

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

Dipartimento di Diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed  
europeo

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO  
AMMINISTRATIVO  
CICLO XXV

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

INERZIA DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE ED EFFETTIVITA' DELLA  
TUTELA DEL PRIVATO

Settore scientifico-disciplinare: IUS/10

DOTTORANDO:  
Dott.ssa Scilla VERNILE  
Matricola R08717

TUTOR:  
Chiar.mo Prof. Fabrizio FRACCHIA

COORDINATORE DEL DOTTORATO:  
Chiar.mo Prof. Erminio FERRARI

Anno Accademico 2011/2012

## **Indice**

### **Introduzione**

<i>1. Individuazione dell'oggetto della ricerca</i>	<i>p. 6</i>
<i>2. Obiettivo della tesi</i>	<i>p. 7</i>
<i>3. Schema di lavoro</i>	<i>p. 9</i>
<i>4. L'importanza di un'azione amministrativa tempestiva</i>	<i>p. 10</i>
<i>5.1. Delimitazione dell'ambito dell'indagine. Inerzia e silenzio</i>	<i>p. 13</i>
<i>5.2. Segue. Inerzia e poteri sostitutivi</i>	<i>p. 16</i>
<i>5.3. Segue. Inerzia e ricorso per l'efficienza</i>	<i>p. 18</i>
<i>5.4. Segue. Inerzia e ricorso per ottemperanza</i>	<i>p. 20</i>
<i>5.5. Segue. Inerzia e responsabilità penale</i>	<i>p. 21</i>

### **Capitolo I**

#### **Il presupposto dell'inerzia giuridicamente rilevante: il dovere di provvedere della pubblica amministrazione**

<i>Premessa. L'inerzia giuridicamente rilevante e la lesione dell'interesse legittimo del privato</i>	<i>p. 24</i>
<i>1.1. Dall'attribuzione del potere al dovere di provvedere</i>	<i>p. 25</i>
<i>1.2. La codificazione del dovere di provvedere e la sua configurabilità in concreto</i>	<i>p. 29</i>
<i>1.3. Il dovere di procedere come presupposto del dovere di provvedere. Previsioni normative ed esigenze di giustizia sostanziale</i>	<i>p. 35</i>
<i>1.4. L'insussistenza di un dovere generalizzato di procedere e di provvedere</i>	<i>p. 42</i>
<i>2.1. Cenni all'evoluzione del sistema: il riconoscimento di una posizione giuridica rilevante a fronte del dovere di provvedere e dell'eventuale inerzia amministrativa</i>	<i>p. 47</i>
<i>2.2. Obbligo o dovere di provvedere? La rilevanza della questione in ordine alla qualificazione della posizione giuridica del privato e alla conseguente tutela</i>	<i>p. 49</i>
<i>2.3. La lesione dell'interesse legittimo per violazione del dovere di provvedere</i>	<i>p. 63</i>

### **Capitolo II**

#### **Il tempo del procedimento e la sua rilevanza per la tutela del privato**

<i>Premessa: La violazione del termine di conclusione del procedimento come presupposto per l'attivazione dei rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione. Funzione del termine e sua decorrenza</i>	<i>p. 70</i>
---	--------------

<i>1.1. Le diverse finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione di un termine specifico per la conclusione del procedimento. I limiti temporali come regola della funzione</i>	<i>p. 72</i>
<i>1.2. Segue. Tempestività ed efficienza dell'azione amministrativa. Il tempo come risorsa pubblica scarsa da gestire efficacemente e responsabilmente</i>	<i>p. 79</i>
<i>1.3. Segue. La limitazione temporale del procedimento nella nuova relazione amministrazione – cittadino</i>	<i>p. 84</i>
<i>2.1. Il tempo del procedimento. Modalità e limiti per la fissazione del termine</i>	<i>p. 85</i>
<i>2.2. Segue. Le vicende del termine: interruzione e sospensione</i>	<i>p. 90</i>
<i>2.3. Segue. Gli ulteriori accadimenti idonei a ostacolare la naturale decorrenza del termine</i>	<i>p. 96</i>
<i>3.1. Effetti sostanziali e processuali della scadenza infruttuosa del termine. La natura del termine di conclusione del procedimento</i>	<i>p. 98</i>
<i>3.2. Segue. Il regime di validità del provvedimento tardivo</i>	<i>p. 102</i>
<i>4.1. Il "tempo" ai fini dell'individuazione della normativa applicabile. La regola del tempus regit actum</i>	<i>p. 105</i>
<i>4.2. Segue. Temperamenti giurisprudenziali e dottrinali: dal tempus regit actum al tempus regit actionem</i>	<i>p. 108</i>
<i>4.3. Segue. La soluzione risarcitoria per le conseguenze derivanti dall'applicazione della regola del tempus regit actum in caso di inerzia amministrativa</i>	<i>p. 114</i>
<i>5. Il tempo come bene giuridico autonomo</i>	<i>p. 116</i>

### **Capitolo III**

#### **La tutela del privato contro l'inerzia dell'amministrazione: i diversi rimedi offerti dall'ordinamento**

*Premessa: Studio e classificazione dei diversi strumenti di tutela forniti dall'ordinamento per contrastare il fenomeno dell'inerzia amministrativa* *p. 119*

##### **Sezione I**

<i>1. Il ricorso avverso il silenzio: ricostruzione dell'istituto</i>	<i>p. 122</i>
<i>2.1. Le diverse interpretazioni del silenzio al fine di ammetterne la tutela giurisdizionale. Il silenzio come provvedimento di rifiuto implicito</i>	<i>p. 123</i>
<i>2.2. Segue. Il silenzio come mero inadempimento del dovere di provvedere</i>	<i>p. 127</i>
<i>3.1. La formazione del silenzio giuridicamente rilevante. Le elaborazioni precedenti all'introduzione della disciplina positiva del ricorso avverso il silenzio</i>	<i>p. 129</i>
<i>3.2. Segue. La necessità della diffida e il suo superamento</i>	<i>p. 133</i>

4. Il ricorso avverso il silenzio. Dall'elaborazione pretoria dell'istituto al codice del processo amministrativo	p. 135
5. L'interesse tutelato con l'azione contra silentium	p. 138
6.1. L'utilità assicurata al privato. L'evoluzione dei poteri del giudice dall'introduzione pretoria del rito alla sua codificazione	p. 139
6.2. Segue. Dalla negazione giurisprudenziale del potere di conoscere la fondatezza della pretesa al riconoscimento normativo	p. 143
6.3. Segue. Atti discrezionali e atti vincolati: una distinzione ancora attuale?	p. 151
6.4. Segue. L'esame della fondatezza della pretesa: potere o dovere del giudice?	p. 155
6.5. La natura dell'azione avverso il silenzio	p. 158
7.1. I limiti di operatività del ricorso. L'esclusione del silenzio significativo dall'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio	p. 160
7.2. Segue. Gli interessi sensibili e il rito contra silentium	p. 161
7.3. Segue. L'esclusione dei diritti soggettivi	p. 163
7.4. Segue. La tesi dell'applicabilità del rito al silenzio "endoprocedimentale"	p. 165
7.5. Segue. Il ricorso avverso il silenzio in caso di s.c.i.a.	p. 167
8.1. Riflessi dell'attivazione del rito sull'organizzazione amministrativa	p. 169
8.2. La nomina del commissario ad acta	p. 170
9.1. La validità del provvedimento adottato a seguito della condanna del giudice e le differenze con l'atto tardivo sopravvenuto nelle more del giudizio	p. 176
9.2. L'impugnazione del provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio mediante motivi aggiunti e la conversione del rito	p. 177
Sezione II	
1. Il meccanismo di sostituzione interna introdotto dal governo Monti	p. 181
2. L'interesse tutelato dal rimedio endoprocedimentale e l'utilità garantita al privato dalla sostituzione interna	p. 184
3. Gli effetti dell'attivazione del rimedio sull'organizzazione amministrativa e il regime dell'atto tardivo	p. 185
Sezione III	
1. La tutela risarcitoria per danno da ritardo: la disciplina positiva	p. 188
2. L'interesse tutelato dal risarcimento del danno da ritardo	p. 191
3.1. Il danno risarcito: tempo come bene autonomo o tardiva soddisfazione dell'interesse privato?	p. 194

<i>3.2. Gli effetti del superamento della pregiudizialità sull'individuazione dell'interesse protetto</i>	<i>p. 200</i>
<i>3.3. Il risarcimento del danno da mero ritardo a compensazione della rigida applicazione della regola del tempus regit actum</i>	<i>p. 202</i>
<i>3.4. Ancora sull'utilità assicurata al privato: il quantum del risarcimento</i>	<i>p. 202</i>
<i>4. La natura della responsabilità e la situazione giuridica del privato</i>	<i>p. 207</i>
<i>5. La violazione dolosa o colposa de termine di conclusione del procedimento</i>	<i>p. 210</i>
<i>6. Riflessi della condanna sull'organizzazione amministrativa e regime dell'atto tardivo sopravvenuto</i>	<i>p. 212</i>
<b>Sezione IV</b>	
<i>1. Brevi cenni alle forme di tutela indiretta: la responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del funzionario inadempiente e del dirigente</i>	<i>p. 213</i>

## **Conclusioni**

### **Il privato e la pluralità dei rimedi all'inerzia, alla ricerca dell'effettività della tutela**

<i>1.1. Quanti e quali privati l'ordinamento deve tutelare a fronte dell'inerzia dell'amministrazione?</i>	<i>p. 215</i>
<i>1.2. La possibile sanatoria del provvedimento tardivo illegittimo a garanzia dei vari interessi coinvolti</i>	<i>p. 217</i>
<i>2. La tutela del privato tramite l'ampliamento delle ipotesi in cui sussiste il dovere di provvedere in concreto</i>	<i>p. 221</i>
<i>3. La tutela del privato per l'inerzia endoprocedimentale: il superamento del limite degli interessi sensibili</i>	<i>p. 224</i>
<i>4. L'effettività della tutela: la garanzia del rilascio del provvedimento richiesto</i>	<i>p. 228</i>
<i>5. Perplessità sul funzionamento del meccanismo di sostituzione interna</i>	<i>p. 230</i>
<i>6. L'effettività della tutela garantita dal ricorso avverso il silenzio</i>	<i>p. 231</i>
<i>7. Sintesi dei risultati della ricerca.</i>	
<i>Alcune riflessioni di taglio sistematico sull'inerzia come fattore che "spoglia" progressivamente l'amministrazione di proprie prerogative</i>	<i>p. 233</i>

## **Bibliografia**

*p. 243*

## ***Introduzione***

*Sommario:* 1. Individuazione dell'oggetto della ricerca – 2. Obiettivo della tesi - 3. Schema di lavoro – 4. L'importanza di un'azione amministrativa tempestiva - 5.1. Delimitazione dell'ambito dell'indagine. Inerzia e silenzio – 5.2. Segue. Inerzia e poteri sostitutivi – 5.3. Segue. Inerzia e ricorso per l'efficienza – 5.4. Segue. Inerzia e ricorso per ottemperanza – 5.5. Segue. Inerzia e responsabilità penale

### **1. Individuazione dell'oggetto della ricerca**

L'inerzia della pubblica amministrazione rappresenta un fenomeno piuttosto frequente dell'attività amministrativa. Senza ancora scendere alla disamina delle ragioni specifiche per cui ciò può arrecare danni significativi ai privati, è chiaro che il concetto stesso di *inerzia* porta con sé un'accezione negativa.

La mera inattività, anche se non produttiva di effetti (anzi, proprio perché improduttiva di effetti), sembra assumere naturalmente un significato pregiudizievole per chi, per motivi diversi, sia nella posizione di attendere il compimento di una determinata attività da parte della pubblica amministrazione.

Per evitare che il discorso si arresti su un piano generale e piuttosto astratto, è bene esaminare più da vicino il problema, che si manifesta in molteplici ambiti, con diversa "intensità" e altrettanto differenti conseguenze.

Il termine *inerzia* potrebbe essere utilizzato in tutti quei casi in cui un'amministrazione sia chiamata a svolgere una determinata attività e resti, appunto, inerte, e, cioè, non ponga in essere un atto o anche un comportamento. Di inerzia potrebbe parlarsi, infatti, sia con riferimento all'esercizio del potere amministrativo, sia laddove l'amministrazione agisca come un soggetto privato; ciò che rileva in entrambi i casi, affinché il mancato svolgimento di un'attività assuma un peso giuridico è, allora, la sua doverosità.

Solamente in tal caso l'inerzia acquista rilevanza giuridica, essendo idonea a ledere la situazione soggettiva di quanti sarebbero interessati dal suo esercizio. Se, però, finora si è parlato in maniera generica e impropria di svolgimento dell'attività, ivi comprendendo tanto i casi di esercizio del potere quanto i meri comportamenti che l'amministrazione può essere tenuta a porre in essere, è necessario da subito delimitare l'ambito che interessa in questa sede.

La scelta di contenimento delle dimensioni dell'analisi è dettata non solo dall'urgenza di mantenere entro limiti ragionevoli la stessa, ma anche dall'esigenza di dirigerla verso fattispecie che presentino elementi di omogeneità, senza accostare fenomeni e istituti

troppo differenti tra loro, il cui esame rischierebbe di disperdersi lungo direzioni innumerevoli e divergenti; per altro verso, ma si tratta di precisazione essenziale, l'ambito che si cercherà di definire – dominato dalla presenza di un "potere" il cui esercizio non si chiude con l'emanazione di un provvedimento puntuale e concreto - sembra interessato da una disciplina pubblicistica riconducibile, seppure con una certa difficoltà, a unità.

Nonostante la varietà delle ipotesi di inerzia amministrativa che potrebbero prospettarsi, nessun rilievo sarà dato, di conseguenza, a quelle in cui l'amministrazione agisca (o, meglio, non agisca) al pari di un soggetto privato. Non troverà spazio, dunque, l'esame delle fattispecie in cui l'amministrazione non ponga in essere un atto dovuto per ragioni di natura privatistica.

Un'ulteriore esclusione riguarda i casi in cui l'amministrazione svolga le sue funzioni normative. Il settore regolamentare ben potrebbe, infatti, essere interessato dall'inerzia amministrativa e anche la mancata adozione di un atto normativo potrebbe causare un pregiudizio per gli interessi privati.

Il fenomeno dell'inerzia sarà, invece, oggetto di indagine soltanto qualora si manifesti con riferimento alla funzione amministrativa. Ai fini della ricerca, saranno trattate esclusivamente le situazioni in cui l'amministrazione non ponga in essere l'attività amministrativa in senso stretto, omettendo di adottare il provvedimento finale, unico atto attraverso il quale si producono sulla realtà giuridica gli effetti del concreto esercizio del potere.

La ricerca verterà, quindi, principalmente sulle fattispecie in cui il procedimento amministrativo rimanga inconcluso, non trascurando, però, anche le ipotesi in cui l'amministrazione agisca, ma con ritardo. Si avrà modo di chiarire, infatti, che l'amministrazione non solo è tenuta a portare a termine il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, ma deve farlo, altresì, entro un tempo prestabilito.

Si affiancano, d'altronde, ai casi in cui non viene emanato nessun atto, quelli in cui il provvedimento sopravviene successivamente alla scadenza del termine di conclusione del procedimento fissato dalla legge. Parte dello studio sarà, allora, dedicato agli atti tardivi, ossia emanati a seguito dello scadere infruttuoso del termine, e alle conseguenze derivanti all'amministrazione dal ritardo nell'esercizio della funzione.

## **2. Obiettivi della tesi**

La difficoltà di interpretare il silenzio dell'amministrazione non qualificato, il problema dell'assenza di un atto per l'accesso alla tutela giurisdizionale, il bilanciamento dei diversi principi applicabili all'azione amministrativa e la molteplicità degli interessi coinvolti, spesso in contrasto tra loro, hanno fatto sì che sorgessero in relazione all'inerzia amministrativa numerose questioni applicative, risolte dalla giurisprudenza mai in maniera univoca e affrontate dal legislatore in modo confuso, quasi per assecondare l'ansia compulsiva di fornire al privato una tutela effettiva a fronte di un fenomeno particolarmente complesso e lesivo. Si potrebbe al riguardo osservare, in via di primissima approssimazione, che l'effettività è stata tradotta dal legislatore in termini di pluralità di strumenti.

Il panorama giuridico attuale comprende, dunque, numerosi rimedi idonei a tutelare il privato a fronte del silenzio non qualificato dell'amministrazione, che in parte si sovrappongono e in parte si completano, a dimostrazione della complessità del fenomeno. Paradossalmente, la previsione di diversi strumenti, in alcuni casi volti a conseguire il medesimo risultato, dimostra che il legislatore ha considerato l'ipotesi che questi non si rivelino sempre efficaci, seppure per ragioni differenti.

Si vedrà, ad esempio, in occasione dello studio del meccanismo di sostituzione interna, che può capitare che lo stesso organo incaricato di sostituirsi a quello inadempiente rimanga a sua volta inerte, pregiudicando ulteriormente l'interesse del privato. Ancora, in relazione al ricorso avverso il silenzio, sarà possibile notare come sia idoneo ad assicurare l'utilità finale, ma con tempi e costi più significativi, data la necessità dell'intervento giurisdizionale.

La ricerca muoverà, quindi, dall'esame delle principali forme di tutela, al fine di confrontarle, individuando punti di forza e di debolezza di ciascuna, in vista di una valutazione finale, volta a guidare il privato nella scelta del mezzo migliore per ottenere la soddisfazione, ove possibile, del suo interesse, o, quantomeno, la riparazione per equivalente del danno comunque subito per l'inerzia dell'amministrazione.

Lo studio parte dal presupposto che il silenzio non qualificato rappresenta un ostacolo particolarmente rilevante per il soddisfacimento degli interessi dei cittadini, essendo idoneo a comprometterne il raggiungimento entro tempi rapidi e certi. Attraverso, dunque, l'esame dei diversi strumenti vigenti e la loro classificazione, sulla base di alcuni specifici criteri di valutazione, si tenterà una scomposizione del fenomeno dell'inerzia - al fine di individuare i diversi interessi su cui incide - e una successiva ricostruzione della tutela a



essa contrapposta, alla luce delle utilità effettive assicurate ai privati dai rimedi offerti dall'ordinamento.

### **3. Schema di lavoro**

Conseguentemente alle considerazioni sopra svolte, si reputa necessario delimitare ulteriormente la ricerca, specificandone la struttura, per meglio definirne lo scopo.

Se l'esigenza di affrontare il problema dell'inerzia amministrativa si avverte per una molteplicità di aspetti critici<sup>1</sup>, vuoi legati all'efficienza dell'azione pubblica, come principio e valore in sé, vuoi in relazione alla stabilità e alla certezza dei rapporti giuridici, il presente lavoro, pur non sottovalutando la portata delle richiamate questioni, si focalizzerà sugli effetti che l'inerzia dell'amministrazione produce concretamente ai danni dei privati e sulle modalità di tutela apprestate dall'ordinamento.

La ricerca, come detto, si pone l'obiettivo di analizzare gli strumenti giuridici che il legislatore mette a disposizione dei privati, affinché i loro interessi non siano sacrificati dall'inerzia amministrativa, intesa tanto in senso assoluto, quanto in termini di ritardo.

Non si può, allora, non distinguere, soprattutto al fine di individuare correttamente il rimedio utilizzabile, le ipotesi in cui l'amministrazione resti del tutto inerte da quelle in cui agisca, ma successivamente alla scadenza del termine procedimentale. Si deve già anticipare, pertanto, che gli strumenti analizzati nel corso del lavoro nascono per rispondere a due diverse esigenze.

I primi, il ricorso avverso il silenzio e il meccanismo di sostituzione interna al procedimento, per ottenere una pronuncia da parte di un'amministrazione che non abbia ancora mai provveduto su quel dato procedimento. L'altro, costituito, invece, da una forma di tutela risarcitoria, il c.d. danno da ritardo, di cui ci si avvale per conseguire il ristoro del danno subito per l'inerzia assoluta ovvero per il ritardo. Va da sé che questo secondo rimedio può essere esperito anche congiuntamente ai primi, posto che come si vedrà, mira a fornire un'utilità diversa.

Pertanto, dopo una prima delimitazione dell'ambito dell'indagine, finalizzata a escludere dal presente lavoro tutta un'altra serie di strumenti in qualche modo volti a risolvere il problema dell'inerzia amministrativa, la ricerca si concentrerà, in primo luogo, sulle premesse logiche dell'inerzia.

---

<sup>1</sup> In questo senso, C. NASSIS, *Il silenzio della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: lineamenti evolutivi*, in *Giust. amm.*, 2006, fasc. 6, 1264, per il quale l'inerzia può assumere rilievo sia come illecito sanzionato penalmente, sia con riferimento all'aspetto organizzativo e funzionale dell'apparato amministrativi, comportando, talvolta, l'attivazione di meccanismi sostitutivo, ovvero come presupposto per il ricorso ai rimedi che l'ordinamento giuridico offre per rimuovere o prevenire gli effetti lesivi del silenzio.

In particolare, il primo Capitolo sarà dedicato, come si avrà modo di chiarire meglio nella sua Premessa, al “dovere di provvedere”, presupposto imprescindibile per attribuire valore giuridico all’inerzia. Si è già osservato, infatti, che, soltanto ove l’azione amministrativa sia dovuta, il mancato esercizio è idoneo a pregiudicare gli interessi del privato coinvolto. Dopo aver chiarito la portata del dovere e le ipotesi in cui si configura, ampio spazio sarà, allora, dedicato allo studio della situazione soggettiva che con esso si raffronta, al fine di valutare quanto ciò incida sulla tutela del privato.

Il Capitolo successivo sarà, invece, incentrato sul secondo presupposto dell’inerzia amministrativa, che concerne la sua formazione. A tal proposito, sarà analizzata la disciplina del termine del procedimento, soprattutto al fine di individuare il momento in cui si verifica l’inadempimento e analizzare gli effetti sostanziali e processuali che si producono a causa della mancata adozione del provvedimento finale entro i termini.

Infine, il terzo Capitolo del lavoro avrà per oggetto l’esame dei tre principali rimedi contro l’inerzia amministrativa, già richiamati in precedenza, sulla base di diversi profili. Primo fra tutti, quello dell’interesse che il legislatore intende tutelare con ciascun mezzo, cioè, se sia preponderante la necessità di assicurare la tempestività dell’azione per ragioni di efficienza amministrativa ovvero di garanzia del privato.

In secondo luogo, si individuerà l’utilità finale che consegue all’attivazione dei singoli strumenti, distinguendo questi ultimi a seconda che consentano o meno all’interessato di raggiungere il bene finale. Il confronto tra le varie forme di tutela terrà conto, però, anche della loro convenienza sotto il profilo economico e delle tempistiche necessarie, nonché degli effetti che si producono sull’organizzazione amministrativa.

Da ultimo, invece, si analizzerà la relazione tra il mezzo scelto e il provvedimento adottato successivamente alla scadenza del termine, soffermandosi, in particolare, sulla validità dell’atto tardivo, con le dovute distinzioni a seconda che sia emanato spontaneamente ovvero come risultato dell’esperimento di uno dei rimedi.

