo si è posta anche quella della pregiudizialità amministrativa con riguardo all'azione sul silenzio; cioè si è posto l'interrogativo se la proponibilità dell'azione risarcitoria sia subordinata alla previa impugnazione con rito speciale dell'inerzia della pubblica amministrazione, come ha ritenuto la giurisprudenza amministrativa prevalente, o se invece sia proponibile un'azione risarcitoria pura.

Al riguardo si è osservato in sede giurisprudenziale, che *“nel caso in cui sia il comportamento omissivo a causare il danno, posto che l'accertamento della sua illegittimità svolge ai fini della tutela risarcitoria identico ruolo di pregiudiziale in senso logico”* non può prescindere dal previo accertamento di siffatta illegittimità, *“con la peculiarità che lo strumento attribuito dalla legge al giudice amministrativo è in questo caso, non il processo di annullamento, ma il giudizio sul silenzio”*.¹⁷¹

¹⁷¹ In tal senso, Tar Lazio, Roma n.3432/2006; Tar Calabria, Catanzaro, n.1631/2005; Tar Puglia, Bari n.56/2005.

Schematizzando, il previo esperimento della procedura del silenzio rifiuto rileva come requisito per il risarcimento del danno su un piano sostanziale per la stessa configurabilità di un ritardo imputabile e su un piano processuale per l'accertamento, riservato al giudice amministrativo, dell'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e della sua violazione.

La successiva evoluzione è nel senso di un tendenziale superamento della pregiudiziale da silenzio, anche alla luce della recente decisione del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, perché, pur trattandosi di fattispecie rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, viene in rilievo un comportamento inerte rispetto al quale non può essere applicata la regola della pregiudizialità amministrativa posto che non sussiste alcun atto in relazione al quale potrebbe porsi il problema di un previo accertamento della sua illegittimità.

Per questa impostazione la mancata attivazione del giudizio inciderebbe sulla quantificazione del danno, ma non sull'an del risarcimento; poiché nell'ambito del giudizio risarcitorio, non diversamente dal giudizio sul silenzio-rifiuto, il giudice amministrativo dovrà esprimersi sulla fondatezza della pretesa del privato, ed eventualmente potrà ridurre il quantum del risarcimento per non avere il privato attivato il rito speciale contro il silenzio¹⁷².

La possibilità di agire con l'azione risarcitoria in via autonoma impedisce che la pubblica amministrazione possa sottrarsi agli obblighi dell'eventuale pronuncia di condanna al risarcimento dei danni adottando un provvedimento sopravvenuto in corso di causa. Tale provvedimento sopravvenuto può determinare

¹⁷² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1739

l'improcedibilità del ricorso sul silenzio inadempimento, ma non l'improcedibilità dell'azione risarcitoria

4. La domanda di risarcimento del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento nel Codice del processo amministrativo

L'art. 30, comma 2 fa riferimento alla azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Il termine "obbligatoria" va riferito alla possibilità di chiedere il risarcimento del danno da ritardo, ove sussista un obbligo di provvedere della p.a. e, sotto tale profilo, la questione si sposta sul piano sostanziale della verifica, in ordine alle singole fattispecie, della sussistenza dell'obbligo di provvedere di cui si è detto in precedenza.

In relazione ai termini per proporre la domanda di risarcimento l'articolo 30, comma 4, del codice di rito stabilisce che l'azione "per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento è sottoposta al termine di decadenza di cento venti giorni, che inizia a decorrere,

trascorso un anno dalla scadenza del termine per provvedere, salvo sia stata proposta azione di annullamento, nel qual caso la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del relativo giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza.”.

La Commissione presso il Consiglio di Stato aveva previsto che, fintanto che perdura l’inadempimento, non potesse decorrere alcun termine per l’esercizio dell’azione risarcitoria, in quanto l’inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustifichi il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia.