#### **4. L’importanza di un’azione amministrativa tempestiva**

Prima di procedere, secondo lo schema che si è delineato, con la delimitazione puntuale dell’ambito di indagine, sembra doveroso spendere qualche considerazione in ordine alle altre ragioni che hanno mosso la ricerca nella direzione indicata. Non si può, infatti, prescindere dal sottolineare come la scelta del tema sia stata suggerita anche dall’importanza del “tempo” nel rapporto tra amministrazione e privati.

Chiunque si accinga a studiare il diritto non può esimersi dal considerare la rilevanza che il fattore “tempo” assume nelle dinamiche giuridiche<sup>2</sup>. Il carattere necessariamente mutevole ed evolutivo della realtà fattuale e giuridica impone di esaminare, o meglio di “monitorare”, gli effetti che il decorso del tempo produce sulla stabilità dei rapporti giuridici, ostacolando il raggiungimento di quella certezza cui tutti gli ordinamenti, antichi e moderni, aspirano.

Due sono i principali profili che richiedono di essere approfonditi in relazione al “tempo”. Il primo, appena accennato, della necessità di contemperare l’esigenza di certezza giuridica con le conseguenze derivanti dal fluire naturale del tempo. Il secondo - di maggiore interesse in questa sede, perché frutto di una nuova concezione dell’attività amministrativa e di una più recente attenzione dottrinale, ma anche giurisprudenziale - riferito all’importanza acquisita dal valore temporale in termini di parametro di efficienza delle amministrazioni pubbliche.

Entrambi gli aspetti richiamati necessitano di maggiore puntualizzazione.

Per quanto concerne il primo, il riferimento va, allora, agli istituti elaborati dall’ordinamento allo scopo di garantire la certezza della realtà giuridica, impedendone la modifica, oltre un certo tempo. Si pensi, infatti, alla prescrizione e alla decadenza nel diritto privato, con cui, come si avrà modo di chiarire più avanti, viene inibito l’esercizio di un diritto qualora sia decorso un dato lasso di tempo. Tuttavia, nell’affrontare il discorso non si può non riservare, fin da subito, un’attenzione peculiare all’impatto che l’esistenza dell’interesse pubblico può avere nello studio del rapporto tra la certezza del diritto e lo scorrere del tempo. Se, infatti, prescrizione e decadenza, ovvero, più in generale, ciascuna limitazione di carattere temporale, operano senza difficoltà nei rapporti giuridici privati, non è priva di problemi l’applicazione di simili istituti alle relazioni che vedono coinvolta una pubblica amministrazione.

Premessa del presente lavoro è, dunque, la considerazione che l’interesse pubblico e il suo perseguimento non possano essere ostacolati oltre un certo limite dal decorso del tempo. Alla luce di quanto appena asserito, appare, allora, decisivo valutare se, almeno in termini

---

<sup>2</sup> Nell’impossibilità di richiamare tutta la dottrina che ha riconosciuto l’importanza del fluire temporale per le dinamiche giuridiche, si v., con riferimento esclusivo allo studio dell’elemento “tempo” in relazione all’esercizio del potere amministrativo e a titolo meramente esemplificativo, M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, *Diritto amministrativo*, 2003, fasc. 2, 291-385, per il quale “il tempo è considerato un elemento essenziale di ogni fenomeno giuridico”; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che, dopo aver ricordato in generale l’importanza delle vicende temporali nell’ambito del diritto, sottolinea come anche il diritto amministrativo non può non dare rilievo al fattore “tempo”.

di tutela dell'affidamento del privato, l'azione amministrativa possa essere in qualche modo limitata.

Il problema si pone tanto con riferimento alle ipotesi in cui l'amministrazione non eserciti il potere entro un dato termine (circa la sopravvivenza o meno del potere alla scadenza del termine del procedimento), tanto con riguardo alla possibilità di incidere unilateralmente sulla situazione giuridica del privato anche qualora questi faccia affidamento su una determinata posizione (si pensi, soprattutto, al potere di autotutela, per cui il problema del *tempo ragionevole* è espressamente preso in considerazione dalla legge). In entrambi i casi, la forza naturalmente prepotente dell'interesse pubblico non consente di tutelare in maniera assoluta la posizione giuridica del cittadino, per cui egli non può fare affidamento sulla sua situazione soggettiva al pari di quanto avviene tra privati, dove il decorso del tempo può portare alla stabilizzazione dei rapporti giuridici.

Tuttavia, se in linea generale si giustifica l'incertezza giuridica legata all'esercizio del potere, in virtù dell'esigenza insopprimibile di realizzare l'interesse pubblico e di seguirne l'evoluzione, diverso è il caso in cui l'incertezza sia legata a un fattore patologico dell'attività amministrativa. Si torna, così, all'oggetto della ricerca, per cui l'ordinamento non può consentire che l'inerzia dell'amministrazione impedisca al privato di perseguire i propri interessi e di organizzare e pianificare, nella consapevolezza dei limiti già evidenziati, la propria attività.

Il problema dell'intempestiva, se non mancata, azione giuridica, non si riflette, però, esclusivamente sulla stabilità dei rapporti. Il risvolto certamente più sfavorevole per i privati è di tipo economico.

L'impossibilità di investire in maniera sicura o di intraprendere attività economicamente rilevanti senza il previo consenso pubblicistico<sup>3</sup> ovvero di fare affidamento su contributi pubblici, riduce considerevolmente le opportunità di guadagno del privato, se non comporta addirittura delle spese ulteriori. Il ritardo nella composizione degli interessi, ossia nella conoscenza della decisione amministrativa, sia essa favorevole o meno per il privato, limita fortemente la sua capacità di indirizzare risorse e di programmare e gestire la propria attività con la rapidità pretesa dalle dinamiche di mercato.

---

<sup>3</sup> Sembra opportuno anticipare fin d'ora che la necessità di ottenere il previo consenso pubblicistico per lo svolgimento di un'attività economicamente rilevante deve essere intesa nei limiti risultanti dall'applicazione dei diversi istituti operanti all'interno del nostro ordinamento (si pensi a quanto previsto dalla l. 241/90 in materia di silenzio e scia), nonché alla luce di tutte le disposizioni normative, ivi comprese quelle più recenti, che mirano a promuovere e garantire la liberalizzazione delle attività economiche. Per un maggiore approfondimento di tale aspetto si rinvia al paragrafo 2.1.

Non si può, infatti, trascurare che il fattore temporale è diventato un vero e proprio valore economico. Il dinamismo sociale e la necessità di risposte flessibili e rapide alle richieste del mercato impongono di considerare il “tempo” come un bene in sé meritevole di tutela, dovendosi, pertanto, perseguire e garantire la tempestività dell’azione amministrativa in favore dell’effettiva realizzazione dell’interesse privato.

Se, però, il ritardo con cui l’amministrazione fa fronte alle istanze, ovvero la sua totale inerzia, costituiscono una consistente barriera per l’attività privata, gli effetti negativi non si producono solo ai danni dei cittadini, bensì anche sugli stessi soggetti pubblici. La tempistica eccessivamente lunga che, al di là del dato normativo, caratterizza i procedimenti amministrativi si pone, infatti, al tempo stesso come causa e conseguenza della loro inefficienza. Perché, da un lato, l’elemento temporale è stato assunto a criterio di valutazione dell’efficienza, per cui sarà considerata inefficiente l’amministrazione che adempia in ritardo. Dall’altro, sono proprio le disfunzioni organizzative e funzionali a determinare la mancata osservanza del termine di conclusione del procedimento.

Ne consegue che il rispetto del “tempo” diviene un elemento fondamentale sia per la tutela del privato che si rapporta con l’amministrazione, sia per il corretto funzionamento della stessa.

### **5.1. Delimitazione dell’ambito di indagine. Inerzia e silenzio**

Così chiarite le ragioni sottese alla scelta del tema, è ora necessario avviare la ricerca secondo lo schema prefissato, partendo da una individuazione più puntuale dell’ambito di analisi. Il primo passaggio consiste, dunque, nel comprendere quando la mancata adozione del provvedimento costituisca un ostacolo al raggiungimento dell’interesse privato, con la conseguente necessità che l’ordinamento si attivi per tutelare il cittadino a fronte dell’inerzia della pubblica amministrazione.

A tal proposito è doveroso richiamare il concetto di “silenzio”. Quest’ultimo può essere qualificato come un fatto<sup>4</sup> che si verifica ogniqualvolta l’amministrazione non concluda il procedimento amministrativo con un provvedimento espresso.

Non sempre il silenzio amministrativo è un fatto negativo. Anzi, il legislatore, fermamente convinto della necessità di snellire l’azione amministrativa troppo lenta e poco efficiente, ha introdotto, con la legge 7 agosto 1990, n. 241, tra gli istituti di semplificazione, il meccanismo del silenzio-assenso.

---

<sup>4</sup> Sul concetto di silenzio si v. *infra*, Capitolo III.

Esistono, dunque, dei casi in cui al silenzio dell'amministrazione corrispondono degli effetti – e più precisamente quelli propri di un provvedimento espresso – per cui non si può affermare propriamente, in dette circostanze, che l'amministrazione sia rimasta inerte ai danni dei privati<sup>5</sup>.

Più nel dettaglio, il silenzio serbato non è considerato un inadempimento, a fronte del quale è necessario riconoscere al cittadino una forma di tutela, bensì un fatto cui l'ordinamento attribuisce un valore equipollente al provvedimento, ragion per cui non sorge la necessità di individuare una diversa e specifica tutela già ammessa nei confronti dell'attività amministrativa<sup>6</sup>.

Per semplificare l'esercizio della funzione, ci si è, dunque, limitati a prevedere, seppure a determinate condizioni, che il silenzio dell'amministrazione produca i medesimi effetti di un atto esplicito, con la dovuta distinzione tra effetti negativi e positivi. È necessario, infatti, ricordare la classificazione che la dottrina ha elaborato di silenzio-assenso e silenzio-diniego. Entrambi costituiscono esempi di silenzio significativo, tuttavia, il primo produce i medesimi effetti di un provvedimento di accoglimento, il secondo di un atto negativo di rigetto.

Al fine di individuare quando si rientri nell'uno o nell'altro caso, è sufficiente ricordare che il silenzio-diniego è di carattere tassativo, dovendo essere previsto in maniera espressa dalla legge. Quanto al silenzio assenso, invece, rappresenta la regola generale imposta dall'art. 20 della l. n. 241/1990 per tutti i provvedimenti che iniziano a istanza di parte.

Ne consegue che tutte le volte in cui il procedimento abbia inizio su domanda, l'amministrazione può far sì che si verifichino gli effetti propri di un provvedimento di accoglimento, tanto mediante l'adozione di un atto positivo esplicito, tanto non rispondendo entro i termini alla richiesta del privato. Tuttavia, non si può tralasciare, posto che proprio questo sarà l'oggetto della ricerca, che l'art. 20, già citato, prende in considerazione una serie di eccezioni, in cui al silenzio serbato dall'amministrazione non corrisponde alcun effetto, restando, perciò, inesausta l'istanza del privato. Queste ipotesi, denominate in dottrina come di silenzio-inadempimento, per evidenziare l'aspetto negativo che in questi casi caratterizza l'inerzia amministrativa, afferiscono a interessi peculiari,

---

<sup>5</sup> Si veda, però, l'opinione di F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui il silenzio assenso costituisce una forma di tutela predisposta dal legislatore al fine di evitare i danni che potrebbero derivare al privato dal ritardato esercizio della funzione. La formazione del silenzio significativo non rappresenta, dunque, una modalità alternativa di esercizio del potere, ma una sanzione per la violazione dell'obbligo di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso.

<sup>6</sup> F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, afferma nella premessa del suo lavoro che nei casi in cui la legge equipara il silenzio al provvedimento amministrativo non si pone un problema di inerzia, "dato che appunto la legge rende quest'ultima espressiva di provvedimenti".

talvolta definiti sensibili, che, in virtù della loro specialità e criticità, impongono l'adozione di un provvedimento espresso.

In particolare, l'art. 20 annovera nell'elenco dei procedimenti cui non si applica il meccanismo del silenzio-assenso quelli relativi al patrimonio culturale e paesaggistico, all'ambiente, alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo e alla cittadinanza, alla salute e alla pubblica incolumità. La norma contempla, poi, i procedimenti individuati dalle disposizioni comunitarie e da appositi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In tutte queste fattispecie l'amministrazione procedente è tenuta ad adottare un provvedimento espresso e l'eventuale silenzio resta privo di qualsiasi effetto, per cui il legislatore ha dovuto predisporre uno strumento volto a tutelare i privati i cui interessi siano frustrati dall'inattività amministrativa. È questo, infatti, l'ambito in cui opera il ricorso avverso il silenzio (ma anche, a seguito della sua introduzione, il meccanismo di sostituzione interna), oggetto di apposita trattazione nel Capitolo terzo, proprio in quanto forma di tutela avverso l'inerzia amministrativa.

Proseguendo, poi, nella delimitazione dell'ambito dell'indagine, preme ricordare che la dottrina ha elaborato anche altre due forme di silenzio; una in materia di ricorsi amministrativi e l'altra relativa alla fase dell'istruttoria procedimentale.

La prima ipotesi non sembra particolarmente interessante ai fini della presente ricerca. Il silenzio rigetto (espressione con cui comunemente ci si riferisce a questa fattispecie) implica che, allo scadere del termine di novanta giorni dalla presentazione di un ricorso amministrativo, quest'ultimo si intenda respinto, non configurandosi, pertanto, alcun problema di inerzia. La mancata decisione espressa, infatti, produrrà gli effetti propri di una risposta negativa.

L'ultima tipologia di silenzio elaborata dalla dottrina riguarda, invece, il caso in cui, al fine di introdurre all'interno del procedimento tutti gli elementi necessari per un'analisi peculiare e approfondita, l'amministrazione procedente si rivolga ad altri enti pubblici per ottenere delle valutazioni dei diversi interessi in gioco, nonché per l'accertamento di fatti complessi, il cui esame debba essere necessariamente affidato a soggetti aventi specifiche competenze tecniche.

In questi casi un problema di inerzia può sicuramente porsi. Non è infrequente, infatti, che il soggetto richiesto del parere o della valutazione non si pronunci entro il termine stabilito. Per evitare che l'inerzia di tali soggetti si traduca in un ostacolo alla normale prosecuzione del procedimento, il legislatore ha previsto agli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990 un

meccanismo idoneo a consentire all'amministrazione competente di procedere anche in assenza dei pareri o delle valutazioni.

La prima delle disposizioni citate, dedicata all'attività consultiva, dispone, infatti, che, qualora il termine per rendere il parere sia decorso inutilmente, l'amministrazione può procedere anche in sua assenza se obbligatorio, mentre è tenuta a farlo nel caso in cui il parere sia facoltativo. Per quanto concerne, invece, le valutazioni tecniche, l'art. 17 consente, nelle ipotesi in cui l'amministrazione richiesta non rilasci la valutazione entro il termine di novanta giorni, di rivolgersi ad altri organi dell'amministrazione o a enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti ovvero a istituti universitari.

Il silenzio-devolutivo può essere, quindi, indubbiamente ricondotto a uno strumento di superamento dell'inerzia che, però, non sarà oggetto di trattazione nel presente lavoro, riferendosi alla mancata adozione di atti endoprocedimentali.

Tuttavia, ed è questo l'aspetto che qui interessa, il meccanismo descritto non opera quando i pareri o le valutazioni debbano essere resi da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute. Per cui, se è vero che viene in rilievo il mancato rilascio di un atto endoprocedimentale, è altrettanto vero che la sua assenza impedisce di portare a termine il procedimento. Saranno esaminate, allora, le soluzioni prospettate in dottrina per affrontare il problema dell'inerzia endoprocedimentale che, in presenza di un interesse sensibile, si traduce necessariamente in inerzia provvedimentoale.

## **5.2. Segue. Inerzia e poteri sostitutivi**

La necessità di rimediare all'inerzia delle pubbliche amministrazioni ha ispirato la predisposizione di un altro strumento giuridico particolarmente significativo soprattutto nel recente passato, costituito dal potere sostitutivo<sup>7</sup>.

Oggetto di profonde evoluzioni, dovute per lo più al modificarsi dell'assetto statale e territoriale, il potere in esame trova la sua disciplina fondamentale nell'art. 120 Cost., c. 2., che attribuisce al governo il potere di sostituirsi agli organi delle regioni e delle autonomie territoriali, quando il mancato compimento di determinati atti sia idoneo a ledere l'incolumità e la sicurezza pubblica ovvero nei casi di mancata osservanza delle

---

<sup>7</sup> Sulla natura del potere sostitutivo quale rimedio all'inerzia dell'amministrazione, si v. G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991, per cui il potere sostitutivo consiste nell'attribuzione temporanea ad un soggetto di una funzione amministrativa normalmente di competenza di un altro quando quest'ultimo non si è attivato. Secondo S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008, lo strumento in esame è finalizzato a "riparare la discontinuità della funzione", nel senso che consente la sostituzione, limitata nel tempo, di un organo che non funziona vuoi intenzionalmente vuoi per errore o per ragioni obiettive.



disposizioni internazionali e comunitarie e quando necessario per assicurare l'unità giuridica ed economica, nonché per tutelare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

La Costituzione rimette, poi, alla legge il compito di definire le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi, in modo che sia garantito il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

Con l'intento di limitare alterazioni dell'originario assetto amministrativo, il legislatore ha, dunque, tipizzato le situazioni in cui, nel caso di inerzia del soggetto stabilmente preposto a quel dato compito, interviene il potere sostitutivo. Peraltro, le previsioni normative che attribuiscono il potere sostitutivo devono essere interpretate in maniera restrittiva, riferendosi esclusivamente a quegli atti il cui compimento o la cui adozione siano previsti come obbligatori dalla legge.

Il chiarimento pretorio è utile per evidenziare una caratteristica comune delle ipotesi in cui si ammette il ricorso ai poteri sostitutivi, ossia la mancanza di discrezionalità nell'*an*. Ciò significa che la possibilità di agire in sostituzione del soggetto originariamente preposto è ammessa soltanto quando non vi siano spazi decisionali in relazione alla opportunità o meno di intervenire, mentre il sostituto assume il potere, eventualmente discrezionale, relativo al *quid* e al *quomodo* dell'azione.

Sempre al fine di garantire l'originaria allocazione delle competenze, la sostituzione presuppone, poi, una diffida all'organo inadempiente, con l'invito a uniformarsi al dettato normativo entro un periodo di tempo limitato. Solo nel caso di perdurante inerzia, il soggetto dotato del potere sostitutivo può agire per supplire alla mancanza dell'organo individuato dalla legge come competente.

Seppure con le limitazioni appena esaminate, anche lo strumento dei poteri sostitutivi si pone, quindi, l'obiettivo di evitare che l'inerzia ostacoli il corretto svolgimento della funzione pubblica<sup>8</sup>. Tuttavia, nonostante si tratti di una delle soluzioni fornite dal nostro ordinamento al problema dell'inerzia della pubblica amministrazione, non sarà oggetto della presente ricerca.

Scopo dell'indagine è, infatti, l'esame dei mezzi di cui il privato può avvalersi a fronte di un inadempimento che lede direttamente la sua posizione giuridica soggettiva, mentre i poteri sostitutivi forniscono una tutela per lo più indiretta, afferendo propriamente a

---

<sup>8</sup> Si v. C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, che ha, appunto, intitolato un paragrafo del Suo lavoro "La sostituzione statale come risposta all'inerzia amministrativa (...)", in cui ricostruisce l'evoluzione storica del potere sostitutivo e ne individua i presupposti legittimanti.

fattispecie in cui viene in rilievo il perseguimento di taluni interessi pubblici<sup>9</sup> (pur non escludendosi casi in cui il potere sostitutivo riguardi fattispecie in cui viene immediatamente in rilievo un interesse privato).

### **5.3. Segue. Inerzia e ricorso per l'efficienza**

Una recente forma di tutela nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione è costituita dal ricorso per l'efficienza introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

La norma riconosce la possibilità di adire il giudice amministrativo ogniqualvolta il cittadino abbia subito una lesione diretta, concreta e attuale dalla violazione dei termini o dalla mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori privi di contenuti normativi, dalla violazione degli obblighi imposti dalle carte dei servizi o, infine, dall'inosservanza degli standard qualitativi ed economici, individuati dalle autorità preposte alla regolazione e al controllo ovvero dalle pubbliche amministrazioni<sup>10</sup>.

Limitando l'analisi della disposizione a quanto interessa in questa sede, è necessario concentrare l'attenzione sul primo dei presupposti considerati, ossia la tardiva od omessa emanazione di atti amministrativi generali di carattere non normativo, previsti come obbligatori dalla legge. In questo caso, ciò che rileva è l'inerzia dell'amministrazione nello svolgimento di una specifica funzione che sfoci nell'adozione di un atto amministrativo generale.

Il primo presupposto individuato dal d.lgs. n. 198/2009 presenta, dunque, una notevole somiglianza con quello alla base del ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione. Alla luce di quanto appena affermato, appare necessario verificare

---

<sup>9</sup> Sul punto, si v. A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, Intervento al Convegno di Catania, 11-12 novembre 2005, "Le nuove regole dell'azione amministrativa", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui il ricorso avverso il silenzio e i poteri sostitutivi muovono dalle medesime ragioni ma operano su piani diversi. Il primo si pone sul piano delle situazioni giuridiche private; i secondi, invece, mirano alla protezione degli interessi pubblici, intervenendo nelle relazioni tra diversi soggetti pubblici.

<sup>10</sup> Sui presupposti legittimanti il ricorso per l'efficienza, si v. F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. DI LORETO, *Parte II – D.Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; S. DORE - G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 5, pp. 501-507; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione*, *ivi*; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela per il cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, fasc. 3, pp. 246.

l'eventuale sovrapposizione dei due strumenti processuali ovvero chiarirne la loro complementarità.

In entrambi i casi, lo scopo del legislatore è, tra l'altro, garantire che l'amministrazione eserciti la propria attività in maniera efficiente, nel rispetto di specifici termini posti a tutela del privato. A tal fine, si riconosce al giudice amministrativo, tanto nell'una che nell'altra ipotesi, il potere di condannare l'amministrazione inadempiente ad agire, con l'ulteriore facoltà di nominare un commissario *ad acta* (seppure con modalità differenti) per l'eventuale perdurante inerzia.

Se, però, l'effetto perseguito dal legislatore è per entrambi i ricorsi quello di imporre all'amministrazione di attivarsi per non pregiudicare ulteriormente la situazione giuridica soggettiva del privato, i presupposti delle due azioni, per quanto simili, sono comunque diversi.

Si è detto che il d.lgs. n. 198/2009 prevede quale primo presupposto del ricorso per l'efficienza la violazione dei termini o la totale inerzia in relazione all'adozione di atti amministrativi generali obbligatori. Diversamente, gli artt. 31 e 117 c.p.a., che disciplinano l'azione avverso il silenzio, non specificano la natura dell'atto amministrativo che dovrebbe essere emanato dall'amministrazione, limitandosi a prevedere che "decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere".

In assenza di una chiara ed esplicita indicazione normativa, ci si deve rivolgere all'esame della giurisprudenza, al fine di delimitare l'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio, ossia individuare la tipologia di atti per la cui mancata adozione può essere esperito. Dall'analisi effettuata risulta che il rito speciale, previsto dal codice del processo amministrativo per contrastare l'inerzia, è utilizzabile solo se l'amministrazione non abbia emanato un atto particolare di cui il ricorrente sarebbe destinatario diretto.

Ne consegue che, più che parlare di una sovrapposizione delle due azioni, è possibile affermare che il ricorso per l'efficienza trovi applicazione là dove il rito sul silenzio non possa essere avviato, perché il cittadino si pretende leso dall'inerzia relativa a un atto amministrativo generale, per il quale non è ammessa la tutela mediante il ricorso di cui agli artt. 31 e 117<sup>11</sup>. L'introduzione di questo nuovo strumento processuale appare, dunque, utile nella parte in cui fornisce al privato un mezzo di tutela per fare fronte a una situazione

---

<sup>11</sup> In giurisprudenza, sulla limitazione dell'oggetto del ricorso avverso il silenzio alla mancata adozione di atti particolari, si v. Tar Lazio, sez. II, 4 novembre 2010, n. 33190, in *Foro it.*, 2010, III, 628, con nota di A. TRAVI, in cui si chiarisce, appunto, il rapporto tra le due azioni e la differenza basata proprio sulla natura dell'atto in rilievo; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 1 aprile 2004, n. 2262, in *Foro amm. Tar*, 2004, 1173.

a cui, prima del d.lgs. 198/2009, non vi era rimedio, salvo il riconoscimento da parte di alcune sporadiche pronunce della possibilità di agire con il rito speciale sul silenzio anche per la mancata adozione di atti generali<sup>12</sup>.

#### **5.4. Segue. Inerzia e ricorso per ottemperanza**

Le occasioni in cui l'inerzia amministrativa può manifestarsi, mettendo a repentaglio il soddisfacimento dell'interesse dei privati, sono innumerevoli.

Un altro caso particolarmente significativo riguarda la mancata attuazione del giudicato (o delle decisioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o di quelle comunque immediatamente esecutive del giudice amministrativo), che si verifica quando l'amministrazione non si attivi per ottemperare a quanto statuito dal giudice ovvero ponga in essere atti contrari al contenuto della pronuncia.

Sia per l'uno che per l'altro caso, l'ordinamento offre al cittadino interessato la possibilità di rivolgersi al giudice avviando un ricorso per ottemperanza, finalizzato per l'appunto a ottenere una condanna dell'amministrazione a conformare la propria attività alla decisione giudiziale, eventualmente dichiarando la nullità degli atti adottati in contrasto con la statuizione<sup>13</sup>.

Ai fini della presente ricerca, è chiaro, però, che la necessità di distinguere il ricorso per ottemperanza dai rimedi oggetto di studio nel presente lavoro sorge esclusivamente per quei casi in cui l'amministrazione abbia violato il giudicato non mediante l'emanazione di un provvedimento elusivo, ma per il fatto stesso di essere rimasta inerte e non avere svolto l'attività imposta dalla decisione del giudice<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> In questo senso, Tar Lazio, sez. III-bis, n. 552/2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che riserva, però, la legittimazione ad agire contro il silenzio in relazione a un atto generale esclusivamente alle associazioni di categoria; 4 aprile 2006, n. 2362, *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 4, 1377, che ha riconosciuto la legittimazione di alcune associazioni di categoria, congiuntamente a dei singoli individui, a ricorrere avverso il silenzio serbato dall'amministrazione in relazione a un atto di "rilievo organizzativo generale"

<sup>13</sup> Con riferimento ai poteri del giudice, si ricordi che il codice del processo amministrativo ha introdotto anche l'istituto dell'*astreinte*, che consiste nella previsione di una somma di denaro per ogni violazione successiva o per il ritardo nell'esecuzione della pronuncia adottata al termine del giudizio per l'ottemperanza. In particolare, il d.lgs. 104/2010, c. 4., lett. e), dispone che "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo". Sul nuovo istituto, si v. E. CASALE, *Astreintes ed ottemperanza tra novità del codice del processo amministrativo e prime applicazioni pretorie*, *www.neldiritto.it*, e D. TOMASSETTI, *L'astreinte nel processo amministrativo: natura, ambito oggettivo, portata e limiti alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Gazzetta amministrativa*, 2010, fasc.1, 1.

<sup>14</sup> Sembra opportuno ricordare incidentalmente che la giurisprudenza ha recentemente ammesso la possibilità di esperire il ricorso per ottemperanza anche nei confronti delle decisioni adottate in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sul presupposto del carattere giurisdizionale del parere reso dal Consiglio di Stato nel corso della procedura (Cass., sez. un., n. 2065/2011; Cons. Stato, sez. IV, n. 6843/2000).

Nonostante, perlomeno apparentemente, la fattispecie somigli molto alla situazione in cui l'amministrazione sia rimasta inerte a seguito dell'avvio di un procedimento, il presupposto dell'azione per ottemperanza è certamente diverso da quello alla base del ricorso avverso il silenzio. In entrambi i casi, si è dinanzi al mancato esercizio del potere amministrativo; tuttavia, nel primo caso, l'amministrazione è tenuta a porre in essere un'attività già predeterminata dal giudice; nel secondo, invece, anche il profilo più specificatamente decisionale spetta all'amministrazione, che stabilisce se e come intervenire, salvo quanto si avrà modo di approfondire in ordine alla possibilità per il giudice del silenzio di conoscere, entro determinati limiti, la fondatezza della pretesa.

In ogni caso, la similarità degli istituti posti a confronto emerge anche dalla previsione per entrambi dell'eventuale nomina di un commissario *ad acta*, per l'ipotesi in cui perduri l'inerzia dell'amministrazione. Seppure, infatti, le due figure svolgano compiti diversi<sup>15</sup>, non si può non notare che la soluzione adottata dal legislatore per rimediare a un'eventuale ulteriore inerzia dell'amministrazione sia quella di ricorrere alla sostituzione del soggetto originariamente tenuto con uno appositamente incaricato.

Rimane però il fatto che l'inerzia di cui ci si occuperà nel corso della tesi è quella che non consegue a una previa pronuncia di un giudice sull'assetto degli interessi.

### **5.5. Segue. Inerzia e responsabilità penale**

La mancata adozione del provvedimento nel termine di conclusione del procedimento è fonte di numerose e diverse responsabilità per l'amministrazione, ma anche per i singoli funzionari e dirigenti che abbiano causato con le loro inadempienze il ritardo o che siano rimasti totalmente inerti.

Fermo restando che la specifica responsabilità civile per il danno causato dal ritardo o dalla omissione del provvedimento costituisce parte integrante della ricerca e che, nella parte dedicata, si richiameranno anche le responsabilità individuali che conseguono alla mancata conclusione nei termini, preme ricordare che, tra gli strumenti disponibili all'interno del nostro ordinamento per contrastare tale fenomeno, vi è la previsione di un'apposita responsabilità penale<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Sulla diversa natura del commissario *ad acta* nel ricorso avverso il silenzio e nel ricorso per ottemperanza, si rinvia al Capitolo terzo.

<sup>16</sup> Art. 328 c.p.: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

Fuori dei casi previsti dal primo comma il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a L. 2 milioni.

Invero, la portata dell'art. 328 c.p. è più ampia. La norma, rubricata "Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione", che si inserisce tra i reati contro la pubblica amministrazione, distingue tra due diverse fattispecie: la prima prende in considerazione l'ipotesi in cui la legge non stabilisca un termine preciso per l'adempimento, ma debba essere dedotto dalla natura degli interessi in gioco che l'atto deve essere compiuto senza ritardo; la seconda, invece, è modellata su un meccanismo di messa in mora<sup>17</sup> del pubblico ufficiale, in base al quale quest'ultimo è ritenuto penalmente responsabile quando, ferma restando ovviamente la necessità della sussistenza del dolo o della colpa, decorsi trenta giorni dalla richiesta scritta dell'istante, non sia stato ancora compiuto l'atto dovuto ovvero non siano state espresse le ragioni del ritardo.

In entrambi i casi si fa riferimento all'atto e non già al provvedimento. Se la tutela offerta dal diritto amministrativo è limitata all'ipotesi di ritardo ovvero omissione del provvedimento, il diritto penale punisce il ritardo o la mancata adozione di qualsiasi atto d'ufficio. Ne consegue che, in presenza di tutti gli altri elementi del reato, la responsabilità penale potrà configurarsi pure quando non sia posto in essere un atto avente efficacia endoprocedimentale<sup>18</sup>.

Il rischio di incorrere in una responsabilità penale costituisce, pertanto, un ulteriore deterrente utile per evitare che, a causa degli inadempimenti dei singoli, l'amministrazione non adotti il provvedimento conclusivo<sup>19</sup>.

---

Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa".

<sup>17</sup> M. FARINA, *Silenzio significativo della pubblica amministrazione e omissione di atti di ufficio*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, fasc. 5, 621, chiarisce che l'art. 328 c.p. non incrimina l'omissione in sé, ma il silenzio serbato a seguito di una nuova, ulteriore e specifica richiesta. Non c'è coincidenza tra il termine rilevante per l'omissione amministrativa e quello preso in considerazione dalla disciplina penalistica, posto che la richiesta di cui si parla nel secondo comma dell'art. 328 c.p. non può essere presentata fin quando non sia inutilmente decorso il tempo concesso al funzionario dalla disposizione di diritto amministrativo. In termini, si v. anche D. GIORGIO, *Precetto penale e precetto amministrativo a confronto per la individuazione di una diversa rilevanza giuridica della inerzia della pubblica amministrazione*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1996, fasc. 9, 245, secondo cui la fattispecie penale trova fondamento in un'istanza diversa da quella presentata per l'avvio del procedimento, posto che presuppone la scadenza del termine rilevante per l'adempimento amministrativo e un ulteriore atto di diffida con cui si intima al pubblico ufficiale di compiere l'atto del suo ufficio entro ulteriori trenta giorni. Invece, secondo l'A., la disposizione del codice penale ricorderebbe quella di cui all'art. 25 del T.U. n. 3/1957.

<sup>18</sup> Sul contenuto più ampio della disposizione di cui all'art. 328 c.p. si v. S. DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: "modi" e "tempi" di un'interconnessione disciplinare*, in *La giustizia penale*, 2009, fasc. 11, pt. 2, 656, per cui le esigenze di celerità ispiratrici della norma non riguardano soltanto l'adozione del provvedimento finale ma anche l'andamento del procedimento e, dunque, il compimento degli atti endoprocedimentali.

<sup>19</sup> L'interesse protetto è, infatti, il corretto svolgimento dell'attività amministrativa e non già – o meglio solo in secondo piano – la necessità che il pubblico ufficiale ponga in essere l'atto del suo ufficio. Tanto è vero che il legislatore ha previsto un meccanismo di diffida, attivabile dal cittadino e volto a sollecitare il funzionario al compimento dell'atto che dimostra come l'oggetto immediato della tutela offerta dall'art. 328 c.p. non sia l'esatto adempimento di tutti i compiti propri dell'ufficio, bensì lo svolgimento di un'attività specificatamente e direttamente volta a soddisfare le pretese di quel singolo cittadino che, leso dall'inerzia

Tuttavia, questa forma di responsabilità non sarà oggetto di maggiori approfondimenti, essendo il lavoro interamente dedicato agli strumenti del diritto amministrativo per rimediare all'inerzia amministrativa<sup>20</sup>.

---

del funzionario, abbia provveduto a diffidarlo al fine di far valere la sua responsabilità penale. In questo senso, A. SEGRETO – G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, secondo cui “chi ha « interesse » al compimento dell’atto, lo richiede perché intende ottenere un risultato utile ai fini del rapporto amministrativo, esistente o da crearsi, tra lui e la P.A., non perché con il compimento dell’atto sia adempiuto un dovere funzionale dell’intraneo”.

<sup>20</sup> Tuttavia, un interessante profilo di analisi potrebbe riguardare il rapporto tra la necessità di dimostrare il dolo o la colpa del funzionario e l’eventuale legittimità del silenzio serbato dall’amministrazione. Come si avrà modo di chiarire, infatti, non sempre il silenzio, seppure privo di significato, assume un valore negativo. Vi sono casi in cui la mancata configurazione di un dovere di provvedere in capo all’amministrazione, per le diverse ragioni di cui si avrà modo di discorrere, fa sì che l’amministrazione non possa essere condannata all’adozione di un provvedimento, né tanto meno al risarcimento dell’eventuale danno subito dal privato. In tutte queste ipotesi, dunque, sicuramente non può configurarsi nemmeno una responsabilità penale in capo alla persona fisica preposta all’organo amministrativo competente. Seppure si tratti di due forme di responsabilità autonome e basate necessariamente su presupposti differenti, è forte la loro connessione, almeno nel senso che il mancato riconoscimento della formazione di un silenzio inadempimento, per assenza del dovere di provvedere in capo all’amministrazione, dovrebbe presumibilmente escludere la configurabilità di una responsabilità penale per il singolo funzionario, il quale, a questo punto, non potrebbe essere ritenuto inadempiente. Sulla connessione tra le due forme di responsabilità, si v. G. SORICELLI, *L’obbligo di concludere il procedimento e la questione del silenzio*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1996, fasc. 10-11, pt. 2, 1113, il quale, però, si occupa principalmente di analizzare la necessità della diffida, oltre che per far valere la responsabilità penale, anche per la formazione del silenzio inadempimento. Secondo l’A., in particolare, non è possibile accogliere la tesi di quanti ritengono che il medesimo atto di diffida valga sia per la formazione del silenzio rifiuto che per l’accertamento della responsabilità penale, altrimenti l’eventuale giustificazione del ritardo da parte del silenzio sarebbe idonea non solo a escludere il reato, ma anche ad evitare la formazione del silenzio inadempimento. Egli, dunque, afferma la necessità della diffida esclusivamente per “avvisare” il funzionario che, se persegue nell’omissione in assenza di una giustificazione, potrebbe configurarsi nei suoi confronti un reato, mentre per la formazione del silenzio, una volta imposto all’amministrazione il dovere di concludere il procedimento entro i termini, non sarebbe necessario alcun atto di diffida, risultando illegittimo il comportamento dell’amministrazione per il sol fatto che è decorso il termine stabilito dall’art. 2. Sulla formazione del silenzio inadempimento si avrà comunque modo di chiarire nella parte del lavoro dedicata specificatamente alla tutela giurisdizionale a fronte dell’inerzia.

## ***Capitolo I***

### ***Il presupposto dell'inerzia giuridicamente rilevante: il dovere di provvedere della pubblica amministrazione***

*Sommario:* Premessa. L'inerzia giuridicamente rilevante e la lesione dell'interesse legittimo del privato - 1.1. Dall'attribuzione del potere al dovere di provvedere - 1.2. La codificazione del dovere di provvedere e la sua configurabilità in concreto - 1.3. Il dovere di procedere come presupposto del dovere di provvedere. Previsioni normative ed esigenze di giustizia sostanziale - 1.4. L'insussistenza di un dovere generalizzato di procedere e di provvedere - 2.1. Cenni all'evoluzione del sistema: il riconoscimento di una posizione giuridica rilevante a fronte del dovere di provvedere e dell'eventuale inerzia amministrativa - 2.2. Obbligo o dovere di provvedere? La rilevanza della questione in ordine alla qualificazione della posizione giuridica del privato e alla conseguente tutela - 2.3. La lesione dell'interesse legittimo per violazione del dovere di provvedere

#### **Premessa. L'inerzia giuridicamente rilevante e la lesione dell'interesse legittimo del privato**

Nel corso dell'*Introduzione*, si è proceduto in prima battuta a individuare l'oggetto della ricerca, delimitando i confini dell'inerzia che assume rilievo ai fini del presente studio. In particolare, è stato chiarito che si farà esclusivo riferimento alle ipotesi di mancato o tardivo esercizio della funzione amministrativa.

Perché l'inerzia possa acquisire valore giuridico, però, è necessario che l'attività non esercitata fosse doverosa. Soltanto laddove, infatti, l'amministrazione abbia il dovere giuridico di svolgere una determinata attività, il suo mancato compimento può avere rilevanza giuridica, con la conseguenza che l'ordinamento deve predisporre delle forme di tutela per chi sia stato leso dall'omissione.

Ne consegue che di inerzia amministrativa può parlarsi solo sostenendo la doverosità dell'azione, rendendosi necessario, pertanto, verificare se lo svolgimento della funzione costituisca un atto dovuto ovvero se l'amministrazione sia libera di decidere se esercitare o meno il potere.

In questo primo Capitolo, si procederà, allora, nell'esame del presupposto dell'inerzia amministrativa, ossia la sussistenza in capo all'amministrazione competente del dovere di provvedere, inteso come necessità di adottare un provvedimento espresso al fine di incidere sulla realtà giuridica. In particolare, si ricostruiranno le fattispecie in cui concretamente si configura il dovere di provvedere, chiarendo, però, da subito, la distinzione e il rapporto con il dovere di procedere, a sua volta presupposto del primo.



Nel corso della trattazione si avrà modo, altresì, di spiegare le ragioni per le quali si ritiene debba parlarsi più propriamente di *dovere* e, non già, come pure sostenuto autorevolmente in dottrina, di *obbligo di provvedere*, conducendo il discorso verso l'esame della situazione giuridica soggettiva vantata dal privato i cui interessi siano coinvolti dall'azione (o, meglio, inazione) amministrativa.

Una volta, poi, qualificata in termini di interesse legittimo la natura della situazione giuridica di cui è titolare il privato a fronte del dovere di provvedere dell'amministrazione, si chiarirà la potenzialità lesiva dell'inerzia e la sua idoneità a pregiudicare gli interessi privati al pari di un provvedimento illegittimo. Si individuerà, infatti, proprio nella mancata produzione di effetti giuridici legata all'inerzia la lesione della situazione giuridica del privato.

### **1.1. Dall'attribuzione del potere al dovere di provvedere**

Giova immediatamente chiarire i presupposti teorici da cui muove la presente analisi. Si è ben consapevoli che essi non sono assistiti da unanime consenso, atteso che in dottrina sono fioriti autorevoli ipotesi ricostruttive, pur caratterizzate da differenze anche molto marcate tra loro, assai distanti da quella cui si aderisce<sup>21</sup>.

Tuttavia, nell'impossibilità, in questa sede, ove si intende appunto sviluppare un ragionamento su di un argomento ben definito, di ridiscutere alla radice il paradigma al cui interno si muove il ragionamento medesimo, pare comunque corretto esplicitare le premesse teoriche da cui si intende prendere le mosse e che sembrano offrire la cornice migliore per ragionare di inerzia in un contesto in cui l'amministrazione mantiene pur sempre una posizione di potere che, perciò stesso, va delimitato organizzando una adeguata forma di tutela a favore del cittadino.

Questa è la ragione che giustifica il riferimento, nel corso di questi paragrafi, ai concetti – il cui contenuto è, per così dire, la proiezione del paradigma generale che definisce i rapporti tra amministrazione e privati in un quadro di non parità - di potere, interesse legittimo, dovere, obbligo e discrezionalità.

Ciò premesso, pare opportuno muovere dalla considerazione secondo cui la prima conseguenza che deriva dall'attribuzione all'amministrazione della cura di un dato interesse pubblico non è la mera finalizzazione in quella precisa direzione di ogni atto

---

<sup>21</sup> In particolare, ci si riferisce alle tesi – cui ancora si farà riferimento nel corso del lavoro - favorevoli a ricostruire in chiave tendenzialmente paritaria i rapporti tra amministrazione e cittadini: *Ex multis*, v. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 12; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

posto in essere, ma l'esigenza che si attivi al fine di compiere tutte le attività necessarie per garantire la realizzazione dell'obiettivo posto dalla legge<sup>22</sup>.

La doverosità dell'azione trova, allora, il suo fondamento nel principio di legalità, inteso non soltanto nel senso della conformità dei provvedimenti amministrativi a quanto prescritto dalla legge, ma anche della necessità che l'amministrazione ponga in essere tutti gli atti utili per perseguire gli scopi che la legge le attribuisce<sup>23</sup>.

La legalità non si pone esclusivamente come parametro per il controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa, per la verifica dell'osservanza delle disposizioni normative applicabili nell'esercizio del potere, ma costituisce allo stesso tempo il fondamento del dovere di attivarsi in vista del conseguimento del risultato che consiste, appunto, nella tutela di un particolare interesse pubblico<sup>24</sup>.

L'amministrazione è, dunque, tenuta a esercitare il potere, a svolgere la funzione amministrativa, perché solo così è possibile raggiungere il fine di pubblico interesse individuato dall'ordinamento<sup>25</sup>. Quest'ultimo, infatti, si limita a prevedere in astratto ciò che deve essere necessariamente realizzato in concreto dai soggetti pubblici appositamente preposti, affinché l'interesse pubblico sia pienamente soddisfatto.

La totale inerzia dell'amministrazione non può mai essere giustificata, essendo comunque sempre necessaria una valutazione dell'interesse pubblico che può anche condurre alla

---

<sup>22</sup> A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, fasc. 2, 359, afferma che è all'interno delle stesse leggi che istituiscono gli enti pubblici per il perseguimento di specifici interessi pubblici che deve essere individuato il momento in cui sorge il dovere di azionare il potere amministrativo per soddisfare quegli interessi. In particolare, secondo l'A. "il primo contenuto della doverosità, l'obbligo di provvedere, l'obbligo di attivarsi rispetto a quello che Ledda chiamava il problema amministrativo, è fondato nella legge, nell'insieme delle leggi attributive del potere in capo ad uno o più soggetti per il perseguimento dei fini pubblici".

<sup>23</sup> In questo senso, si esprime chiaramente F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, il quale afferma che l'attività dell'amministrazione è tutta finalisticamente vincolata al perseguimento del fine pubblico predeterminato, di talché "non si pone come attività libera nella ricerca del fine, in quanto il fine le è preassegnato; né tantomeno si pone come attività libera di perseguire o non perseguire il fine in quanto l'aderenza al fine è la ragione stessa della sua conformità al diritto. Ma per ciò stesso essa non si pone come attività che possa essere svolta o non essere svolta: essa è, nel senso che si è chiarito, necessitata". Si v. anche E. GUICCIARDI, *Interesse occasionalmente protetto ed inerzia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1957, III, 21, secondo cui "quando la legge assegna all'Amministrazione la tutela di determinati interessi pubblici (...) il perseguimento di questi interessi non è per l'Amministrazione una semplice facoltà: è un dovere".

<sup>24</sup> Sul punto, A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, cit., per il quale "la legalità non è più soltanto limite negativo all'esercizio del potere, ma diventa anche e soprattutto affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere e di esercitarlo in un tempo utile (o se si vuole, ragionevole).