Il termine di decadenza iniziava a decorrere solo al momento in cui tale situazione di inadempimento veniva meno. Fino a quando permaneva l’inadempimento, si era quindi stabilito di non assoggettare l’azione neanche al termine di prescrizione, la cui decorrenza era, invece, in precedenza prevista, anche in situazioni di persistenza dell’inerzia, dall’art. 2 *bis* della l. n. 241 del 1990, che è stato ora abrogato.

Nel testo finale è stato confermato che, fintanto che perdura l’inadempimento, non può decorrere alcun termine per l’esercizio dell’azione risarcitoria e nella stessa relazione si continua a fare riferimento alla natura permanente dell’illecito; tuttavia, in accoglimento di un’osservazione formulata dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato, si è stabilito che il termine decadenziale inizi comunque

a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento in esito al quale si sarebbe dovuto provvedere.

I due periodi del comma 4 appaiono porsi in contraddizione: affermare che il termine per proporre l'azione risarcitoria non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e aggiungere subito dopo che lo stesso termine inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere significa negare la prima proposizione e stabilire una regola diversa.

La regola è, quindi, che il termine per proporre l'azione di risarcimento del danno derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento è di un anno e 120 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per provvedere.

Tale soluzione si pone in contrasto con quanto indicato nella stessa relazione governativa circa la già ricordata natura permanente dell'illecito e circa il fatto che *“fintanto che perdura l'inadempimento, non possa decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, in quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustifichi il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia”* (testualmente dalla relazione del Governo).

Inoltre, anche tenuto conto della già menzionata previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'abrogazione del riferimento al termine di prescrizione, contenuta nel comma secondo dell'art. 2-bis della legge n. 241/90,

appare meno giustificabile a seguito dell'introduzione di tale più stretto termine per l'azione risarcitoria.

Si ricorda che il decorso dell'anno dal termine di conclusione del procedimento non consolida la situazione di inerzia dell'amministrazione e non preclude la tutela del privato, che, come previsto dall'art. 31, comma 2, può sempre riproporre l'istanza.

Del resto, è nota in sede civilistica la distinzione tra l'atto illecito istantaneo e l'atto illecito permanente - con le relative conseguenze in ordine alla decorrenza del termine prescrizione per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Mentre nell'illecito istantaneo tale comportamento si esaurisce con il verificarsi del danno, pur se l'esistenza di questo si protragga poi autonomamente (c.d. fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti), nell'illecito permanente la condotta oltre a produrre l'evento dannoso, lo alimenta continuamente per tutto il tempo in cui questo perdura, avendosi così coesistenza dell'uno e dell'altro¹⁷³ (*Cass. civ., III, 13 marzo 2007 , n. 5831*). Il danno derivante dalla mancata conclusione del procedimento non deriva da un fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti, ma costituisce un illecito permanente, che non cessa con la scadenza dell'anno dal termine per provvedere.

Il limite temporale inserito nel testo finale sembra, invece, presupporre che dopo il decorso dell'anno, se non tempestivamente attivata l'azione di risarcimento (nei 120 giorni successivi), la riproponibilità dell'istanza comporta che ogni eventuale

¹⁷³ Cfr *Cass. civ., III, 13 marzo 2007 , n. 5831*

danno può essere solo riferito al periodo temporale successivo alla scadenza del termine per provvedere sulla nuova istanza.

Inoltre, la modifica crea un ulteriore problema: in caso di proposizione dell'azione di annullamento; infatti, il comma 5 dello stesso art. 30 ha previsto che la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, consentendo, come si è già ricordato, al privato di scegliere la strategia processuale di attendere l'esito del giudizio di annullamento per poi proporre e articolare la sua domanda di risarcimento. Una volta inserito un analogo termine per il risarcimento del danno da ritardo, tale esigenza sussiste anche in questo caso e il meccanismo previsto dal comma 5 sarebbe dovuto essere esteso anche al ricorso avverso il silenzio.