<sup>25</sup> In questo senso, anche S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915, 456, per il quale l'obbligo giuridico di provvedere è correlato alle finalità che rappresentano la stessa ragion d'essere degli enti pubblici.

decisione di non adottare un determinato provvedimento, ma che deve necessariamente essere compiuta in ragione dell'immanenza del fine pubblico<sup>26</sup>.

Nessuna distinzione, peraltro, rileva a questi fini tra attività vincolata e discrezionale.

Nel primo caso, infatti, seppure la legge individui precisamente i presupposti in presenza dei quali l'amministrazione deve emanare un peculiare provvedimento, è comunque indispensabile la concreta attività amministrativa per garantire la realizzazione dell'assetto di interessi così come prefigurato dalla norma.

Nel secondo caso, ancora di più, è necessario che l'amministrazione eserciti il potere, inteso stavolta come ponderazione dei diversi interessi in gioco, al fine di garantire la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito. In presenza di discrezionalità, infatti, l'amministrazione è libera di decidere il contenuto del provvedimento – sempre nei limiti in cui risponda a quel criterio di logicità-congruità che segna il confine del controllo giurisdizionale - pur continuando, però, ad essere vincolata nel senso di dovere necessariamente esercitare la funzione<sup>27</sup>.

Pertanto, anche laddove l'amministrazione disponga della possibilità di scegliere le modalità di esercizio del potere - non solo e non tanto nel senso di determinare discrezionalmente il contenuto dell'atto, ma anche e soprattutto nel senso di decidere se intervenire o meno in una data situazione – ciò da cui non si può prescindere è la valutazione dell'interesse pubblico tutelato, prodromica rispetto alla scelta di porre o meno in essere un determinato atto ovvero delle forme concrete che l'attività amministrativa deve assumere.

Peraltro, è solo ed esclusivamente l'attribuzione del potere in vista del conseguimento di un interesse pubblico a comportare la doverosità dell'azione amministrativa. Alcun rilievo assume, infatti, l'eventualità che vi siano interessi privati che non possono essere soddisfatti se non mediante l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione. Ciò per affermare che, come si vedrà meglio in seguito, non è tanto l'eventuale presentazione di una specifica istanza del privato a determinare la necessità che

---

<sup>26</sup> Si v. in proposito la ricostruzione offerta da A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, cit., che ricorda come le posizioni dottrinali degli anni 1940-1970 ruotavano tutte attorno all'idea che il potere discrezionale era basato sulla libertà nell'an, oltre che nel quomodo. Si riteneva, infatti, che la decisione di esercitare o meno il potere fosse una scelta di tipo politico, per cui, soprattutto nel pensiero di GIANNINI, spettava all'amministrazione stabilire quali fossero gli interessi da perseguire e di conseguenza quando attivarsi. Negli anni novanta la prospettiva è, invece, mutata, perché la necessità di concludere il procedimento, imposta dall'art. 2 della legge n. 241/1990, rappresenta un vincolo per l'amministrazione di decidere comunque, di regolare in ogni caso gli interessi in gioco. In realtà, già prima dell'introduzione della norma, LEDDA affermava l'obbligo dell'amministrazione di esercitare comunque il potere, anche solo per rifiutare il provvedimento.

<sup>27</sup> Sul punto, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., per il quale la funzione è sempre "vincolata nel suo esplicarsi".

l'amministrazione eserciti il potere in vista della produzione di uno specifico effetto tipizzato, potendo al più costituire quest'ultima l'occasione per lo svolgimento della funzione, ma è il dovere di perseguire l'interesse pubblico a imporre all'amministrazione di attivarsi, privandola della facoltà di restare inerte.

La funzionalità o finalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico<sup>28</sup> spiega, appunto, perché tutti i poteri di cui l'amministrazione dispone debbano essere esercitati soprattutto allo scopo di realizzare detto interesse, al cui perseguimento la stessa è preposta. Ed è sempre la finalizzazione dell'attività all'interesse pubblico a costringere l'amministrazione a porre in essere tutte le misure necessarie, non potendo non attivarsi, pena il sacrificio dell'interesse tutelato<sup>29</sup>.

Essa dovrà, dunque, agire tanto quando vengano a esistenza le condizioni previste dalla legge per l'esercizio di un determinato potere (procedimenti d'ufficio) tanto nelle ipotesi in cui sia il cittadino a stimolare l'azione amministrativa (procedimenti su istanza di parte). Tra le due situazioni ciò che differisce è, infatti, esclusivamente il soggetto che assume l'iniziativa, nell'un caso la stessa amministrazione nell'altro il privato, ma nulla cambia in relazione ai poteri esercitabili e soprattutto rispetto al fine perseguito che resta sempre e comunque la tutela dell'interesse pubblico.

Appare opportuno ribadire che dalla finalizzazione dell'azione all'interesse pubblico deriva non soltanto l'attribuzione del potere, ma, altresì, la sua doverosità, configurandosi una stretta correlazione tra potere e dovere, essendo l'assegnazione del primo automatica conseguenza della necessità che l'amministrazione soddisfi un particolare interesse pubblico<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 59, ricava il principio di finalizzazione dall'art. 97 Cost. Secondo l'A., infatti, il buon andamento garantisce la congruità dell'azione all'interesse pubblico tutelato e l'imparzialità presuppone che vi sia un "soggetto « parte », il quale è tale in quanto persegue finalità collettive che l'ordinamento generale ha attribuito alla sua cura". Nell'*Introduzione* di A. ROMANO, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, si legge che la necessaria funzionalità dell'amministrazione, prevista tanto a livello costituzionale, dall'art. 97, quanto dalle leggi ordinarie, trova origine in realtà già nell'ordinamento generale, nel momento in cui riconosce l'esistenza di enti pubblici radicati proprio allo scopo di soddisfare bisogni di carattere generale. Per l'A. quello di funzionalità è un principio istituzionale, che permea di sé tutto l'ordinamento, costituendone, anzi, il "fattore unificante". Le amministrazioni sono vincolate al rispetto del principio, sia con riferimento alla loro attività che alla loro organizzazione, essendo la loro stessa natura ed esistenza correlata alla necessità di perseguire il pubblico interesse.

<sup>29</sup> In questo senso, G. SORICELLI, *L'obbligo di concludere il procedimento e la questione del silenzio*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1996, fasc. 10-11, pt. 2, 1113, per il quale l'amministrazione non può restare inerte ma ha sempre il dovere di attivarsi per il perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalla legge, in virtù del carattere funzionale dell'attività amministrativa.

<sup>30</sup> A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 33 e ss., per cui "il dovere è connesso al potere per curare e garantire un pubblico interesse". Secondo l'A. è il pubblico interesse ad avvicinare dovere e potere, dal momento che quest'ultimo è attribuito all'amministrazione solo perché ha il dovere di perseguire il pubblico interesse. Ciò che è importante, infatti, non è tanto capire la connessione tra

Il potere è lo strumento tramite il quale l'amministrazione persegue i suoi scopi. Scopi fissati dalla legge e che, pertanto, non consentono né una deviazione nel senso della sua finalizzazione verso obiettivi differenti, né il suo mancato esercizio.

Chiarito, dunque, che il potere amministrativo è una conseguenza del dovere di perseguire l'interesse generale affidato alla cura di una determinata amministrazione o, meglio, un mezzo mediante il quale si realizza lo scopo di tipo pubblicistico perseguito<sup>31</sup>, resta ora da capire in cosa si concretizzi e quando si configuri materialmente il dovere di provvedere.

## **1.2. La codificazione del dovere di provvedere e la sua configurabilità in concreto**

Se è vero che l'amministrazione è tenuta ad agire per ragioni connesse alla sua stessa esistenza, è altrettanto vero che l'affermazione generica del dovere di provvedere, in assenza di una specifica disposizione idonea a limitare la discrezionalità dell'amministrazione circa il *quando* dell'azione, non garantisce l'effettività della tutela<sup>32</sup>.

Tralasciando quanto si avrà modo di ricordare in occasione del discorso relativo all'interpretazione del silenzio dell'amministrazione, preme al momento evidenziare che prima dell'introduzione di uno specifico termine di conclusione del procedimento, sussisteva in capo ai privati la facoltà di limitare il margine di discrezionalità dell'amministrazione. Questi, infatti, come si vedrà, applicando in via analogica alcuni istituti creati dal legislatore con riferimento ai ricorsi gerarchici, potevano intimare all'amministrazione di adottare il provvedimento finale entro un certo termine, così riducendo in parte la sua autonomia.

Nonostante il ricorso a tali meccanismi, l'amministrazione restava, però, per lo più *padrona* del suo tempo, libera di decidere se e quando agire, non ravvisandosi nella legge, se non in alcune disposizioni settoriali, alcun limite in questo senso. La codificazione del dovere di provvedere si è avuta, infatti, solo con la legge sul procedimento amministrativo, che ha introdotto all'art. 2 il dovere dell'amministrazione di concludere il procedimento

---

potere e dovere, bensì la "sequenza, ovvero il fatto che prima viene il dovere. Si parte dal dovere di provvedere per arrivare alla cura dell'interesse pubblico e dunque alla discrezionalità".

<sup>31</sup> Sul punto, si v. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, che propone di porre in risalto, nell'ambito dell'attività amministrativa, "non la potestà, ma la doverosità, che della prima è causa, oltre che scopo". Il potere è, dunque, un mero strumento legato al dovere di provvedere, che ne è allo stesso tempo causa e scopo.

<sup>32</sup> L'importanza di una specifica disciplina del termine di conclusione del procedimento può essere ulteriormente valorizzata ricordando come proprio l'assenza di una disposizione di legge che imponesse l'adozione del provvedimento era considerata da U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei confronti della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 252, la ragione per cui non poteva configurarsi in capo all'amministrazione alcun obbligo di adottare il provvedimento. Come si vedrà meglio nel Capitolo III, infatti, l'A. nega che si possa attribuire alcun valore al silenzio, ivi compreso quello di inadempimento, appunto per la mancanza (nel momento in cui scriveva) di una precisa indicazione normativa.

mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro il termine stabilito dalla legge, indipendentemente dal fatto che il procedimento sia avviato d'ufficio ovvero su istanza di parte.

In virtù della finalizzazione dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, il legislatore ha imposto all'amministrazione di esercitare il potere sia, chiaramente, nelle ipotesi in cui è la stessa legge a prevederlo (perché individua specificatamente le condizioni in presenza delle quali è necessario avviare il procedimento), sia in quelle in cui il procedimento consegue *obbligatoriamente* all'istanza del privato<sup>33</sup>.

Si è detto, infatti, nel corso del paragrafo precedente che il potere di produrre vicende giuridiche è attribuito dalla legge proprio al fine di consentire il perseguimento degli interessi pubblici che giustificano l'esistenza stessa della pubblica amministrazione e che il dovere di agire e di attivarsi per soddisfare esigenze di natura pubblicistica investe l'intera attività amministrativa, ponendosi come vincolo funzionale, senza che rilevi, come si già avuto modo di evidenziare, la distinzione tra attività vincolata e discrezionale, dovendo essere entrambe limitate e al tempo stesso indirizzate verso l'interesse pubblico prescelto.

Ulteriori approfondimenti sembrano, però, opportuni. Se con riferimento all'attività vincolata è chiara la finalizzazione della stessa agli obiettivi predeterminati dall'ordinamento, lo stesso deve dirsi, seppure con qualche specificazione, con riguardo all'azione discrezionale. Anch'essa è volta al soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito, cosicché non può certamente dirsi libera nel fine<sup>34</sup>, ma, a ben guardare, nemmeno nella sua necessità.

L'essenza della discrezionalità si esaurisce, invero, nella ponderazione degli interessi in gioco e nella scelta relativa alle modalità dell'azione. Pure a fronte della crisi della capacità di previsione della legge e pure tenendo conto della possibilità che l'amministrazione costruisca in seno al procedimento la decisione finale, infatti, si ritiene che la discrezionalità non possa mai spingersi fino all'indirizzo del potere, essendo questo stabilito dalla legge al momento della sua stessa attribuzione, né che possa comprendere la decisione stessa di effettuare quella valutazione di interessi che ne costituisce il fulcro.

---

<sup>33</sup> Si v. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, fasc. 1, 99, per il quale assume sempre maggiore rilievo la situazione giuridica soggettiva che si connette al dovere di provvedere, nel senso di contribuire alla sua configurazione in concreto, "di modo che quel dovere sempre più viene a definirsi come "dovere di provvedere sull'istanza".

<sup>34</sup> Sul punto, si v. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 502, il quale ricorda come la discrezionalità non equivalga ad arbitrio, essendo sempre necessario perseguire la finalità pubblica individuata dalla norma attributiva del potere.

Così come anche nel caso di attività discrezionale l'amministrazione è pur sempre vincolata nel fine, dovendo comunque perseguire necessariamente ed esclusivamente l'interesse pubblico puntualmente individuato dalla legge, allo stesso modo essa non può decidere di non compiere gli atti utili per il conseguimento di quell'obiettivo, dovendo adottare tutte le misure necessarie per la sua realizzazione.

Per comprendere il passaggio appena svolto, sembra, però, necessario un chiarimento circa il significato che deve attribuirsi all'espressione discrezionalità nell'*an*, frequentemente adoperata in dottrina.

Si è soliti, infatti, distinguere tra discrezionalità nell' *an*, nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quando*<sup>35</sup>, riferendosi nel primo caso alla decisione stessa di adottare o meno un determinato provvedimento, nel secondo alla tipologia di atto da adottare, nel terzo alle modalità di esercizio del potere, ossia al contenuto puntuale dell'atto, e nell'ultimo ovviamente al momento dell'emanazione.

Nessun problema sorge con riguardo al secondo e al terzo tipo di discrezionalità. Quanto all'ultimo, invece, si rinvia a quanto si dirà tanto in merito all'individuazione del momento in cui si forma il silenzio giuridicamente rilevante, tanto in relazione all'intervento normativo con cui è stato espressamente inserito nell'ordinamento un termine di conclusione del procedimento con portata generalizzata.

Maggiore attenzione deve essere riservata, invece, in questa sede al primo aspetto, al potere discrezionale nell'*an*, intendendosi per tale il potere di cui dispone l'amministrazione ogniqualvolta le è rimessa la stessa valutazione circa l'opportunità di adottare o meno un provvedimento.

Il dovere di provvedere, infatti, non deve essere inteso come dovere di emanare un determinato provvedimento, ma riguarda la scelta (che si compie già nel procedimento e che sfocia comunque nella decisione) finale<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Tra i tanti, A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, la quale, in particolare, mette a confronto la discrezionalità nell'*an* e nel *quando*, criticando le posizioni di quanti tendono a confondere i due aspetti, ritenendo che entrambi "siano sempre e comunque riconducibili allo schema logico del se convenga emanare l'atto nell'uno o nell'altro momento". Secondo l'A., invece, nel caso di discrezionalità sia nell'*an* che nel *quando*, il problema del momento dell'emanazione sorge ovviamente soltanto quando l'amministrazione abbia ritenuto di dovere risolvere positivamente il primo interrogativo, reputando necessario intervenire nel caso di specie. Sul punto, si v. anche E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2008.

<sup>36</sup> In tal senso, E. GUICCIARDI, *Interesse occasionalmente protetto ed inerzia amministrativa*, cit., per il quale la discrezionalità amministrativa si esaurisce in due momenti: quello dell'accertamento dei presupposti e quello della scelta del provvedimento più adatto. Ora, certamente l'amministrazione non è tenuta ad attivarsi laddove non ravvisi le ragioni di interesse pubblico che giustificerebbero il suo intervento. Tuttavia, il problema si pone quando è il privato a segnalare, mediante appunto un'istanza, una situazione in cui si rende necessario verificare la sussistenza del pubblico interesse e la necessità di agire per garantirne la realizzazione (oltre ovviamente in questo caso il soddisfacimento dell'interesse privato che ha occasionato

Per questa ragione le prime ricostruzioni offerte dalla dottrina amministrativistica italiana del dovere di provvedere sono tutte legate alla necessità di spiegare il fenomeno dell'inerzia amministrativa a fronte di specifiche istanze rivolte dal privato. Se è vero, infatti, che laddove l'amministrazione disponga del potere discrezionale nell'*an* non è tenuta a rispondere in senso favorevole al privato, essendo appunto rimessa alla sua valutazione insindacabile (salvo il limite dell'eccesso di potere) l'opportunità del rilascio dell'atto richiesto, in assenza di un provvedimento espresso non è possibile nemmeno accertare che sia stato adempiuto il dovere di esame e ponderazione degli interessi in rilievo.

E', tra l'altro, interessante rilevare che proprio per ammettere la tutela del cittadino anche a fronte del silenzio amministrativo e per determinarne portata e limiti, la dottrina ha iniziato a occuparsi del dovere di provvedere dell'amministrazione, al fine di individuarne la configurabilità e l'essenza. È proprio il dovere di provvedere, infatti, a fare acquisire valenza giuridica al silenzio, ponendosi come violazione di quel precetto che, pure in assenza di una specifica disposizione di legge, è immanente all'ordinamento, derivando dalla stessa natura e ragion d'essere della pubblica amministrazione.

Gli studi sul dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un atto espresso sono stati, dunque, stimolati dalla ricerca di una spiegazione, o meglio di una giustificazione, per il riconoscimento della tutela giurisdizionale a fronte dell'inerzia amministrativa, che trova il suo fondamento nella violazione da parte dell'amministrazione competente di un dovere giuridico.

D'altronde, nonostante le diverse ricostruzioni dottrinali del silenzio, che saranno oggetto di esame nel terzo Capitolo, è possibile anticipare, al fine di approfondire il discorso relativo al dovere di provvedere, che le conclusioni cui, dopo anni di incertezze, la dottrina e la giurisprudenza sembrano essere giunte ruotano spesso attorno alla qualificazione del

---

l'azione amministrativa). L'amministrazione potrebbe legittimamente decidere di rimanere inerte nell'ipotesi in cui verificasse l'insussistenza dei presupposti, ma come può il privato sapere che la valutazione dell'interesse è stata effettuata e che è risultata negativa? O si desume dal comportamento o da altri atti dell'amministrazione oppure è necessario un provvedimento espresso da cui desumere i motivi dell'insussistenza dell'interesse pubblico e del conseguente rifiuto di provvedere. In senso opposto, si v. A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., secondo cui "attività discrezionale nell'*an* e obbligo di provvedere sembrano ruotare in sfere diametralmente opposte (almeno eccentriche) e mai destinate ad incontrarsi". Secondo l'A., non si potrebbe, da un lato, ammettere che l'amministrazione possa decidere se intervenire e, dall'altro, consentire a taluno di pretendere l'azione. L'unica eccezione sarebbe rappresentata, infatti, dall'ipotesi in cui la stessa amministrazione ponga dei vincoli alla propria attività originariamente (in base alla legge o, meglio, alle norme di azioni applicabili) discrezionale nell'*an*, rendendola, così, doverosa. Così anche S. FANTINI, *Considerazioni sull'obbligo di provvedere alla (ri) pianificazione urbanistica e sulla discrezionalità nel "quid"*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 8, 962, per il quale l'obbligo di provvedere elide la discrezionalità nell'*an* (secondo l'A. anche nel *quando* e "forse" nel *quomodo*, restando in capo all'amministrazione esclusivamente la discrezionalità nel *quid*).



silenzio in termini di violazione del dovere imposto all'amministrazione di adottare il provvedimento.

Nel tempo, come si vedrà, sono state superate - grazie soprattutto all'intervento normativo che non lascia, invero, spazio a ricostruzioni differenti – le tesi che attribuivano un significato provvedimentale all'inerzia amministrativa, con la conseguenza che oggi il rilievo giuridico del silenzio si giustifica, appunto, per la mera violazione del dovere che incombe sull'amministrazione di portare a termine il procedimento con l'adozione di un atto espresso<sup>37</sup>. In conclusione, dunque, già prima del riconoscimento positivo del dovere di provvedere, che si è avuto soltanto nel 1990, la dottrina collegava il fenomeno del silenzio alla sua violazione, configurandosi quale elemento essenziale dell'inerzia amministrativa, il solo idoneo ad attribuirvi rilievo ai fini soprattutto di consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale<sup>38</sup>.

Se non vi fosse il dovere di provvedere il silenzio non avrebbe alcun valore, equivarrebbe al nulla. L'inerzia assume portata patologica solo nel momento in cui si configura come violazione di un dovere giuridico, diversamente non potendosi produrre alcun effetto negativo per il mancato esercizio dell'azione.

Quanto poi alla fonte del dovere, come si avrà modo di chiarire anche in seguito, nonostante alcune rare voci richiedessero la necessità di un'apposita previsione normativa<sup>39</sup>, per lo più si riteneva che il dovere di provvedere si ricavasse dall'ordinamento, dalla natura e dallo scopo delle amministrazioni pubbliche.

In linea con quanto si è detto in precedenza, è il perseguimento dell'interesse pubblico a rendere doverosa l'azione amministrativa. Il dovere di soddisfare i pubblici interessi assume valore di vincolo con portata generale per l'amministrazione che, pure in assenza

---

<sup>37</sup> Si ricordi, incidentalmente, quanto già affermato nella parte introduttiva, con riferimento al rapporto tra silenzio rifiuto e silenzio inadempimento. Nonostante, infatti, nel corso della trattazione si parli in maniera generalizzata del dovere dell'amministrazione di concludere il procedimento mediante l'emanazione di un provvedimento espresso, si deve sempre considerare che la regola generale, in forza dell'art. 20 della l. n. 241/1990 è esattamente quella opposta, per cui il silenzio vale assenso, seppure limitatamente ai procedimenti a istanza di parte che sono, peraltro, quelli per i quali ovviamente sorgono maggiori problemi. Tuttavia, come si è avuto già modo di sostenere le eccezioni alla regola del silenzio-assenso sono talmente rilevanti che le questioni relative alla violazione del dovere di provvedere assumono una valenza notevole per il nostro sistema di diritto amministrativo.

<sup>38</sup> In questo senso, A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., per la quale l'obbligo di provvedere dell'amministrazione costituisce un presupposto imprescindibile per la formazione del silenzio-rifiuto. Ma si v. soprattutto U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., il quale afferma che il silenzio dell'amministrazione può acquisire rilievo giuridico solo laddove derivi dalla violazione di un obbligo imposto dalla legge e garantito processualmente. In realtà, seppure il pensiero dell'A. possa essere utilmente richiamato al fine di confermare la correlazione tra silenzio e dovere di provvedere, come si vedrà meglio nel Capitolo terzo e, in particolare, in sede di esame delle diverse ricostruzioni del silenzio amministrativo, l'A. nega valore al silenzio proprio per la mancanza del dovere che per lui può discendere esclusivamente da una disposizione normativa, non ravvisabile all'interno dell'ordinamento al momento del suo scritto.

<sup>39</sup> U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit.

di un'espressa disposizione di legge, è tenuta ad attivarsi per il raggiungimento dei suoi scopi.

Peraltro, è opportuno ribadire che il dovere di provvedere riguarda l'intera azione amministrativa, non limitandosi la sua portata all'attività vincolata, ma estendendosi anche a quella discrezionale, come efficacemente dimostrato da un'espressione elaborata in dottrina, quella di "discrezionalità doverosa"<sup>40</sup>, da cui si desume facilmente che il non uso del potere discrezionale importa violazione del dovere di agire per il perseguimento degli interessi pubblici, al pari di quanto avviene nel caso di attività vincolata.

La decisione circa l'adozione in concreto del provvedimento può manifestarsi con il silenzio solo nell'ipotesi di procedimenti avviati d'ufficio, nel senso che l'amministrazione può decidere di "archiviare" il procedimento quando nel corso dell'istruttoria si renda conto dell'insussistenza dei presupposti ovvero anche dell'inopportunità di una certa azione. Diversamente nei procedimenti su istanza di parte la verifica dell'adempimento del dovere di provvedere, solo, però, nei casi in cui sia effettivamente sussistente e comunque salvo ovviamente i casi di silenzio-assenso, passa necessariamente attraverso l'adozione di un provvedimento espresso, sia pure negativo.

La discrezionalità nell'*an* consente, infatti, all'amministrazione di rifiutare l'atto richiesto dal privato anche per mere ragioni di opportunità – fermo sempre il limite dell'eccesso di potere - ma non di restare inerte, senza prendere in alcuna considerazione la pretesa del cittadino, o meglio gli interessi in gioco, salvo i limiti che si evidenzieranno nel corso del paragrafo dedicato, appunto, all'individuazione dei casi in cui effettivamente sorge in concreto il dovere di provvedere<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> V.C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, per il quale dal dovere di agire per soddisfare pubblici interessi deriva il dovere di provvedere, quale vincolo giuridico cui l'amministrazione non può sottrarsi nemmeno nello svolgimento dell'attività discrezionale.

<sup>41</sup> Quest'ultimo dovere, in qualche modo corrisponde al dovere d'ufficio che incombe sui pubblici funzionari<sup>41</sup>, i quali sono tenuti a svolgere la loro attività avviando il procedimento che costituisce espressione della funzione amministrativa, nonché sede in cui deve essere operata la ponderazione di interessi di cui tanto si è parlato. A tal proposito, si v. U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo (*Note critiche*), in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, I, Padova, 1931, è il dovere di agire o dovere d'ufficio ad attribuire valore giuridico al procedimento, con la conseguenza che anche in assenza di un'espressa volontà dell'organo competente si producono ugualmente alcuni effetti i quali traggono origine dall'attività preparatoria che costituisce adempimento del dovere d'ufficio. Si ricordi che anche F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., affianca il dovere di provvedere al dovere d'ufficio, specificando, però, che quest'ultimo ha ad oggetto un'azione volta all'eventuale esercizio del potere e nel caso di inadempimento non può parlarsi di illecito nei confronti dei privati, posto che la pretesa viene in rilievo solo con riferimento al dovere di provvedere; diversamente quest'ultimo (definito in realtà obbligo dall'A. che ravvisa in capo al cittadino che presenta la richiesta una posizione di diritto soggettivo – sul punto si rinvia al paragrafo appositamente dedicato alla natura di dovere o obbligo di pronuncia) riguarda la pronuncia volta ad esprimere il risultato dell'azione e nel caso di inerzia si configura un illecito nei confronti del privato.

Tale dovere si traduce, allora, in dovere di agire, di prendere in esame l'istanza del privato ovvero di verificare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge per i procedimenti che debbono essere avviati d'ufficio.

### **1.3. Il dovere di procedere come presupposto del dovere di provvedere. Previsioni normative ed esigenze di giustizia sostanziale**

Al fine di accertare quando sussiste in concreto il dovere di provvedere, è necessario, dunque, spostare i termini della questione nel senso di porsi come obiettivo l'individuazione delle ipotesi in cui sorge per l'amministrazione un dovere di procedere.

La previsione della necessità di concludere il procedimento entro i termini, contenuta nell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, e che costituisce pacificamente il fondamento normativo del dovere di provvedere, presuppone che un dato procedimento sia stato avviato<sup>42</sup>.

L'art. 2, infatti, nel disporre che *“ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la p.a. ha il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso”*, muove dall'antecedente logico che l'amministrazione, vuoi su istanza di parte vuoi d'ufficio, abbia dato inizio a un procedimento.

Tuttavia, se la legge chiaramente impone all'amministrazione di adottare un provvedimento finale ogniqualvolta un procedimento sia stato avviato<sup>43</sup>, non si rinvengono specifiche disposizioni foriere di un dovere di avvio del procedimento. O meglio, è necessario distinguere tra le ipotesi in cui il procedimento abbia inizio d'ufficio e quelle in cui consegua a un'istanza presentata dal privato.

Nel primo caso è la legge a stabilire che in presenza di determinate circostanze l'amministrazione è tenuta ad avviare il procedimento. Non si configurano, pertanto, particolari problemi nell'individuare uno specifico dovere di avvio del procedimento tutte le volte in cui sia lo stesso dato normativo a imporlo.

Più complessa appare, invece, la situazione quando il procedimento trova la sua origine nell'istanza di un privato ovvero di un'altra amministrazione<sup>44</sup>. In realtà, posto che con

---

<sup>42</sup> “Il silenzio è un accadimento (un fatto giuridicamente rilevante) che può verificarsi soltanto nell'ambito del procedimento amministrativo, e non può verificarsi né prima che questo prenda avvio né dopo che esso sia stato completato”. Così, M. D'ORSOGNA – F.G. SCOCA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, fasc. 3, 393. Si v. anche M. RENNA – F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, 2009, Roma, per cui è ovvio che “non può esistere alcun obbligo di provvedere, a valle, laddove, a monte, non sussista concretamente un obbligo di procedere”.

<sup>43</sup> Si v., però, quanto detto sul silenzio-assenso nella parte introduttiva.

<sup>44</sup> Nel caso di procedimenti su istanza di parte la dottrina, a fini meramente chiarificatori e senza alcun riflesso pratico, è solita distinguere l'ipotesi in cui l'iniziativa è privata, parlando in questo caso di istanza in senso proprio, presentata dal cittadino ed espressione della sua autonomia, da quella in cui l'istanza assume

riferimento all'iniziativa di un altro soggetto pubblico vi è sempre una norma che abilita alla presentazione dell'istanza (richiesta o proposta), il problema del dovere di procedere si pone soltanto in relazione ai privati<sup>45</sup>.

Dal momento che qui non è l'ordinamento ad assicurare l'opportunità di un intervento del soggetto pubblico, la domanda che bisogna porsi è se sussista un dovere di procedere a fronte di qualsiasi istanza del cittadino<sup>46</sup>. O meglio, è necessario capire come debba essere interpretato l'avverbio *obbligatoramente* che il legislatore utilizza nell'art. 2 con riferimento ai casi in cui il procedimento segua a un'iniziativa di parte.

Infatti, delle due l'una. O si ritiene che la finalizzazione dell'azione amministrativa all'interesse pubblico comporti sempre in capo all'amministrazione il dovere di provvedere in concreto, vuoi che venga in rilievo perché la legge espressamente lo prevede vuoi perché stimolato dal privato. Oppure, se il dovere di provvedere non rappresenta un'immediata ed esclusiva conseguenza dell'attribuzione del potere in vista del perseguimento di finalità di tipo pubblicistico<sup>47</sup>, è necessario verificare quali siano e quando sussistano le eventuali ulteriori e diverse condizioni perché possa configurarsi un vero e proprio dovere per l'amministrazione di avviare il procedimento.

---

la forma di atto amministrativo perché proveniente da un altro soggetto pubblico. In questo secondo caso, si parla di richiesta o proposta a seconda del contenuto. In particolare, si configurerà una proposta nel caso in cui l'istanza abbia anche un contenuto valutativo e, in base all'idoneità o meno della proposta di imporre all'amministrazione di adottare un provvedimento conforme, si distinguerà tra vincolante e non vincolante. Quando, invece, l'atto di iniziativa si limita a sollecitare l'esercizio del potere da parte di un'altra amministrazione, allora, si parlerà di richiesta. In questo senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

<sup>45</sup> Si v. G. MORBIDELLI, Il procedimento amministrativo, in MAZZAROLLI L. – PERICU G. – ROMANO A. - ROVERSI MONACO F.A. - SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 597, secondo cui la richiesta o la proposta mediante le quali si esprime l'iniziativa pubblica sono sempre abilitate da una statuizione normativa. D'altronde, ricorda l'A., si tratta di veri e propri atti amministrativi, preceduti da un procedimento amministrativo che si inserisce funzionalmente in quello avviato a seguito dell'istanza.

<sup>46</sup> Già E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro Padano*, 1956, fasc. 1, 175, si preoccupava di chiarire se il dovere di provvedere costituisse un obbligo meramente formale, scaturente dalla proposizione di una qualsiasi istanza, ovvero se presupponesse, oltre la materiale presentazione della domanda, anche una legittimazione sostanziale del soggetto istante, propendendo, infine, per la seconda soluzione e motivando soprattutto in ordine alle gravi conseguenze pratiche derivanti all'amministrazione da un obbligo generalizzato di pronunciarsi su ogni richiesta, indipendentemente da un interesse sostanziale.

<sup>47</sup> In questo senso, A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., per la quale far derivare la doverosità dell'azione dall'attribuzione del potere costituirebbe "un'irrealistica enfaticizzazione del profilo finalistico posto a base dell'attribuzione normativa del potere". Secondo l'A. il legame tra il dovere di provvedere e il potere entrerebbe in crisi almeno ogniqualvolta l'amministrazione sia dotata di un potere discrezionale nell'*an*, non potendosi considerare l'inerzia amministrativa sempre al pari di un modo di esercizio del potere, alla luce della valutazione della situazione di fatto e di una precisa scelta dell'amministrazione. Vi sarebbero, cioè, casi in cui l'inerzia si configura quale mera inattività conseguente alla mancata considerazione della fattispecie che, tuttavia, non si qualifica come fatto illecito. L'attribuzione del potere è vista allora come una mera "preordinazione, da parte dell'ordinamento e nell'ambito di compiti organizzativi, di una sorta di armamentario idoneo – se e quando utilizzato – a perseguire specifici interessi pubblici".

Solo una volta verificato il dovere di avviare il procedimento è, allora, possibile affermare anche l'esistenza del dovere di concluderlo<sup>48</sup>.

La questione, d'altra parte, non è certo di scarsa importanza. La necessità che l'amministrazione inizi un procedimento a fronte di una qualsiasi istanza piuttosto che solo in presenza di determinate condizioni ha, infatti, significative ripercussioni sulla conformità dell'azione amministrativa a quei criteri di economicità, efficienza ed efficacia di cui l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo impone il rispetto<sup>49</sup>.

Proprio al fine di evitare che l'amministrazione utilizzi tempo e risorse per qualsiasi domanda pervenuta dal privato e li conservi per le sole fattispecie in cui effettivamente sussiste il dovere di procedere, la dottrina ha ritenuto necessario prima di tutto distinguere le istanze tipizzate dalle altre richieste indirizzate ai pubblici uffici<sup>50</sup>.

Nel primo caso, il proponente è certamente titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, riconosciuta tale dallo stesso ordinamento nel momento in cui attribuisce al cittadino il potere di presentare una specifica domanda a fronte della quale sorge necessariamente in capo all'amministrazione il dovere di procedere e di provvedere<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Secondo C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri – sanzioni – rimedi*, Milano, 1992, "il dovere di agire appare, pertanto, come l'essenziale presupposto qualificatore dell'inerzia". Solo, infatti, nel caso in cui sussista un dovere di agire acquista rilevanza giuridica l'eventuale inadempimento, dal quale deriva la necessità che l'ordinamento fornisca misure idonee a contrastare l'inerzia. Sulla differenza tra dovere di procedere e dovere di provvedere si v. G. SORICELLI, *L'obbligo di concludere il procedimento e la questione del silenzio*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1996, fasc. 10-11, pt. 2, 1113-1138, per il quale solo in caso di sussistenza del primo sorge anche il secondo. Il dovere di procedere rappresenta, dunque, una fase anteriore allo stesso procedimento, in cui devono essere verificati i presupposti per l'esercizio del potere.

<sup>49</sup> Il problema è affrontato da F. FIGORILLI – A. GIUSTI, *Articolo 2. Conclusione del procedimento*, in PAOLANTONIO N. – POLICE A. – ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 137, secondo cui la necessità di verificare quando l'amministrazione è effettivamente tenuta ad avviare un procedimento, a fronte dell'istanza di parte, sorge dall'esigenza di contemperare le ragioni di economicità, snellezza ed efficacia dell'azione amministrativa con i principi di imparzialità e buon andamento. A tal fine, in assenza di uno spunto normativo, è necessario analizzare le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza nel corso del tempo. Secondo L. CESARINI, *I tempi del procedimento e il silenzio*, in B. CAVALLLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, i principi di economicità e ragionevolezza devono essere applicati al fine di individuare un rapporto obbligatorio tra amministrazione e privato che solo giustifica il dovere di provvedere. Tuttavia, secondo l'A., mentre nei procedimenti d'ufficio può venir meno l'obbligo di provvedere qualora si accerti l'insussistenza dei presupposti di esercizio del potere, nel caso di procedimenti su istanza di parte si instaura sempre un rapporto formalizzato che impone di tutelare la legittima aspettativa del privato con l'adozione di un provvedimento espresso.

<sup>50</sup> A. SCOGNAMIGLIO, *Istanze alla pubblica amministrazione* (voce), in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3285-3286, afferma che il problema di individuare le fattispecie in cui è configurabile il dovere di procedere deve essere risolto, prima di tutto, applicando il criterio della tipicità, per cui detto obbligo deve ritenersi sussistente almeno tutte le volte in cui sia la legge ad attribuire ai privati il potere di presentare un'istanza. Diversamente, l'amministrazione non è tenuta a far fronte a quelle domande non previste da alcuna disposizione di legge e che, pertanto, non corrispondono a un potere tipico.

<sup>51</sup> In questo senso, R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, secondo cui il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso sorge certamente in presenza di un'istanza tipizzata, ossia qualificata dalla legge come necessaria per l'avvio di un dato procedimento. L'A. richiama anche F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in

La considerazione appena svolta, tra l'altro, sembra ridurre notevolmente la portata della questione prospettata. La proliferazione normativa che caratterizza il nostro ordinamento e, in particolare, il campo del diritto amministrativo lascia supporre che non residuino ampi margini di iniziativa in capo al privato che necessiti dell'azione amministrativa per soddisfare i suoi interessi.

Tuttavia, per tutte quelle ipotesi in cui manchi il supporto normativo occorre volgere lo sguardo alla giurisprudenza e alla casistica elaborata in materia di ricorsi avverso il silenzio. Senza anticipare il discorso relativo ai poteri del giudice amministrativo nel rito speciale, oggi disciplinato dal codice del processo amministrativo agli artt. 31 e 117, è sufficiente in questa sede ricordare che il giudice adito per far valere l'inerzia dell'amministrazione è tenuto, prima di tutto, a verificare la legittimità o meno del silenzio e, poi, di conseguenza a condannare eventualmente all'adozione del provvedimento.

Per capire quando il silenzio serbato possa dirsi illegittimo è, dunque, necessario riprendere le fila del discorso relativo al dovere di procedere. Di illegittimità potrà, infatti, parlarsi solo quando sussista in capo all'amministrazione un dovere di procedere, non configurandosi diversamente la necessità, assicurata dallo strumento processuale ricordato, di concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

D'altra parte l'intervento pretorio è utile al fine di distinguere le ipotesi in cui, a fronte di un'istanza non tipizzata, si configura comunque un dovere di procedere, e conseguentemente di provvedere, da quelle in cui la domanda del privato assume il valore di mera denuncia.

E invero, al fine di garantire maggiormente il cittadino a fronte dell'inerzia amministrativa, la giurisprudenza ha ampliato in maniera significativa il catalogo delle situazioni in cui sorge il dovere dell'amministrazione di provvedere pure in assenza di una previsione espressa. In particolare, è stato chiarito che la necessità di concludere il procedimento entro i termini non deriva esclusivamente da leggi, regolamenti o comunque atti amministrativi, ma anche dai principi generali che reggono il diritto amministrativo<sup>52</sup>.

---

*Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, per cui quando la posizione soggettiva dell'istante è considerata e protetta direttamente dalla legge vi è sempre un obbligo per l'amministrazione di provvedere.

<sup>52</sup> Si veda la ricostruzione offerta da M. ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli-Roma, 2010, il quale richiama i diversi principi da cui può ricavarsi il dovere (secondo l'A. l'obbligo) dell'amministrazione di provvedere. Prima di tutto, egli fa riferimento al principio di imparzialità, ad esempio per i casi in cui si chiedi il riesame di un atto divenuto inoppugnabile a seguito di un nuovo orientamento dell'ente che abbia modificato *in melius* la situazione giuridica di soggetti che si trovino nella medesima posizione dell'istante. Il secondo principio richiamato è quello di buon andamento, invocabile ogniqualvolta l'amministrazione, con il suo comportamento, abbia ingenerato l'affidamento del privato. Ulteriori principi che possono, poi, essere fonte del dovere di provvedere sono quelli di legalità, lealtà e buona amministrazione, quando il privato abbia una legittima aspettativa a conoscere la portata della

Il dovere giuridico di provvedere, infatti, può fondarsi sul principio di imparzialità<sup>53</sup>, su quello di buon andamento e, finanche, su quello di legalità<sup>54</sup>, configurandosi anche in questi casi un vero e proprio dovere di procedere, al pari di quanto avviene in presenza di un'istanza tipizzata, sulla base di ragioni di giustizia sostanziale che impongono di esaminare tutte le domande che non appaiano manifestamente inammissibili alla luce dei principi generali di ragionevolezza, correttezza e buona fede<sup>55</sup>. Il dovere di procedere trova, così, la sua fonte non già nell'art. 2 della l. n. 241/1990, bensì nell'art. 97 Cost. nella parte in cui prescrive il rispetto di un principio generale di buona amministrazione<sup>56</sup>.

La giurisprudenza riconosce, dunque, il dovere di provvedere anche in assenza di un'istanza tipizzata quando sussistano ragioni di giustizia ed equità idonee a giustificare e legittimare l'affidamento del privato in una risposta dell'amministrazione<sup>57</sup>. In particolare, si tratta, a titolo esemplificativo, delle ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva del privato appaia differenziata e qualificata rispetto alla generalità dei consociati ovvero sia individuabile un rapporto preesistente tra amministrazione e cittadino o, infine, quando, in

---

decisione amministrativa. Infine, l'A. richiama il principio di trasparenza, ritenendo che anch'esso possa essere invocato per affermare la necessità di un provvedimento espresso.

<sup>53</sup> Così, Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 1986, n. 730, in *Foro amm.*, 1986, 2402, che fa riferimento all'ipotesi in cui si chieda il riesame di un atto inoppugnabile quando, in virtù di un mutato orientamento dell'amministrazione, sia stata modificata *in melius* la posizione giuridica di soggetti che si trovino nella medesima situazione del richiedente.

<sup>54</sup> In termini, Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 1991, n. 250, in *Foro amm.*, 1991, 722.

<sup>55</sup> In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, fasc. 9, 1954; Tar Campania, sez. II, 10 aprile 2008, n. 547, in *Diritto & Giustizia*, 2008, secondo cui sorge in capo all'amministrazione il dovere di provvedere tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni della determinazione amministrativa; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 29 maggio 2003, n. 903, in *Foro amm. Tar*, 2003, 1798.

<sup>56</sup> In questo senso, si v. R. DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 6, 694, per cui la "buona amministrazione" comporta la necessità di rispondere alle richieste dei privati anche laddove non sussista uno specifico obbligo di procedere, ma la natura degli interessi in gioco sia tale da configurare in capo al richiedente una legittima aspettativa a una risposta espressa. In applicazione della regola di cui all'art. 97 Cost., l'A. giustifica l'inerzia dell'amministrazione solo nei casi in cui la domanda esorbiti palesemente la competenza dell'organo adito, ritenendo, invece, sempre necessaria una decisione espressa ogniqualvolta si ponga un problema di infondatezza della domanda. E invero, secondo l'A., in alcun modo l'amministrazione può restare inerte soltanto perché ritiene che l'istanza non sia accoglibile nel merito, anche perché una simile possibilità contrasterebbe con la previsione di cui all'art. 10bis, l. n. 241/1990, che impone, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, la comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda.

<sup>57</sup> R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., afferma che la giurisprudenza mira, dunque, ad ampliare le forme di tutela nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione anche in mancanza di una specifica disposizione. Pertanto, l'amministrazione è tenuta a provvedere ogniqualvolta con il suo comportamento abbia comportato l'insorgere di un'aspettativa ragionevole circa l'avvio del procedimento. La conferma del fatto che l'ordinamento tenda ad ampliare le ipotesi in cui sussiste il dovere di provvedere, così da tutelare maggiormente il privato a fronte dell'inerzia amministrativa, sembra provenire anche dal dato positivo. Sembra opportuno, infatti, ricordare che il nuovo art. 19 della legge sul procedimento amministrativo consente al terzo leso dalla presentazione di una s.c.i.a. di stimolare i poteri di controllo dell'amministrazione, con conseguente possibilità, in caso di inerzia, di ricorrere avverso il silenzio. Si tratta, dunque, di un caso in cui è la stessa legge a prevedere che a fronte della richiesta del privato l'amministrazione deve attivarsi, ferma poi la possibilità di decidere di non esercitare i poteri repressivi, denegando espressamente la richiesta del terzo.

relazione alla natura della fattispecie, risulti necessario al fine di consentire al privato di adire la giurisdizione per far valere le proprie ragioni<sup>58</sup>.

A fronte, però, di numerose sentenze che dichiarano l'illegittimità del silenzio e, di conseguenza, riconoscono il dovere di provvedere, si rinvencono nella giurisprudenza amministrativa anche importanti esempi di istanze inammissibili per le quali non sorge in capo all'amministrazione alcun dovere. Ciò accade, prima di tutto, nei casi in cui manchi la legittimazione del soggetto perché la sua posizione risulta indifferenziata rispetto a quella di qualsiasi altro soggetto.

Scendendo più nel particolare, la giurisprudenza maggioritaria nega tendenzialmente la sussistenza del dovere di procedere con riferimento alle domande di riesame in autotutela di un provvedimento amministrativo non più impugnabile ovvero alle richieste di estendere *ultra partes* gli effetti favorevoli di una pronuncia passata in giudicato<sup>59</sup>.