Ciò non è avvenuto e, di conseguenza, il privato che propone ricorso avverso il silenzio è comunque "costretto" a proporre la domanda di risarcimento entro un anno e 120 giorni dalla scadenza del termine per provvedere, anche se il ricorso avverso il silenzio non è stato ancora deciso e non avendo, in questo caso, neanche la cognizione esatta dei presupposti su cui fondare la domanda di risarcimento.

Il successivo articolo 117, comma 6, prescrive che se la domanda risarcitoria è proposta "congiuntamente" a quella di accertamento dell'obbligo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

La disposizione ammette la proponibilità contestuale delle due domande e a differenza di quanto previsto per l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto di cui in prosieguo, non stabilisce una conversione obbligatoria del rito, ma lascia al giudice il potere di decidere con rito camerale l'azione avverso il silenzio, rinviando al rito ordinario la trattazione della domanda risarcitoria. E' quindi possibile che il giudice definisca con rito camerale anche la domanda risarcitoria, il cui esame non richieda accertamenti complessi.

La conversione del rito camerale in rito ordinario è, pertanto, facoltativa ed è rimessa alla valutazione del giudice; infatti, nel caso di infondatezza della pretesa sarebbe superfluo convertire il rito.

La disposizione parzialmente innovativa nella parte in cui non stabilisce una conversione obbligatoria del rito, assume per il resto natura interpretativa in quanto si limiterebbe a codificare un orientamento favorevole all'ammissibilità del cumulo di domande già presente prima dell'entrata in vigore del codice.

Infatti, un orientamento tradizionalmente restrittivo negava l'ammissibilità del cumulo delle domande, specie se assoggettati a diversi riti, come nel caso di azione avverso il silenzio e risarcimento del danno¹⁷⁴.

Va segnalato che la norma fa riferimento alla proposizione congiunta dell'azione avverso il silenzio e della domanda di risarcimento, ma non dovrebbe essere esclusa la possibilità che la domanda risarcitoria sia proposta con motivi aggiunti

¹⁷⁴ Cfr sentenza Consiglio di Stato n.1873/2008 secondo cui "con il rito di cui all'articolo 21-bis della legge n.1034/1971 può essere unicamente impugnato il silenzio serbato dall'amministrazione su una istanza, ma non si può formulare alcuna ulteriore domanda (e, in particolare, quella volta al risarcimento del danno) poiché, in ragione della natura del rito, non possono essere esaminati gli indefettibili elementi costitutivi dell'illecito).

nell'ambito del giudizio avverso il silenzio, rappresentando anche quest'ipotesi un'applicazione concreta di più generale principio affermato dall'articolo 32 del codice del processo amministrativo che prevede che è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale e che, se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica il rito ordinario salvo i casi in cui debba applicarsi il rito abbreviato.

Conclusioni

Terminata la schematica quanto sintetica illustrazione delle diverse fasi che si sono susseguite lungo il percorso legislativo, giurisprudenziale e dottrinale in materia di inerzia della Pubblica Amministrazione, pare opportuno completare l'indagine sin qui compiuta con alcune brevi considerazioni.

Come si già osservato, nel processo di costruzione dello Stato di diritto e democratico contemporaneo, il concetto di interesse pubblico è andato modificandosi assumendo via via nuove forme di attuazione. In questo nuovo contesto il concetto di tempo amministrativo e del suo impiego è stato del tutto sovvertito. Dall'essere una risorsa annoverabile tra le componenti caratteristiche del potere discrezionale¹⁷⁵ che caratterizzava, salvo rare eccezioni derogatoriamente imposte dalla legge, l'attività della Pubblica Amministrazione è diventato una risorsa a disposizione del privato cittadino che ha diritto di

¹⁷⁵ Cfr. ANGIULLI A., (1988), “*Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*”.

pretenderne la tutela fino a configurarsi come bene della vita suscettibile di risarcimento.

Si è trattato di un processo graduale che ha inteso rispondere anche ad un obiettivo di interesse generale, quello cioè di aumentare la competitività del sistema paese attraverso una maggiore garanzia per i cittadini e per le imprese di ottenere in modo rapido ed efficiente i servizi resi dalle Pubbliche Amministrazioni.