Sempre dalle sentenze emerge, infine, che spesso il dovere di procedere non sussiste per ragioni di incompetenza<sup>60</sup>. E questo sia nelle ipotesi di incompetenza assoluta che relativa,

---

<sup>58</sup> *Ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 1 dicembre 2010, n. 34860, in *Foro amm. Tar*, 2010, fasc. 12, 3834, per cui l'obbligo di provvedere può scaturire, oltre che da un'esplicita previsione normativa, dalla natura della fattispecie, soprattutto quando ciò sia necessario per garantire al privato la possibilità di rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere tutela; Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Resp. civ. e previdenza*, 2007, fasc. 9, 1954, che riconosce l'obbligo dell'amministrazione di procedere laddove sussista in capo all'istante uno specifico e rilevante interesse idoneo a differenziare la sua posizione da quella generalizzata della collettività, tanto in presenza di una specifica disposizione normativa quanto per ragioni di giustizia ed equità, in ossequio al dovere di correttezza e buona fede; Tar Lazio, sez. III bis, 4 aprile 2006, n. 2362, *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 4, 1377, secondo cui il dovere di provvedere può derivare anche da principi generali o dalla peculiarità della fattispecie, come quella oggetto del giudizio in cui, pur venendo in rilievo un aspetto organizzativo (la riapertura delle Scuole di specializzazione in Odontostomatologia), l'inerzia amministrativa incideva anche sulla posizione differenziata di affidamento del ricorrente; Tar Lazio, Roma, sez. II, 24 febbraio 2004, n. 1698, in *www.giustamm.it*, in cui si afferma il dovere di provvedere quando è stata presentata un'istanza volta all'accertamento di un obbligo relativo al rapporto intercorrente tra le parti; Tar Campania, Salerno, sez. I, 9 gennaio 2004, n. 6, in *Foro amm. Tar*, 2004, 205, per cui a prescindere dall'esistenza di una specifica norma impositiva dell'obbligo, questo sussiste quando, in conformità ai doveri di correttezza e buona amministrazione, sorge per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni della determinazione della p.a.

<sup>59</sup> Per un esame delle diverse fattispecie esaminate dalla giurisprudenza amministrativa si v. M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 1, 103. In particolare, oltre ai casi di inammissibilità della domanda per ragioni legate alla legittimazione, si prendono in considerazione anche le ipotesi di domande manifestamente infondate, palesemente abnormi, manifestamente irragionevoli o assurde. Si v. anche A. ROMEO, *Brevi note in tema di silenzio della p.a. e obbligo di provvedere*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 3481.

<sup>60</sup> Secondo U. FORTI, *Il "silenzio della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali"*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1993, vol. I, 532, l'incompetenza dell'ente adito costituirebbe l'unico caso in cui non sussiste il dovere di provvedere. Come si chiarirà meglio nel Capitolo III del presente lavoro, infatti, la ricostruzione del silenzio in termini di rifiuto dell'istanza del privato trovava il suo fondamento esclusivamente in ragioni di carattere processuale, al fine di consentire al cittadino leso dall'inerzia dell'amministrazione di ricorrere al giudice anche in assenza di un provvedimento espresso. Ora, secondo l'A., di silenzio giuridicamente rilevante si può parlare solo in presenza del dovere di provvedere e, dato che l'attribuzione del significato negativo risponde a mere esigenze processuali, si giustifica un'interpretazione particolarmente ampia del dovere di provvedere, tale che può essere escluso solo nelle ipotesi di



non potendosi configurare un dovere giuridico di provvedere in capo a chi sia privo del correlato potere.

Le pronunce che escludono il dovere di provvedere con riferimento ai casi di incompetenza dell'organo adito confermano, dunque, l'esistenza di una stretta connessione tra dovere e potere, nel senso che è possibile individuare il primo solo laddove contestualmente sussista il potere in capo a quel determinato soggetto<sup>61</sup>.

Ancora, diverse decisioni negano la sussistenza del dovere di provvedere in presenza di istanze manifestamente infondate<sup>62</sup> ovvero per l'assurdità della richiesta. Si rinvergono, infatti, numerosi casi in cui il giudice ha affermato la legittimità del silenzio a causa della palese inammissibilità dell'istanza, anche, talvolta, perché priva dei requisiti di forma necessari<sup>63</sup>.

La sussistenza del dovere di provvedere in concreto, in ogni caso, non sembra ricollegata alla natura discrezionale del provvedimento, potendosi configurare tanto in presenza di un'attività vincolata che discrezionale. Anche quando l'amministrazione dispone di discrezionalità nell'*an*, questa è riferita alla scelta di incidere o meno sulla realtà giuridica, non, invece, alla necessità di ponderare gli interessi in rilievo, sussistendo un vero e

---

incompetenza del soggetto cui è stata rivolta la domanda, dovendo, invece, ritenersi sussistente in tutte le altre ipotesi.

<sup>61</sup> In termini, A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., il quale ricava proprio dalla giurisprudenza che nega l'esistenza del dovere, o perché la domanda sia stata rivolta a un'amministrazione assolutamente incompetente, anche a seguito di un eventuale trasferimento di funzioni, oppure anche nelle ipotesi di incompetenza relativa, la conferma del nesso tra dovere e potere, per cui il dovere di provvedere in qualche modo presuppone il potere di adempiere. Il dovere giuridico di adempiere, quindi, passa da "parte latente o limite interno del potere a situazione giuridica a sé, distinta ma connessa" (p. 106).

<sup>62</sup> In termini, *ex pluribus*, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2011, n. 1149, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 7/8, 2549, per cui l'obbligo di provvedere presuppone che l'istanza non appaia subito irragionevole ovvero risulti all'evidenza infondata; Tar Puglia, Bari, sez. II, 22 marzo 2011, n. 457, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 3, 970, che afferma che l'obbligo non sussiste allorché l'istanza sia manifestamente infondata; Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Resp. civile e previdenza*, 2007, fasc. 9, 1954; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 26 novembre 2004, n. 8290, in *Foro amm. Tar*, 2004, 3494; Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3129; 22 giugno 2004, n. 4455, *ivi*, 1707; 11 giugno 2002, n. 3256, *ivi*, 2002, 1413; sez. V, 8 marzo 2001, n. 1354, in *Foro amm.*, 2001, 502; sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 26 febbraio 2011, n. 216, in *www.giustamm.it*, che chiarisce che i principi di trasparenza e collaborazione non giustificano l'utilizzo di risorse pubbliche per far fronte a proposte che si appalesino inutili o manifestamente infondate.

<sup>63</sup> Sul punto, si v. L. CESARINI, *I tempi del procedimento e il silenzio*, cit., per cui l'amministrazione è tenuta a rispondere anche qualora ciò sia necessario al solo scopo di rigettare la domanda per ragioni procedurali ovvero di incompletezza o di indeterminatezza della domanda. Tuttavia, nonostante quanto espresso dalle pronunce richiamate e dalla dottrina a supporto di un simile orientamento, sembra necessario un chiarimento in ordine alla possibilità di ritenere legittimo il silenzio dell'amministrazione a fronte di una domanda carente dei requisiti formali ovvero indirizzata a un organo incompetente. Vero è che la giurisprudenza si è più volte espressa in questo senso, ma non si può non ricordare la sussistenza in capo all'amministrazione di un "dovere di soccorso" (espressione coniata nell'ambito della materia dei contratti pubblici) che dovrebbe ridurre notevolmente le ipotesi di silenzio giustificato dalla mancanza di presupposti formali nell'istanza. E invero, l'art. 6 della l. n. 241/1990, che disciplina i compiti del responsabile del procedimento, enuclea anche il potere di "chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete".

proprio dovere ogniqualvolta sia previsto dalla legge o giustificato da ragioni di giustizia sostanziale<sup>64</sup>.

#### **1.4. L'insussistenza di un dovere generalizzato di procedere e di provvedere**

Alla luce di quanto finora osservato, sembra doversi accogliere, al fine di individuare un dovere dell'amministrazione di procedere, la distinzione tra istanze tipizzate, o comunque ad esse equiparate in virtù di ragioni di giustizia sostanziale, e domande assolutamente inidonee a sollecitare l'esercizio del potere amministrativo, non potendosi diversamente condividere l'assunto, pure espresso in dottrina, di un dovere generalizzato di procedere<sup>65</sup>.

In particolare, alcuni sostenitori di detto ultimo orientamento individuano il fondamento del dovere dell'amministrazione di fare fronte a qualsivoglia istanza del privato in forza di un'equiparazione del procedimento amministrativo al processo. La tesi muove dal presupposto che nell'ambito processuale non vi sono domande cui non segua un processo, seppure debba concludersi con una pronuncia meramente di rito<sup>66</sup>.

Secondo parte della dottrina il procedimento costituirebbe, al pari del processo, l'unico strumento a disposizione del soggetto pubblico per effettuare quella valutazione

---

<sup>64</sup> In questo senso, G. SORICELLI, *L'obbligo di concludere il procedimento e la questione del silenzio*, cit., che richiama l'orientamento giurisprudenziale per cui l'obbligo di provvedere sussiste non soltanto in presenza di atti dovuti, ma anche discrezionali, purché il privato sia titolare di una posizione giuridica qualificata o comunque sussistano quelle ragioni di giustizia e di equità che impongono l'adozione di un provvedimento. Sul punto si v. anche F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., per il quale il contenuto del dovere in questione non è l'esercizio del potere ma "l'agire per l'esercizio (eventuale) del potere". La discrezionalità riguarda, dunque, l'opportunità di adottare o meno un dato provvedimento a seguito di un procedimento, non, invece, la necessità di agire che, salvo i casi di incompetenza dell'autorità adita, deve essere sempre riconosciuta come doverosa.

<sup>65</sup> Nell'affermare che l'obbligo dell'amministrazione di rispondere costituisce un antecedente logico del dovere di provvedere, D. GIORGIO, *Precetto penale e precetto amministrativo a confronto per la individuazione di una diversa rilevanza giuridica della inerzia della pubblica amministrazione*, cit., chiarisce che a fronte di ogni domanda del privato sorge per l'amministrazione l'obbligo di valutare la sussistenza del dovere di provvedere. Tale valutazione comporta la necessità di instaurare un procedimento cui il privato può partecipare, nonché l'obbligo di comunicare l'eventuale insussistenza del dovere di provvedere.

<sup>66</sup> M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, cit. L'A. sottolinea come sussista un'importante differenza tra il procedimento e il processo, dal momento che a fronte di una domanda inammissibile, se nel procedimento non sorge alcun obbligo per l'amministrazione di procedere, arrestandosi la valutazione circa i presupposti a una fase anteriore allo stesso procedimento, nel processo è comunque necessaria una pronuncia, seppur di rito, con la conseguenza che, a ben guardare, un dovere di provvedere sussiste anche a fronte di domande manifestamente inammissibili. Secondo l'A., infatti, mentre nel campo processuale non esistono "ricorsi senza processo", nel procedimento possono configurarsi "atti di impulso procedimentale senza procedimento". Sul punto, si v. anche S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit., che critica l'impostazione in base alla quale l'obbligo di provvedere non riguarderebbe tutte le istanze presentate all'amministrazione, bensì solo quelle aventi i presupposti formali. Secondo l'A. non vi sarebbe, infatti, molta differenza tra l'inerzia a fronte di un'istanza fondata, o quantomeno indirizzata all'amministrazione competente o comunque dotata dei requisiti di forma, e quella serbata "in caso di carenza dei presupposti dell'atto di iniziativa". Posto, infatti, che in entrambi i casi vi sarebbe un affidamento del cittadino, nella seconda ipotesi considerata l'amministrazione dovrebbe agire quantomeno per comunicare la propria incompetenza ovvero l'assenza dei requisiti formali.

preliminare all'esame della fondatezza dell'istanza e volta esclusivamente ad accertare la sussistenza dei presupposti in presenza dei quali l'amministrazione deve agire. Peraltro, una simile impostazione sarebbe in linea con la necessità di rispettare un principio di trasparenza che non ammette una prassi amministrativa che abiliti il funzionario a non avviare un procedimento a fronte di una domanda ritenuta inammissibile o comunque infondata "già in partenza"<sup>67</sup>.

La tesi della generalizzazione del dovere di provvedere non sembra, però, possa essere accolta. Tralasciando alcuni elementi, pure richiamati dalla dottrina impegnata in generale a contrastare la *processualizzazione* del procedimento amministrativo<sup>68</sup>, pare che il limite più grande sia costituito proprio dal rimedio processuale offerto dal legislatore per far valere l'illegittimità del silenzio della pubblica amministrazione.

Come si è avuto modo di ricordare, seppure incidentalmente, anticipando la descrizione di un istituto che sarà più approfonditamente trattato nel corso del terzo Capitolo, compito precipuo del giudice del rito speciale è prima di tutto stabilire in quali casi il silenzio serbato dall'amministrazione possa dirsi legittimo e in quali, invece, debba esserne dichiarata l'illegittimità<sup>69</sup>. Ferma restando l'attuale attribuzione, frutto dell'evoluzione prima giurisprudenziale e poi normativa, della facoltà per il giudice del silenzio di valutare anche la fondatezza della pretesa, pur certo entro determinati limiti<sup>70</sup>, il primo compito del giudice era di esaminare la domanda del privato al fine di verificare la legittimità del silenzio, di talché avrebbe potuto condannare l'amministrazione ad adottare il provvedimento conclusivo solo laddove fosse stato ritenuto sussistente il dovere di provvedere.

---

<sup>67</sup> M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, cit.

<sup>68</sup> Sull'inopportunità di ricavare la disciplina del procedimento amministrativo da quella del processo si v. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, per il quale non è possibile equiparare il procedimento al processo in quanto destinati a raggiungere finalità distinte. Il primo, infatti, è caratterizzato dalla necessità di perseguire determinati interessi pubblici, il secondo, invece, mira precipuamente a fornire tutela. Ne consegue che nel procedimento l'amministrazione "può e deve disporre di posizioni private, piuttosto che fornire loro tutela ad ogni costo". Applicando il pensiero espresso dall'A. al problema della sussistenza o meno di un dovere generalizzato di procedere, si potrebbe, dunque, sostenere che l'obbligo si configuri solo laddove trovi giustificazione nelle finalità pubbliche perseguite, non potendo diversamente essere riconosciuto per il sol fatto che un privato si è rivolto all'amministrazione per vedere soddisfatti i propri interessi.

<sup>69</sup> In questo senso, M. D'ORSOGNA – F.G. SCOCA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., per i quali il giudice del silenzio deve valutare la legittimità o meno dell'inerzia, verificando la sussistenza dei presupposti di carattere formale e sostanziale che soli rendono doverosa l'azione amministrativa e illegittima l'eventuale inerzia. Si v. anche V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5550, che conferma che tradizionalmente il ricorso avverso il silenzio era volto esclusivamente ad accertare l'eventuale illegittimità dell'inerzia e, conseguentemente, a dichiarare il dovere dell'amministrazione di provvedere.

<sup>70</sup> Sui poteri del giudice del rito avverso il silenzio, si v. *infra*, Cap. III.

Ne consegue l'inaccogliabilità della tesi che, sulla base dell'equiparazione dell'istanza procedimentale alla domanda giurisdizionale, afferma un dovere generalizzato dell'amministrazione di procedere a fronte di qualsivoglia istanza. Diversamente, se così fosse, qualsiasi silenzio dell'amministrazione, formatosi a seguito della scadenza del termine di conclusione del procedimento, sarebbe di per sé illegittimo.

Se l'amministrazione fosse davvero tenuta ad avviare un procedimento amministrativo a seguito di una qualsiasi domanda del cittadino, tanto che sia titolare di una situazione di legittimazione sostanziale tanto che sia portatore di un mero interesse materiale, il giudice del silenzio, adito a causa della scadenza del termine finale, non potrebbe mai adottare pronunce di rigetto, dovendo sempre condannare l'amministrazione inadempiente a provvedere.

Ma allora non è chiaro quali siano le ragioni della previsione di un siffatto strumento processuale. E soprattutto dell'attribuzione di poteri istruttori, posto che il compito del giudice diventerebbe un mero accertamento della scadenza del termine.

A meno di non volere accogliere l'interpretazione in base alla quale il giudice del silenzio ha sempre avuto la possibilità di conoscere della fondatezza della domanda, pure in assenza di un'espressa disposizione in tal senso. Anche se il problema sarebbe comunque insuperato almeno con riferimento ai procedimenti discrezionali.

Si ritiene, pertanto, di dovere aderire all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario che riconosce il dovere di concludere il procedimento entro i termini di legge solo laddove sussista effettivamente un dovere di iniziare il procedimento, circostanza talvolta deducibile dal dato positivo, talaltra ricavabile dall'elaborazione giurisprudenziale o comunque dalla sussistenza di ragioni di giustizia sostanziale che consentono di equiparare le semplici domande a istanze tipizzate<sup>71</sup>.

Tuttavia, sembra che le ipotesi in cui l'amministrazione non sia tenuta ad avviare un procedimento e concluderlo con un atto espresso siano destinate a ridursi significativamente per effetto della nuova norma introdotta – nelle more della stesura di

---

<sup>71</sup> In questi termini, G. PALEOLOGO, *Istanza* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1989, che esclude la sussistenza di un dovere di provvedere, anche solo nel senso di dovere adottare una pronuncia di inammissibilità o di rigetto, a fronte di istanze prive dei requisiti formali ovvero "che si presentano a chiunque del tutto lontane da quelle previste nelle figure normative dei vari procedimenti". Si legittima, dunque, l'inerzia dell'amministrazione ogniqualvolta sia palese l'impossibilità non solo di accogliere, ma anche solo di considerare la domanda del privato per vizi di forma oppure perché assolutamente distante da qualsivoglia fondamento normativo. Diversamente, tutte le istanze "non evidentemente futili" fanno sorgere in capo all'amministrazione il dovere di darvi riscontro, ancorché di portata negativa. Sul punto, si v. anche A. FABRI, *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, fasc. 1, 113, per la quale non si può sostenere che l'amministrazione debba sempre e comunque provvedere a fronte di qualsiasi richiesta, non essendo correlata la necessità di emanare un atto espresso alla mera presentazione di un'istanza.

questa tesi - dall'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione). La riforma ha, infatti, modificato l'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, inserendo, immediatamente dopo la previsione del dovere di portare a termine il procedimento mediante l'azione di un provvedimento espresso, la disposizione secondo cui "se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo".

La norma incide, dunque, sulla sussistenza del dovere di provvedere e, conseguentemente, su quello di agire, pur non sembrando idonea a comportarne una generalizzazione. Se è vero, infatti, che il nuovo articolo 2 amplia notevolmente le ipotesi in cui l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento con un atto espresso, seppure in forma semplificata<sup>72</sup>, superando, così, in gran parte le limitazioni giurisprudenziali, è altrettanto vero che la mancata eliminazione dell'avverbio *obbligatoramente* lascia supporre che sopravvivano casi in cui, a seguito della presentazione dell'istanza, non sorge il dovere dell'amministrazione di avviare un procedimento.

Pertanto, quando nemmeno le esigenze di giustizia sostanziale, così come delineate anche alla luce della recente modificazione normativa, appaiono idonee a fondare il dovere di procedere dell'amministrazione, la domanda del privato è considerata alla stregua di una mera denuncia<sup>73</sup>. Ne consegue che l'eventuale decisione dell'amministrazione di procedere ugualmente non comporta l'insaturazione di un procedimento su istanza di parte (con ciò che ne deriva in termini di garanzie: si pensi, ad esempio, all'art. 10-*bis*), bensì di un procedimento d'ufficio. L'istanza-denuncia assume il valore di un semplice atto introduttivo preparatorio<sup>74</sup>.

Tornando, invece, alla riforma appena realizzata, la norma introduce un provvedimento semplificato che non corrisponde al provvedimento di diniego classico, atteso che esso consegue al riscontro di una manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o

---

<sup>72</sup> Peraltro, non è chiaro se la semplificazione riguardi esclusivamente la forma del provvedimento e la sua motivazione ovvero anche il procedimento amministrativo. In particolare, sarà interessante vedere come la giurisprudenza interpreterà questa disposizione in relazione alle diverse garanzie assicurate nel corso dell'intero procedimento. Si pensi, infatti, ai tanti istituti partecipativi e, in particolare, al preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis*.

<sup>73</sup> La mera denuncia si configura quando la posizione giuridica del soggetto istante non può essere distinta da quella della generalità dei consociati, mancando dei requisiti della qualificazione e della differenziazione. In particolare, secondo C. SANNA, *La linea di confine dell'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione di fronte alle istanze dei soggetti privati*, in *Rivista giuridica sarda*, 2011, fasc. 2, 474, le istanze-denunce svolgono un ruolo di mera collaborazione, potendo essere presentate da qualunque cittadino e non essendo idonee a far sorgere il dovere dell'amministrazione di procedere.

<sup>74</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit.

infondatezza della domanda, piuttosto che al rifiuto che l'amministrazione può opporre dopo aver esercitato compiutamente la funzione e rilevato, con una ponderazione piena e una motivazione compiuta, che non sussistono i presupposti per il suo rilascio.

In altri termini, la figura sembra introdurre una articolazione ulteriore all'interno dell'area del diniego che corrisponde per molti versi alla teoria del processo. Si configurano così, per usare una terminologia classica, due forme di estinzione del dovere di procedere, quella che segue a una valutazione sommaria della manifesta infondatezza della domanda e quella che dipende da un pieno esercizio della funzione. A questa distinzione corrispondono due doveri di procedere caratterizzati da intensità differenti. Nel corso della tesi ci si occuperà di quello più rilevante, anche se rimane certamente il problema di ipotizzare l'impiego degli strumenti di tutela che si verranno definendo anche alla violazione del primo.

In concreto, tuttavia, la questione si semplifica in quanto la violazione, con l'inerzia, del dovere più corposo assorbe anche la violazione di quello meno intenso. In altri termini, contestando l'inerzia finale, la parte implicitamente contesta anche la mancata adozione del provvedimento semplificato, così come certamente l'obiettivo delle sue iniziative processuali non è di avere un provvedimento semplificato, ma un provvedimento espresso finale che dia assetto al rapporto di interessi.

Rimangono sul campo, ma non possono essere qui esaminati, i problemi della idoneità di quel provvedimento semplificato a essere autonomamente impugnato (e la risposta pare certamente positiva, non fosse altro per il suo carattere provvedimentale), a diventare inoppugnabile, a essere revocato e annullato in via di autotutela, *etc.* Così come, più in generale, la possibile enucleazione, all'interno della categoria dei provvedimenti, di questa sottocategoria di provvedimenti semplificati e, soprattutto, al di là delle deroghe previste dalla legge (in particolare, quanto a motivazione), della estensione alla stessa del tradizionale statuto del provvedimento tradizionale.

Resta anche il grave problema del possibile accostamento del rifiuto con provvedimento semplificato all'inerzia mera – che sarà analizzato più approfonditamente nelle *Conclusioni* al presente lavoro - nel senso che, non identificandosi quell'atto con un provvedimento di rifiuto "consapevole", in quanto frutto dell'esercizio completo della funzione, la tutela garantita avverso l'inerzia dovrebbe estendersi al provvedimento semplificato di diniego, in quanto decisione che comporta la violazione del dovere di provvedere in modo espresso (con un provvedimento non semplificato).

## **2.1. Cenni all'evoluzione del sistema: il riconoscimento di una posizione giuridica rilevante a fronte del dovere di provvedere e dell'eventuale inerzia amministrativa**

Le precedenti considerazioni volte a individuare le ipotesi in cui concretamente l'amministrazione è tenuta a provvedere conducono all'esame di un ulteriore profilo, relativo alla situazione giuridica soggettiva vantata dal privato a fronte del dovere di concludere il procedimento entro i termini<sup>75</sup>.

La necessità di determinare la natura della situazione giuridica del privato è sorta, in particolare, per ammettere l'accesso alla giustizia da parte del privato nei casi di violazione del dovere di provvedere, quando l'amministrazione rimane inerte e la legge esclude che gli effetti del silenzio possano essere equiparati a quelli di un atto espresso.

Il problema dell'inerzia dell'amministrazione si pone soprattutto con riferimento a quegli interessi che noi oggi chiamiamo pretensivi, ossia che richiedono per la loro soddisfazione un intervento attivo da parte del soggetto pubblico. Infatti, ogniqualvolta l'azione amministrativa si pone quale condizione per la realizzazione dell'interesse del privato, senza dubbio egli spera non soltanto nell'adozione del provvedimento finale (ovviamente in senso a lui favorevole), ma anche che ciò avvenga entro i termini stabiliti dalla legge.

Storicamente, però, gli interessi pretensivi sono stati riconosciuti soltanto in un'epoca successiva rispetto a quelli oppositivi, tanto è vero che il modello di tutela giurisdizionale amministrativo, di carattere tipicamente impugnatorio, era stato elaborato proprio al fine di consentire al privato di attaccare un atto dell'amministrazione a fronte del quale egli era titolare di un interesse di natura oppositiva. La lesione della situazione giuridica del privato si ricollegava, infatti, alla modificazione realizzata dal provvedimento adottato, che andava a incidere negativamente sulla posizione del cittadino, riducendone la portata.

Nel panorama descritto non si creava, dunque, alcun profilo di criticità con riferimento al silenzio dell'amministrazione, perché, anzi, essendo questo privo di effetti, non comportava quella modificazione della realtà giuridica idonea a ledere l'interesse del privato e ad aprire la via al controllo giurisdizionale.

Solo con l'avvento degli interessi pretensivi, o meglio con il riconoscimento della dignità giuridica di tali interessi e della necessità di assicurarne piena tutela al pari degli interessi

---

<sup>75</sup> Sulla necessaria correlazione tra il discorso relativo al dovere di provvedere e la qualificazione della posizione giuridica soggettiva del privato, si v. M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, in A. ZITO – D. DE CAROLIS, *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, per cui soltanto dal confronto tra la posizione di dovere che grava sull'amministrazione e la situazione giuridica del privato, o meglio la sua qualificazione, possono ricavarsi elementi utili per risolvere alcune problematiche derivanti dall'applicazione della disciplina del ricorso avverso il silenzio.

oppositivi, si è posto il problema dell'inerzia dell'amministrazione<sup>76</sup>. Se, infatti, l'oggetto dell'interesse pretensivo è proprio l'attività che l'amministrazione deve compiere affinché possa essere soddisfatto l'interesse del privato, perché ciò accada, a condizione che la sua domanda sia fondata, è necessario che l'ente competente agisca, provocando così quella modificazione della realtà giuridica idonea a favorire il cittadino.

Il soddisfacimento del suo interesse è assicurato solo nel momento in cui si produce l'effetto innovativo provocato dall'azione amministrativa, nel senso di un ampliamento della situazione giuridica privata. Con riguardo a questa seconda categoria di interessi legittimi, quindi, l'effetto innovativo non va evitato, ma ricercato, rappresentando la modificazione della realtà l'unico modo per garantire piena tutela al privato.

Ne consegue che l'interesse pretensivo risulta pregiudicato tutte le volte in cui l'effetto voluto non si produce. Il che può verificarsi sia nelle ipotesi in cui l'amministrazione adotti espressamente un atto di diniego a fronte della richiesta del privato, lasciando inalterata la sua situazione giuridica soggettiva, sia – ed è qui che ci si ricollega alla nostra ricerca, tenendo conto che a tale situazione dovrebbe essere accostata, in forza di quanto sopra osservato, anche quella originata dal provvedimento semplificato di diniego – nelle ipotesi di inerzia dell'amministrazione.

Solo dal concreto esercizio del potere attribuito dalla legge all'amministrazione derivano, infatti, quelle innovazioni indispensabili per soddisfare gli interessi in questione. Va da sé, dunque, che il silenzio non qualificato non può produrre alcun effetto sui rapporti giuridici, di talché l'eventuale interesse pretensivo del privato risulta certamente frustrato.

Proprio dalla mancata produzione di effetti innovativi nascono, poi, tutte le difficoltà di applicare al caso del silenzio dell'amministrazione il sistema di giustizia tipico del diritto amministrativo, che da sempre si basa sull'impugnazione di un atto lesivo della posizione giuridica del privato appunto perché foriero di effetti innovativi<sup>77</sup>.

Si avrà modo, tuttavia, nel prosieguo, di analizzare le soluzioni offerte, prima dalla giurisprudenza e dalla dottrina e poi dal legislatore, per assicurare una tutela effettiva

---

<sup>76</sup> Secondo D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, prima della piena affermazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale, il problema della tutela degli interessi poi definiti pretensivi non si poneva affatto. "L'idea dell'interesse materiale solo occasionalmente protetto, della mera pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, del rilievo solo processuale della situazione di interesse legittimo non poteva infatti che eliminare in radice la possibilità stessa di porre un problema di effettività della tutela giurisdizionale", non potendo comunque mai pretendere i titolari di questi interessi la soddisfazione della loro pretesa, ma al più la legittimità dell'azione.

<sup>77</sup> A tal proposito, si ricordi che talvolta anche gli atti negativi possono avere un effetto innovativo: si pensi, ad esempio, al diniego di rinnovo di un'autorizzazione che certamente modifica il precedente assetto di interessi. In ogni caso, la dottrina ha avuto modo di chiarire che la decisione amministrativa negativa, pure quando non incide sul precedente assetto giuridico, ha comunque un'efficacia costitutiva, comportando ugualmente l'estinzione del dovere d'ufficio. Così, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit.



anche nelle ipotesi di inerzia della pubblica amministrazione. Per ora sarà sufficiente soffermarsi sull'esame della situazione giuridica vantata dal privato rispetto al dovere dell'amministrazione di concludere il procedimento entro i termini.

## **2.2. Obbligo o dovere di provvedere? La rilevanza della questione in ordine alla qualificazione della posizione giuridica del privato e alla conseguente tutela**

Finora si è parlato di *dovere di provvedere* senza particolare attenzione alle ragioni dell'utilizzo di una simile espressione in luogo di *obbligo di provvedere*.

Eppure la qualificazione in termini di obbligo o dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso costituisce un aspetto legato all'inerzia amministrativa su cui la dottrina non ha mai raggiunto unanimità di vedute, non tanto, come è ovvio, per un problema di natura formale, quanto per le conseguenze che ne derivano in relazione alla classificazione della posizione giuridica del privato che si rapporta con l'amministrazione e al tipo di tutela riconosciuto.

Nonostante spesso le locuzioni "dovere" e "obbligo" siano talora interpretate come sinonimi e utilizzate in maniera indifferenziata, non possono tacersi le differenze che la dottrina civilistica ha da sempre individuato tra le due posizioni giuridiche, nonché le conseguenze che derivano dalla qualificazione nell'uno o nell'altro senso.

Ciò che interessa ai fini della presente ricerca è, pertanto, verificare se l'inquadramento della situazione giuridica soggettiva del cittadino, nell'ambito degli interessi legittimi ovvero dei diritti soggettivi, in rapporto al dovere/obbligo dell'amministrazione di provvedere, possa avere conseguenze differenti sul piano della tutela e se la natura della posizione giuridica del privato possa effettivamente mutare per il sol fatto che il potere debba essere esercitato d'ufficio oppure a seguito della presentazione di un'istanza.

Il discorso deve necessariamente prendere le mosse da un rapido esame del significato generalmente attribuito ai termini dovere e obbligo all'interno del nostro ordinamento, consistendo entrambi in situazioni giuridiche di svantaggio, caratterizzate dalla necessità di compiere una determinata azione<sup>78</sup>.

Tuttavia, nonostante in ambedue i casi si faccia riferimento a un vincolo giuridico, nel primo il comportamento imposto è previsto in favore di una platea indistinta di persone,

---

<sup>78</sup> Sulle nozioni di dovere e obbligo, si v. R. GUASTINI, *Dovere giuridico* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, 1988, pp. 1-7; ID., *Obbligo* (voce), *ivi*, per il quale i sostantivi dovere e obbligo possono essere considerati pressoché sinonimi, dato che tendenzialmente ogni enunciato che utilizza il termine *dovere* potrebbe essere riformulato introducendo il sostantivo *obbligo*, senza che ciò comporti un mutamento di significato. Si v., altresì, E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 53.

con la conseguenza che a fronte del dovere non si configura un diritto in capo a un soggetto determinato. Diversamente, l'obbligo si correla sempre a una posizione di vantaggio di un particolare individuo, sussistendo in questo caso un vero e proprio diritto a che il soggetto gravato dall'obbligo adempia<sup>79</sup>.

Fin qui non si pongono particolari problemi, nel senso che si nega che la presenza dell'autorità pubblica sia idonea a modificare la natura della relazione in termini di dovere od obbligo che può instaurarsi con il privato, potendosi astrattamente configurare entrambi. Il punto sta, allora, nel capire quando sorga in capo all'amministrazione un dovere ovvero un obbligo nei confronti del cittadino.

Nessun dubbio sull'idoneità di una relazione contrattuale tra amministrazione e privato a generare obblighi per entrambe le parti, al pari di quanto avviene nei rapporti tra privati. Si pensi, ad esempio, al contratto di appalto che certamente obbliga l'appaltatore a eseguire il lavoro ovvero a svolgere il servizio e la stazione appaltante a pagare il corrispettivo. Così come, ovviamente, alcuna perplessità sorge circa la possibilità che sia la stessa legge a imporre un obbligo all'amministrazione<sup>80</sup>.

Non è altrettanto semplice, però, chiarire la natura della relazione che si instaura tra amministrazione e privato a seguito della presentazione di un'istanza.

Certamente non vi è alcun rapporto contrattuale.

Il secondo passaggio è, allora, verificare se nel caso di specie la legge imponga un dovere ovvero un obbligo, tenendo presente, peraltro, che a fronte di obblighi si configurano necessariamente dei diritti<sup>81</sup> e che, pertanto, nel momento in cui si riconosce un obbligo in capo all'amministrazione, contestualmente, il privato che con essa si rapporta diviene

---

<sup>79</sup> In questo senso, P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 164, per il quale si parla di *doveri* nelle situazioni in cui mancano diretti destinatari e beneficiari. Secondo l'A., infatti, l'indeterminatezza dei destinatari distingue il dovere dall'obbligazione, mentre l'obbligo si caratterizza anch'esso per l'individuazione del beneficiario, ma differisce dall'obbligazione per il mancato rilievo del carattere patrimoniale della prestazione.

<sup>80</sup> Non sembra necessario soffermarsi oltre sulle fonti delle obbligazioni che l'art. 1173 cod.civ., come noto, individua nel contratto, nel fatto illecito e in ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico. Nel caso in cui, allora, sia la stessa legge a imporre all'amministrazione un obbligo, non si tratterà di attività vincolata, quale una delle due tipologie in cui può manifestarsi il potere amministrativo, ma di attività paritetica, nel senso che l'amministrazione non disporrà di alcuna autorità, ponendosi sullo stesso piano del privato. In questo senso, A. FABRI, *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale*, cit., per la quale, quando la legge impone un obbligo, pur restando una generica posizione di dovere nei confronti dell'ordinamento muta la situazione giuridica dell'amministrazione verso il cittadino, che non è più attiva (potere) ma passiva (obbligo), con la conseguenza che il privato sarà titolare di un vero e proprio diritto soggettivo.

<sup>81</sup> A tal proposito, si ricordi il pensiero di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1983, per il quale sia il potere che il diritto sarebbero manifestazioni di capacità. Tuttavia, il primo non ha un destinatario puntualmente individuato, ma è indirizzato in maniera generica, non potendo, pertanto, vantare pretese nei confronti di altri soggetti con la conseguenza che non sarebbe correlativo di obblighi. Diversamente, "il diritto soggettivo si svolgerebbe sempre in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone che viceversa avrebbero obblighi corrispondenti" (p. 174).

titolare di un diritto soggettivo. E questa è, invero, la posizione assunta da parte della dottrina con riferimento alla necessità di concludere il procedimento entro il termine, per cui si configurerebbe in capo all'amministrazione un obbligo di provvedere che troverebbe corrispondenza nel diritto soggettivo del privato a ottenere una decisione.

Al fine di confutare questo orientamento è necessario esaminare attentamente i punti focali su cui si basa, ribadendo – a scanso di equivoci - che la soluzione cui si approderà è fortemente condizionata dall'adesione alle premesse di base che si è dichiarato di volere adottare come punto di avvio del percorso di indagine.

Il primo aspetto che sembra opportuno richiamare è la distinzione che tale orientamento opera tra i procedimenti iniziati d'ufficio e quelli su istanza di parte. Nel primo caso, infatti, non vi sarebbe alcun dubbio sull'esistenza del potere amministrativo e sulla conseguente posizione di interesse legittimo di cui sarebbe eventualmente titolare il privato il cui interesse si ponga in contrasto con quello pubblico perseguito dall'autorità competente.

Diversa sarebbe, invece, la situazione con riferimento ai procedimenti avviati su istanza di parte. In questo caso, infatti, si configurerebbero in capo al privato ben due diverse posizioni giuridiche: da un lato, l'interesse legittimo, la cui soddisfazione è solo eventuale e si concretizza nell'accoglimento della domanda da cui deriva un ampliamento della sfera giuridica del privato; dall'altro, il diritto soggettivo che sorge in virtù del rapporto procedimentale che si instaura tra cittadino e amministrazione in forza della presentazione dell'istanza e che deve essere necessariamente soddisfatto mediante l'adozione di un provvedimento finale, sia esso di rigetto ovvero di accoglimento<sup>82</sup>.

Detto orientamento dottrinale, pertanto, trova il suo fondamento nella distinzione tra l'aspettativa del privato a un provvedimento e il contenuto di quest'ultimo, ravvisando solo nel secondo caso un interesse legittimo. Nel primo si configurerebbe, invece, un vero e proprio diritto soggettivo a ottenere comunque una risposta dall'amministrazione almeno ogniqualvolta il procedimento fosse avviato a seguito dell'istanza del cittadino.

---

<sup>82</sup> Il contributo più importante per la ricostruzione dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere e del correlato diritto soggettivo del privato si deve certamente a M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995. L'A., muovendo dall'attribuzione al termine del procedimento di una funzione diversa a seconda che il rapporto procedimentale tra cittadino e amministrazione si instauri in virtù della comunicazione d'avvio ovvero a seguito della presentazione di una specifica istanza, riconosce nel primo caso un interesse legittimo in capo al privato, nel secondo un diritto soggettivo, assimilando la posizione del cittadino a quella del creditore che può pretendere la prestazione dovuta dal debitore. L'equiparazione della posizione del cittadino istante a quella del creditore era stata, d'altra parte, autorevolmente affermata da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 310.

L'amministrazione non avrebbe, dunque, un dovere di concludere il procedimento entro i termini, bensì l'obbligo di adempiere in favore del privato, che una volta instaurato un rapporto con l'amministrazione, mediante la presentazione della domanda, si troverebbe in una posizione di assoluta parità rispetto all'amministrazione.

Quando il procedimento inizia su istanza di parte si creerebbe, infatti, tra privato e amministrazione una posizione giuridica simile a quella tra creditore e debitore, per cui il primo può pretendere l'adempimento dell'obbligo gravante in capo al secondo.

In base a questa tesi, il primo interesse del cittadino che rivolge una domanda all'amministrazione è di ottenere una risposta, indipendentemente dal fatto che sia positiva o negativa, ossia che possa o meno soddisfare la sua pretesa sostanziale<sup>83</sup>.

Ciò che deve essere primariamente assicurato al privato che si rapporta con l'amministrazione non è il bene della vita, il cui soddisfacimento è solamente eventuale e connesso al contenuto del provvedimento. Per prima cosa, infatti, l'amministrazione è tenuta a rispondere, a fornire al privato certezza circa la sua posizione giuridica.

L'obbligo non riguarda l'adozione del provvedimento atteso, ma l'esternazione della volontà dell'amministrazione in senso negativo ovvero positivo. Il suo rispetto è, infatti, assicurato tanto nelle ipotesi in cui sia emanato l'atto richiesto dal privato tanto quando l'amministrazione manifesti la sua intenzione di non adottarlo.

Tuttavia, non può trattarsi di una pronuncia meramente interlocutoria, non essendo sufficiente una qualsiasi dichiarazione, bensì richiedendosi una decisione sulla sussistenza o meno dei presupposti per l'adozione del provvedimento voluto dal privato<sup>84</sup>. La pretesa a che l'amministrazione evada la domanda entro i termini di legge appare simile, dunque, a

---

<sup>83</sup> Così, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., che ritiene ben fondata l'opinione che ravvisa in capo all'amministrazione un obbligo cui corrisponde un diritto soggettivo del cittadino, ossia il diritto a ottenere una risposta sull'istanza presentata. L'A. distingue tra dovere d'ufficio e obbligo di provvedere, ritenendo che quest'ultimo sia una situazione giuridica distinta, anche se correlata al dovere, che si configura per assicurare la tutela dell'interesse individuale coinvolto dall'azione amministrativa. Infatti, "se l'esigenza di tutela non riguardasse esclusivamente l'interesse individuale, non avrebbe senso imporre una pronuncia negativa, attribuirle un valore dinamico facendone derivare la estinzione del dovere d'ufficio, per poi ricollegare alla illegittimità l'annullabilità dell'atto, e quindi la possibilità di un ripristino di quel medesimo dovere: basterebbe assoggettare il comportamento dell'amministrazione ad un controllo sull'adempimento del dovere d'ufficio, e quindi predisporre misure giuridiche rivolte ad assicurare l'assunzione del comportamento dovuto, o ad instaurare senz'altro, in via di sostituzione, quel nuovo assetto che si sarebbe dovuto stabilire con il provvedimento omissivo" (p. 110-111). Invece, nel momento in cui viene in rilievo la tutela dell'interesse individuale, nel senso che è necessario assicurare al singolo l'effettiva emanazione di un atto suscettibile di sindacato giurisdizionale, allora la situazione in cui si trova l'amministrazione è di vero e proprio obbligo, a fronte del quale sorge in capo al privato un diritto soggettivo a ottenere una pronuncia sull'istanza.

<sup>84</sup> In questo senso, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., per il quale, perché possa considerarsi adempiuto l'obbligo gravante sull'amministrazione, è necessaria una pronuncia idonea a consentire l'accesso al giudizio di legittimità che garantisce la tutela delle situazioni giuridiche dei privati. Ciò che rileva, pertanto, non è il tenore dell'atto, ma l'esternazione della volontà così da aprire la strada al sindacato del giudice.

quella del creditore a ottenere la prestazione dal proprio debitore, confermando, così, la natura di obbligo di provvedere e, simmetricamente, di diritto soggettivo alla conclusione tempestiva del procedimento<sup>85</sup>.

A questa tesi si accosta, allora, la soluzione più moderata per cui la posizione giuridica del privato a fronte del potere amministrativo potrebbe essere scomposta in diverse situazioni: all'interesse legittimo all'adozione di un determinato provvedimento, riguardante, quindi, il bene finale, si affiancherebbero dei diritti soggettivi derivanti dagli obblighi di protezione sussistenti in capo all'amministrazione che si rapporta con i privati. Secondo questa ricostruzione, infatti, nel corso del procedimento, l'amministrazione è titolare sì del potere, ma anche di una serie di obblighi che si identificano nel riconoscimento di alcune garanzie formali per il privato, tra cui rientrerebbe anche la conclusione del procedimento entro i termini<sup>86</sup>.

Peraltro, sempre a sostegno della natura obbligatoria della conclusione del procedimento nei termini, vi sarebbe l'incompatibilità di una posizione di dovere con la figura dell'interesse legittimo. Quest'ultimo, infatti, mira all'acquisizione o alla conservazione di un bene della vita e non, salvo un ritorno alla concezione dell'interesse legittimo quale tutela dell'interesse pubblico e della giurisdizione oggettiva, alla soddisfazione di interessi

---

<sup>85</sup> Così F. FIGORILLI – A. GIUSTI, *Articolo 2. Conclusione del procedimento*, in N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, per cui in base a quanto disposto dall'art. 2, il privato aspira per prima cosa ad ottenere una risposta tempestiva dall'amministrazione, sia essa positiva o negativa. La pretesa del privato a un provvedimento conclusivo, indipendentemente dal suo contenuto ma conformemente alla legge, ricalca la posizione che si instaura tra creditore e debitore, delineandosi tra privato e amministrazione un rapporto di diritto e obbligo.

<sup>86</sup> Così, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in A.A. V.V., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 287, per il quale i diritti che sorgono in capo al privato a fronte degli obblighi procedimentali convivono con l'interesse legittimo avente per oggetto la pretesa sostanziale. Nell'ambito del procedimento, infatti, l'amministrazione è titolare sia del potere di provvedere, a fronte del quale il privato dispone di un interesse legittimo, sia di veri e propri obblighi ai quali si ricollega un'utilità autonoma, svincolata dalla spettanza della pretesa sostanziale. Pertanto, "gli obblighi procedimentali da una parte sono obblighi di mezzi, con riferimento all'esito conclusivo della procedura, ma dall'altra sono nondimeno obblighi di risultato, con riferimento a beni della vita fondamentali come quelli protetti nell'ordinamento da tutti i diritti di informazione, i diritti al contraddittorio, i diritti alla certezza giuridica, i diritti a una ragionevole durata dei processi, e via dicendo" (p. 289-290). Sul punto, si v. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, per la quale assumono in ogni caso rilievo giuridico anche i vincoli di ordine formale o procedurale. Secondo l'A., infatti, "l'irrelevanza rispetto al bene finale non implica irrilevanza rispetto a qualsiasi altro punto di vista. Pertanto, non è necessaria l'attribuzione del bene della vita ai fini della qualificazione del vincolo della p.a. come obbligo, e della situazione di vantaggio del cittadino come diritto" (p. 349). Sul punto si v. anche M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, che, invece, è contrario a una qualificazione in termini di diritti soggettivi delle pretese partecipative. In particolare, secondo l'A., è vero che nel corso del procedimento gravano in capo all'amministrazione diverse responsabilità, ma queste si giustificano in virtù dell'attribuzione del potere per il perseguimento dell'interesse pubblico. Pertanto, "il fatto che l'esercizio del potere amministrativo non sia lasciato all'arbitrio dell'ente procedente, in quanto disciplinato – anche dettagliatamente – dalle norme di azione, non significa che il potere sia carente" (p. 352).

di portata generale. Per cui, se il dovere è una posizione giuridica irrelata<sup>87</sup>, nel senso che non vi è un beneficiario specifico, nemmeno può dirsi che si correla a una situazione di interesse legittimo, propria di un soggetto determinato. Allora, se si ammette l'instaurazione di un rapporto tra amministrazione e cittadino a seguito della presentazione dell'istanza e di conseguenza l'esistenza di due situazioni giuridiche tra loro correlate, si dovrà necessariamente identificare un obbligo e non un dovere, posto che soltanto rispetto al primo può configurarsi una posizione giuridica complementare, che assume, quindi, il carattere di diritto soggettivo<sup>88</sup>.