Tuttavia le novità normative introdotte su questo argomento sono troppo recenti per poterne fare un primo seppur parziale bilancio e per dire se le stesse segnino davvero un punto di svolta in tale processo. Molto dipenderà ancora una volta da come la giurisprudenza darà applicazione alle nuove norme e di come le strutture di controllo interno intenderanno utilizzare il rispetto del tempo quale elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale.

Tuttavia nel congedarci dal presente lavoro vale la pena di sottolineare che fintantoché l'inerzia amministrativa sarà giustiziabile (in senso pieno) solo in casi limitati (attività vincolata o scarsamente discrezionale), la tutela nei confronti dei ritardi dell'amministrazione resterà dimidiata e lontana dal paradigma costituzionale. Al riguardo occorrerebbe un intervento riformatore radicale, certamente impegnativo dal punto di vista politico, finalizzato a rimodulare la nozione di discrezionalità amministrativa onde riconoscere al giudice amministrativo un potere cognitivo estrinsecantesi non solo nella fase del controllo postumo del potere già consumato (sindacato sull'eccesso di potere), ma

anche nella fase anticipata del sindacato sul silenzio, indicando all'amministrazione le concrete modalità di esercizio del potere.

Inoltre, se da un lato non può che essere guardata con favore qualsiasi disposizione che in linea di principio favorisca il rispetto di termini certi da parte delle pubbliche amministrazioni; dall'altro lato va sottolineata l'opinione di una parte della dottrina¹⁷⁶ che proiettando uno sguardo indietro, a questi ormai quasi venti anni che ci separano dalla introduzione della legge sul procedimento, denuncia un eccesso di legislazione ed un difetto di amministrazione.

Come è stato autorevolmente rilevato infatti, al febbrile lavoro del legislatore attorno alla legge sul procedimento che ha continuato ad integrare e modificare con cadenza biennale non è corrisposto un eguale lavoro di base a livello amministrativo volto ad analizzare in modo sistematico i procedimenti all'interno delle singole amministrazioni.

Sembra di poter concludere dicendo che manca attualmente una sensibilità della politica nei riguardi di un'efficace attuazione degli istituti contenuti nella legge sul procedimento con la conseguenza che l'attenzione sembra concentrarsi su altre tematiche più mediaticamente premianti.

¹⁷⁶ Cfr. SANDULLI A., (2009), "La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione".

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE G., *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo, in la disciplina generale del procedimento amministrativo*; Atti del XXXII Convegno di studi di

scienza dell'Amministrazione di Varenna, 18-22 settembre 1986, Milano, 1987,162.

ANGIULLI A., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, Cacucci, 1988.

BERTI G., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Voce omissione o rifiuto di atti di ufficio*, in "Enc. Giur." 1995, Vol. XXIII, p. 20.

CALVANI A., *Il silenzio inadempimento*, in **MASTRANGELO D.**, (a cura di), *Aspetti dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Roma, Aracne, 2006.

CANNADA BARTOLI E., *Inerzia a provvedere da parte della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in "Foro pad.", 1956, p.175.

CANNADA BARTOLI E., *Ricorso avverso silenzio rifiuto e mutamento della domanda* in "Foro amm.", 1993, II, p. 306.

CARANTA R., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della p.a. dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano 2001

CARANTA R., *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e tecniche*, Milano 1983.

CARINGELLA F., *Il rito del silenzio alla luce dell'art. 2 della legge n. 205/2000: giudizio formale sul rispetto dei tempi o giudizio sostanziale sulla fondatezza della pretesa*, in Corso di diritto amministrativo. Milano, Giuffrè, 2004, p.. 1291.

CARINGELLA F., *Ancora una riforma del procedimento amministrativo*, in **CARINGELLA F., PROTTO M.**, (a cura di), *Il nuovo procedimento*

amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69 di modifica della L. n. 241/1990, Roma, Dike, 2009, p. 19.

CARIOLA A., *Riflessioni sul silenzio della p. a.: profili sostanziali e processuali, atti del convegno "Le nuove regole dell'azione amministrativa" (Catania 11-12 novembre 2005)*, in www.giustiziaamministrativa.it.

CASSETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione* in "Dir. amm.", 1993, 1, p. 3.

CASSESE S., *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in "Foro amm.", 1963, I. p. 30.

CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Chieti, 1975

CESARINI L., *I tempi del procedimento e il silenzio*, in **CAVALLO B.** (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000.

CHIAPPETTA M., DE GIORNI M., SANDULLI A., *Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 22 agosto 1902, n. 429. Commento*, in **PASQUINI G., SANDULLI A.** (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 62.

CIOFFI A., *Osservazioni sul dovere di provvedere e sul «silenzio» nell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034*, in "Diritto amministrativo", 2004, n. 3, p. 633.

CIOFFI A., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005.

CIOFFI A., *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della p.a. dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80* in "Diritto amministrativo", 2006.

CLARICH M., *Il Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989

CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995.

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 3, 2005

CLARICH M., FONDERICO G., *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in "Urb. e app.", 2006, v. 1, p. 62.

CONSOLO C., *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, in *Corriere giuridico*, 2000, 1266

CORRADINO M., *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme della legge 241/1990"*, in "www.giustizia.amministrativa.it".

CRISCENTI C., *Il rito del silenzio nel nuovo processo amministrativo in Urbanistica e appalti*, 2001, n.6.

CRISCI S., *Il principio di legalità nella Pubblica Amministrazione e la legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativi* in *Scritti in onore di Bozzi A.*, Padova, Cedam, 1993, p. 1177.

D'ANCONA S., *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009 n. 69* in "www.giustizia.amministrativa.it".

DE ANDREIS M., *Il nuovo silenzio assenso*, Milano, Giuffrè, 2005.

DI NITTO T., *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in "Giorn. Dir. Amm.", 2009, n. 11, p. 1151.

FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 328

FALCON G., *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 241 e ss.

FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003

FIGORILLI F., FANTINI S., *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in "Urb. e app.", 2009, n. 8, p. 916.

FOLLIERI E., *Silenzio della P.A. e tutela degli interessi diretti all'acquisizione di un vantaggio (c.d. interessi pretermessi)*, in *Foro Amm.*, 1987

FONDERICO G., *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in "Giur. Dir. Amm.", 2005, p. 1017.

FRANCO I., *Annotazioni sul regime delle azioni nel processo amministrativo e sulle posizioni giuridiche tutelabili in sede di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990.

FRANCO I., *Trasparenza, motivazione e responsabilità; partecipazione e diritto di accesso nella legge n. 241/1990. Rapporti con preesistenti normative*, in *Foro amministrativo*, 1992.

GALLO C.E., *Il giudizio avverso il silenzio della P.A., la cumulabilità delle azioni e la convertibilità dei riti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, n. 8

GARRONE G.B., *Silenzio della P.A.: (ricorso giuris. Amm)* in "Dig. Disc. Pub", vol. XIV, Torino, 1998, 197.

GIOVAGNOLI R., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge 80 del 2005*, Milano, Giuffrè, 2005.

GIOVAGNOLI R., *D.I.A. e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, in “Urbanistica e appalti.”, 2005, n. 9, p. 1001.

GOISIS F., *La violazione dei termini previsti dall’art. 2 l n. 241 del 1990: conseguenza sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. TAR*, in “Dir. proc. amm.”, 2004, p. 571.

GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1980.

GRECO G. *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in Dir. proc. amm. 2009, 480 e ss.

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.

GRECO R., *I nuovi profili della responsabilità dirigenziale nella legge 18 giugno 2009 n. 69*, in **GAROFOLI R.** (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69*, Roma, 2009, p. 39.

GUCCIONE G., *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in “Dir. proc. amm.”, 2004, p. 1083.

JANNOTTA L., *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in “Dir. amm.”, 1996, 1, p. 579.

LAMBERTI A., *Il ricorso avverso il silenzio*, in **CERULLI IRELLI V.** (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000.

LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964.

LIGNANI P.G. *Silenzio (dir. amm.)*, in Enc. dir., vol. XLII, Milano, 1990, 567, nota 26

LIPARI M., *I tempi del procedimento amministrativo certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in “Dir Amm.”, 2003, p. 291.

MARCHESE P., *Il silenzio nel diritto amministrativo*, Milano, Pirola, 1983.

MASUCCI A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, in Quaderni Dir. Proc. Amm., 1991

MATTARELLA B., *I procedimenti*, in **TORCHIA L.** (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 264.

MONTESANO L., *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione (dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 22 luglio 1999 n. 500)*, in Dir. proc. amm. 2001, 583.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002.

OBERDAN FORLENZA, *Se c'è il silenzio della Pa ricorso al Tar senza diffida* in “Guida del diritto”, 2005.

OCCHIENA M., *Riforma della 241/1990 e “nuovo” silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in www.giustizia.amministrativa.it.

OLIVERI L., *Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge 241/1990*, in “www.lexitalia.it”, 2005, n. 6.

PAOLANTONIO N., *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in **SCOCA F.G.** (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 480.

PARISIO V., *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1996.

PARISIO V., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, Giuffrè, 2002.

PAULUS, *De regulis iuris*, Liber 142, 59, 12.

RESTA D., *Il silenzio della pubblica amministrazione tra dottrina e giurisprudenza*, in “Consiglio di Stato”, 1983, II, p. 133.

RUSSO D., *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in **GAROFOLI R.** (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69*, Roma, 2009, p. 3.

SAITTA N., *I ricorsi contro il silenzio della p.a.: quale silenzio?*, in **SAITTA N.**, *I provvedimenti monocratici nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 63.

SANDULLI A.M., *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in “Giust. Civ.”, 1994, II, p.485.

SANDULLI A. “Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 10 marzo 1978, n. 10 in **PASQUINI G., SANDULLI A.** (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 446.

SANDULLI A., *La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, in “Giorn. Dir. Amm.”, 2009, 11, p. 1133.

SANDULLI A., *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*(Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione Varenna 23-25 settembre 1982) Milano, 1985.

SCOCA F.G., *Divagazioni su giurisdizione azione risarcitoria nei confronti della p.a.*, in Dir. proc. amm. 2008, 1 ss.

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

SCOCA F.G., D'ORSOGNA M., *Silenzio, clamori di novità*, in "Dir. proc. amm.", 1995, p. 397.

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in "Dir. proc. amm.", 2002, p. 245.

SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in Giust. Cost. 1999, 4051 e ss.

STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

STICCHI DAMIANI E., *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, in "Foro Amm. TAR", 2002, p. 1168.

TARANTINO L., *Giudizio amministrativo e silenzio della pubblica amministrazione*, in **CARINGELLA F., PROTTO M.** (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 81.

TASSONE R., *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in Dir. amm. 2004, 209 ss.

TONIELLO O., *Le nuove regole del tempo amministrativo*, in **CARINGELLA F., PROTTO M.**, (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69 di modifica della L. n. 241/1990*, Roma, 2009, p. 67.

TONOLETTI B.E., *Oggetto del giudizio contro il silenzio rifiuto della Pubblica amministrazione: orientamenti giurisprudenziali*, in *Studium iuris*, 1996

TORCHIA L., *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000.

TORCHIA L., *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, in "Guida al diritto", 2009, n. 27, p. 29.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006

TRAVI A., *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985.

VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

VERONELLI M., *Azione diretta e immediata avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione*, in "Giorn. Dir. Amm.", 2003, n.1, p. 45.

VILLATA R., *La riforma*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001

VILLATA R., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo in Studi in onore di Amorth*, Milano, 1982, I

VIRGA G., *La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della P.A.* in "www.lexitalia.it", 2006, n. 2, p. 61.

VOLPE F., *"Danni da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione"* in *Lex Italia* 02/09/2009