La tesi a favore dell'obbligo di provvedere afferma, dunque, che nel momento in cui la legge sul procedimento amministrativo ha introdotto il principio della certezza dei termini, ha eliminato non soltanto la discrezionalità nel *quando*, ma anche quella nell'*an*, obbligando l'amministrazione ad adottare un provvedimento conclusivo, seppure non soddisfacente dell'interesse privato al fine di garantire comunque il rispetto dell'obbligo di provvedere entro il termine stabilito dalla legge, a fronte del quale il privato istante è titolare di un diritto soggettivo.

Tra le diverse ragioni addotte dalla dottrina impegnata ad argomentare la tesi dell'obbligo di provvedere vi è, tra l'altro, anche la qualificazione dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento come inadempimento, lasciando così supporre che sussista in capo all'amministrazione un obbligo o, meglio, un'obbligazione di provvedere entro il termine<sup>89</sup>. Per cui, dato che gli obblighi sono sempre fronteggiati da diritti soggettivi, il cittadino che si sia rivolto all'amministrazione è titolare di un vero e proprio diritto all'osservanza del termine di provvedere.

Un'ulteriore ragione a sostegno della sussistenza di un vero e proprio obbligo richiama la disciplina del silenzio assenso e, in particolare, l'intenzione legislativa, sottesa all'istituto,

---

<sup>87</sup> Così S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.

<sup>88</sup> Sul punto, si v. F. FIGORILLI – A. GIUSTI, *Articolo 2. Conclusione del procedimento*, cit., per i quali vi è una contraddizione nel riconoscere da un lato un dovere, posizione irrelata secondo gli insegnamenti romaniani, e dall'altra un interesse legittimo. Pertanto, “o si afferma il dovere e si nega l'interesse legittimo riportandolo nell'alveo della giurisdizione obiettiva o si riconosce, al contrario, la sua natura di situazione giuridica correlata, sul lato passivo, ad un obbligo”. In questo senso, anche L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, che sempre partendo dall'impossibilità di contrapporre una situazione giuridica al dovere, per natura irrelato, individua tra l'amministrazione e il privato istante un rapporto obbligatorio.

<sup>89</sup> In questo senso, F. FIGORILLI - M. RENNA, *Commento all'art.2*, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 105, secondo cui il riferimento all'inadempimento presupporrebbe la sussistenza di un obbligo, o meglio di un'obbligazione, di provvedere nel termine. Peraltro, la titolarità di un autentico diritto sarebbe confermata anche da quanto previsto dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in base alla quale nel diritto a una buona amministrazione rientrerebbe il diritto di ciascuno “a che le questioni che lo riguardano siano trattate entro un termine ragionevole”. Si spiega, così, perché M. D'ORSOGNA, *La tutela “avverso” il silenzio della P.A.*, cit., afferma che la tesi sandulliana del silenzio inadempimento ha trovato nuovo vigore con la legge sul procedimento amministrativo.

di assicurare sempre al privato una risposta, equiparando il silenzio dell'amministrazione protratto oltre il termine di conclusione del procedimento a un provvedimento di accoglimento. Secondo questo orientamento, se l'ordinamento ammette il ricorso a una *fictio iuris* pur di superare l'inerzia amministrativa e garantire in ogni caso al cittadino che si rapporta con l'amministrazione la certezza della propria posizione giuridica, tanto più si deve ritenere che con riferimento a particolari interessi, detti appunto critici o sensibili in virtù della loro importanza, non si possa ammettere che il rapporto amministrativo resti indefinito o comunque che rimanga nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta se adottare o meno un provvedimento<sup>90</sup> (si è visto, però, nei paragrafi che precedono che la qualificazione in termini di dovere piuttosto che obbligo di provvedere non comporta che l'amministrazione sia libera di rispondere o meno al privato, ma semplicemente che a fronte del potere amministrativo il privato è titolare di una situazione giuridica di interesse legittimo, con tutto ciò che ne consegue in termini di tutela).

Da ultimo, a supporto della tesi della configurabilità di un diritto soggettivo in capo al privato che presenta un'istanza all'amministrazione vi sarebbe anche l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla conclusione tardiva del procedimento. L'art. 133 del d.lgs. n. 104/2010 introduce, infatti, tra le questioni riservate alla giurisdizione esclusiva anche quelle concernenti il "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo", il che, secondo parte della dottrina<sup>91</sup>, confermerebbe la natura di diritto soggettivo della pretesa alla conclusione tempestiva del procedimento, posto che la giurisdizione esclusiva si caratterizza appunto per l'attribuzione eccezionale alla cognizione del giudice amministrativo di diritti soggettivi.

Tuttavia, non si può non ricordare l'insegnamento della Corte costituzionale secondo cui le materie devolute alla giurisdizione esclusiva sarebbero, in realtà, caratterizzate da un

---

<sup>90</sup> In questo senso, F. FIGORILLI – A. GIUSTI, *Articolo 2. Conclusione del procedimento*, cit., secondo cui il meccanismo di cui all'art. 20, l. n. 241/1990 è in grado di soddisfare l'obbligo del *clare loqui*, garantendo la definizione del procedimento o mediante la formazione del silenzio assenso oppure tramite una dichiarazione espressa di diniego. Quando, però, per esplicita previsione normativa detto istituto non trova applicazione, non si può affidare all'amministrazione la facoltà di decidere se adottare o meno un provvedimento, altrimenti "verrebbe a delinearsi una irragionevole disparità di trattamento, paradossalmente a sfavore di soggetti titolari di interessi cui il legislatore ha inteso dare maggiore rilevanza, escludendo per essi la praticabilità del silenzio assenso".

<sup>91</sup> In termini, F. FIGORILLI – M. RENNA, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, cit., per i quali l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie risarcitorie per la conclusione intempestiva del procedimento si fonda necessariamente sul presupposto della natura di diritto soggettivo della posizione giuridica vantata dal privato rispetto all'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento entro i termini fissati dall'art. 2 della l. n. 241/1990.

intreccio di diritti soggettivi e interessi legittimi, che rendono complicata una precisa definizione e rispetto ai quali l'amministrazione agisce comunque come autorità<sup>92</sup>. Riservando alla parte dedicata alla specifica trattazione del danno da ritardo gli ulteriori chiarimenti in merito, sembra, dunque, si possa anticipare già ora che in alcun modo l'attribuzione delle questioni risarcitorie inerenti il danno da ritardo possa comportare una diversa qualificazione di ciò che per noi costituisce un dovere e non già un obbligo di provvedere, cui si correla una posizione di interesse legittimo.

Il dato normativo dell'art. 133 del c.p.a. non appare, infatti, sufficiente a dirimere il dubbio circa la natura della situazione giuridica privata, non potendosi ricavare dalla disciplina processuale conseguenze sostanziali. Si impone, pertanto, la necessità di approfondire, ora, le motivazioni che conducono a una qualificazione della posizione del privato in termini di interesse legittimo.

In particolare, si tratta di capire se davvero la mancata adozione tempestiva del provvedimento finale costituisca un mero comportamento inadempiente, equiparabile *in toto* a quello di un qualsiasi debitore, a fronte del quale si produce una lesione del diritto soggettivo del privato che ha instaurato il rapporto con l'amministrazione, ovvero se, più che di inadempimento, sia corretto parlare di inerzia, intesa che, pur lesiva di situazioni rilevanti, non comporta necessariamente il *vulnus* a un diritto<sup>93</sup>.

Invero, l'orientamento maggioritario, cui, peraltro, si ritiene di dovere aderire, riconosce in capo al privato una posizione di interesse legittimo all'adozione del provvedimento. Nel momento in cui, infatti, una norma di relazione attribuisce all'amministrazione un potere, si configura in capo al cittadino che con essa si rapporta una posizione di interesse legittimo, dal momento che il soddisfacimento dell'interesse del privato passa necessariamente attraverso la realizzazione dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione da quella specifica disposizione. E invero, una volta ammessa la natura sostanziale dell'interesse legittimo e, conseguentemente, riconosciuta la sua esistenza prima ancora dell'esercizio del potere – o meglio proprio come situazione che si

---

<sup>92</sup> Corte cost., n. 204/2004, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1895.

<sup>93</sup> G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, fac. 5, 987, per il quale l'espressa devoluzione delle controversie concernenti il danno da ritardo alla giurisdizione esclusiva non consente di superare le perplessità relative alla natura della situazione giuridica di cui è titolare il cittadino a fronte del dovere dell'amministrazione di provvedere. Sulla qualificazione dell'inerzia come modalità alternativa di esercizio di potere si v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit.



configura a fronte del potere – è facile comprendere come l'interesse legittimo consista prima di tutto nell'interesse a che l'amministrazione adotti un provvedimento<sup>94</sup>.

La tesi è confermata anche dalla giurisprudenza. In particolare, il Supremo Consesso ha riconosciuto in capo al privato, che pretende il rispetto dell'art. 2 della l. n. 241/1990 e che, dunque, agisce per far valere l'eventuale inerzia della pubblica amministrazione, una posizione di interesse legittimo<sup>95</sup>.

D'altra parte, il primo argomento idoneo a confutare la tesi della natura di diritto soggettivo della posizione giuridica vantata dal privato, a fronte della necessità che l'amministrazione concluda il procedimento nei termini, è di natura letterale. È, infatti, lo stesso art. 2 della l. n. 241/1990 a disporre che le amministrazione abbiano il *dovere* di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

Vero è, infatti, che il legislatore utilizza anche l'avverbio *obbligatoriamente*, ma lo fa con riferimento alla necessità che l'amministrazione avvii il procedimento a seguito della presentazione di un'istanza, nel senso che deve iniziarlo ogniqualvolta la domanda del privato sia idonea, ai sensi di quanto si è visto nei paragrafi precedenti, a sollecitare l'azione amministrativa<sup>96</sup>. Il legislatore, invece, parla espressamente di dovere di concludere il procedimento, non lasciando spazio a dubbi di sorta in ordine alla sua qualificazione.

Al di là del dato letterale, non sembra comunque si possa accogliere la tesi del rapporto obbligo/diritto soggettivo per quanto affermato in precedenza, per cui all'attribuzione del potere all'amministrazione si correla sempre una posizione di interesse legittimo per il privato<sup>97</sup>. E, infatti, nel momento in cui l'ordinamento, specificatamente una norma di

---

<sup>94</sup> Per F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., l'oggetto dell'interesse legittimo è l'interesse a una disciplina favorevole del proprio interesse di fatto, alla cui realizzazione il primo è strumentale.

<sup>95</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 932. La pronuncia viene richiamata anche da G.M. DI LIETO, *Interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio-rifiuto: i confini tra processo e procedimento*, in *Foro amm. Tar*, 2004, fasc. 5, 1618, secondo cui non vi è dubbio che la posizione tipica del privato a fronte dell'inerzia amministrativa ha natura di interesse legittimo, anche quando è riferita esclusivamente all'obbligo di concludere il procedimento entro i termini. L'A. esclude, poi, che i poteri del giudice possano essere estesi oltre la disamina dell'illegittimità dell'omissione poiché altrimenti si configurerebbe "un'azione di accertamento improponibile a tutela di interessi legittimi".

<sup>96</sup> Così A. FABRI, *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale*, cit., per la quale l'avverbio obbligatoriamente è volto esclusivamente a distinguere i procedimenti a istanza di parte da quelli d'ufficio, al fine di imporre in entrambi i casi il dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

<sup>97</sup> A fronte del potere non potrebbe mai configurarsi un diritto soggettivo, trattandosi di una situazione giuridica incompatibile con il potere perché tutelata in via assoluta dall'ordinamento. Se, infatti, per potere deve intendersi la possibilità di incidere unilateralmente sulla realtà giuridica, mentre i diritti soggettivi si caratterizzano per la protezione assoluta accordata loro dall'ordinamento, è chiaro che queste due posizioni non potranno mai essere correlate. Pertanto, o l'ordinamento riconosce la prevalenza dell'interesse pubblico, per cui attribuisce all'amministrazione un potere che le consente di modificare unilateralmente la sfera giuridica dei privati, i quali, pertanto, diventano titolari di un interesse legittimo. Oppure ritiene prevalente

relazione, attribuisce il potere all'amministrazione di incidere sulla sfera giuridica del privato, sia attivandosi autonomamente sia in forza della domanda del privato, contestualmente sorge in capo a quest'ultimo una posizione di interesse legittimo, posto che il suo interesse, inteso come tensione a un bene della vita, sarà soddisfatto solo in caso di esercizio del potere (se pretensivo) ovvero di mancato esercizio (se oppositivo), compatibilmente con la realizzazione dell'interesse pubblico<sup>98</sup>.

Ora, proprio perché il soddisfacimento dell'interesse privato è solo eventuale, nel senso che la prevalenza dell'interesse pubblico non consente di garantire con certezza al privato l'ottenimento del bene della vita cui aspira, la sua situazione giuridica non può che essere di interesse legittimo. Diversamente si svuoterebbe di contenuto il diritto soggettivo che non avrebbe più ad oggetto direttamente il bene della vita, bensì anch'esso l'esercizio del potere amministrativo, così venendo meno la sua distinzione rispetto all'interesse legittimo.

Si deve, dunque, concludere nel senso che in capo all'amministrazione si configura un dovere di provvedere per il perseguimento di un interesse pubblico ritenuto prevalente, in virtù del quale essa dispone del potere di modificare la realtà giuridica, incidendo eventualmente anche sulla posizione giuridica del privato, il quale è titolare di un interesse legittimo a che l'amministrazione eserciti o non eserciti il potere, a seconda della sua portata espansiva o limitativa della sfera giuridica del cittadino.

Sempre al fine di ricostruire il rapporto in termini di dovere/interesse legittimo è necessario, allora, ricordare la tesi di chi ha ritenuto di non potere prescindere anche dal richiamare la titolarità del potere amministrativo. Secondo tale orientamento, infatti, più che di un rapporto bilaterale dovrebbe parlarsi di una relazione trilaterale, per cui l'amministrazione ha il dovere di provvedere per finalità proprie dell'ordinamento, cui corrisponde un potere di agire anche nei confronti del cittadino, il quale, a sua volta, è titolare di un interesse legittimo che si rapporta con il dovere-potere dell'amministrazione<sup>99</sup>.

---

l'interesse privato e lo protegge in modo assoluto, senza che l'amministrazione possa in alcun modo incidere su quella situazione giuridica privata che assumerà, allora, i contorni propri di un diritto soggettivo. Così, A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 204 e ss.

<sup>98</sup> In questo senso, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 325, per il quale l'interesse legittimo non sorge ogniqualvolta la sfera giuridica di un privato viene incisa anche in modo secondario o indiretto dal potere, bensì quando la soddisfazione dell'interesse di un determinato soggetto dipende dall'esercizio del potere amministrativo.

<sup>99</sup> Sulla trilateralità della relazione in esame, si v. A. FABRI, *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale*, cit., per la quale da una parte vi sono le norme dell'ordinamento che attribuiscono all'amministrazione il potere in vista del conseguimento

In ogni caso, la ragione principale per cui la tesi dell'obbligo di provvedere non può essere accolta consiste nell'attribuzione di un valore meramente formale alla conclusione del procedimento. Non rileva, infatti, il contenuto del provvedimento che rappresenta, invero, il concreto esercizio del potere, ma il mero adempimento del presunto obbligo, la semplice definizione del rapporto<sup>100</sup>. Si spiega, così, l'opinione espressa da parte della dottrina per cui il silenzio amministrativo comporta una violazione del mero dovere di pronuncia, che si inquadra tra i doveri a contenuto materiale e non giuridico<sup>101</sup>.

A questo punto appare, però, opportuno verificare se una portata solo formale possa essere riconosciuta anche accogliendo la tesi dell'esistenza di un dovere e non già di un obbligo di provvedere, almeno nelle ipotesi in cui l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale. Non potendosi pretendere, infatti, in tale eventualità l'adozione di uno specifico provvedimento, la necessità di rispondere in ogni caso all'istanza del privato assume una veste di tipo formale, non rilevando, nemmeno in questo caso, il contenuto dell'atto ma la sua emanazione.

D'altra parte, una conferma in questo senso proviene dal modello di tutela processuale assicurato dall'ordinamento in caso di silenzio dell'amministrazione<sup>102</sup>. Sorvolando sull'atavica questione dei poteri del giudice del silenzio, che sarà oggetto di apposito esame, è sufficiente al momento ricordare che prima ancora di un contenuto di condanna, la sentenza del giudice ha una portata dichiarativa, volta a confermare la sussistenza in capo all'amministrazione del dovere di provvedere, potendo, invece, individuare puntualmente anche le modalità dell'azione solo in caso di attività vincolata.

Ne consegue che in presenza di discrezionalità il giudice non possa spingersi fino all'esame della richiesta del privato e, quindi, del contenuto del provvedimento, limitandosi a dichiarare il dovere formale dell'amministrazione di fornire in ogni caso una risposta, restando ovviamente libera, al momento dell'esercizio del potere, di negare il

---

dell'interesse pubblico, dall'altra la pubblica autorità che deve esercitare il potere in forza dell'astratta previsione normativa e, infine, il cittadino che è tutelato con l'interesse legittimo che dialoga con il potere-dovere.

<sup>100</sup> In questo senso, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., per il quale nel caso di procedimento a istanza di parte si configura tra privato istante e amministrazione "una relazione diritto soggettivo-obbligo, entrambi aventi un carattere formale (diritto-obbligo a una risposta in ordine all'istanza).

<sup>101</sup> In questo senso, F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, per il quale la riconducibilità del dovere di pronuncia ai doveri materiali porta a escludere che il silenzio dell'amministrazione rientri nell'ambito delle violazioni dei doveri provvedimentali.

<sup>102</sup> Sul punto, A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., secondo cui si configura in capo all'amministrazione un dovere di natura formale e generale che può essere garantito solo con una tutela dichiarativa. "Essa offre l'accertamento di un dovere che può astrattamente ipotizzarsi (...). Dovere, questo, che tanto più è ipotizzabile in quanto lasci spazio alle valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione" (p. 110).

provvedimento voluto dal privato, ossia di determinare autonomamente il contenuto dell'atto e conseguentemente la sua incidenza sulla realtà giuridica.

Diversamente, quando l'attività amministrativa è vincolata, il dovere acquista anche una valenza sostanziale, essendo l'amministrazione tenuta ad adottare proprio il provvedimento richiesto. Il che trova riscontro anche sul piano processuale perché il giudice, chiamato a decidere sulla legittimità del silenzio, potrà condannare l'amministrazione a emanare l'atto voluto, eventualmente anche nominando un commissario che si sostituisca all'ente che perduri nell'inerzia.

Tuttavia, a ben guardare, tornando ovviamente alle ipotesi di attività discrezionale, risulta assai arduo attribuire al dovere di provvedere una portata meramente formale, nel senso della sufficienza di una qualsiasi risposta al privato perché possa dirsi adempiuto il dovere di provvedere<sup>103</sup>. E invero, a un dovere formale di valutare e decidere sull'istanza si affianca un dovere sostanziale di definire gli interessi in rilievo.

Anche nell'attività discrezionale, infatti, l'amministrazione non è mai del tutto libera e ciò, peraltro, è dimostrato dalla previsione di uno specifico vizio che può essere fatto valere davanti al giudice amministrativo, al fine di dichiarare l'illegittimità dell'atto che esprime la decisione viziata ed eventualmente disporre l'annullamento.

È noto, infatti, che il vizio di eccesso di potere rappresenta proprio il risvolto patologico della discrezionalità, consentendo al cittadino che abbia subito una lesione dall'esercizio illegittimo del potere discrezionale di rivolgersi al giudice per ottenere tutela. Se la necessità di rispondere all'istanza del privato, nelle ipotesi di attività discrezionale, fosse considerata esclusivamente un'esigenza di tipo formale, allora la decisione dell'amministrazione non potrebbe mai risultare viziata, posto che verrebbe correttamente adempiuto il dovere di evadere la richiesta del cittadino.

Invece, il riconoscimento anche di un contenuto sostanziale del dovere di provvedere, per cui si richiede all'amministrazione di valutare effettivamente la pretesa del privato, procedendo a un esame dei diversi interessi in gioco, fa sì che la decisione in concreto adottata possa essere sottoposta al vaglio del giudice, il quale può, dunque, annullarla laddove risulti illegittima per eccesso di potere.

---

<sup>103</sup> Si potrebbe osservare che, nel caso di provvedimento semplificato di rifiuto, sussistono le condizioni per qualificare la posizione del privato come diritto. Invero, la ragione per cui (anche) in tal caso questa tesi va scartata è che essa postula e presuppone la scomposizione dell'unitaria posizione del privato a fronte di un'amministrazione dotata di potere in diverse autonome posizioni, perdendo di vista che la situazione del privato va descritta e misurata (oltre che efficacemente tutelata) tenendo conto della unitaria tensione tra potere attribuito all'amministrazione e bene della vita che risulta coinvolto dall'azione amministrativa. Ciò non esclude che quella posizione unitaria tolleri diverse forme di protezione, ma questa premessa non conduce a costruire innumerevoli diritti quanti sono i vincoli che l'ordinamento pone in capo all'amministrazione.

Alla luce di quanto detto finora, non si ritiene di potere classificare la necessità di concludere tempestivamente il procedimento talvolta come obbligo, talaltra come dovere, a seconda che il potere sia stato o meno esercitato e di conseguenza vi sia o meno un atto da impugnare. Si deve, pertanto, affermare che, a seguito della presentazione di un'istanza, nei limiti che sono stati esaminati nel corso della trattazione precedente, sorge in capo all'amministrazione il dovere di esaminare la domanda e, in caso di potere discrezionale, di provvedere alla definizione degli interessi in conformità a quel principio di logicità-congruità che assicura la legittimità della scelta.

Infine, una conferma della natura di interesse legittimo della posizione giuridica del privato a fronte del dovere dell'amministrazione di provvedere sembra pervenire anche dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, in base al quale il ricorso avverso il silenzio non è esperibile per fare valere posizioni di diritto soggettivo. Non avrebbe senso, infatti, ritenere, da un lato, che il cittadino sia titolare di un diritto soggettivo alla tempestiva conclusione del procedimento, con una sua conseguente lesione nel caso di mancata adozione del provvedimento, e, dall'altro, che il rito espressamente introdotto dal legislatore per fare fronte alle ipotesi di inerzia dell'amministrazione non sia esperibile per la tutela di diritti soggettivi<sup>104</sup>.

E, invero, proprio in questa direzione muove la giurisprudenza maggioritaria, per cui il rito avverso il silenzio non rappresenta uno strumento di chiusura del sistema, attivabile in ogni circostanza in cui l'amministrazione resti inerte. Il rimedio contro l'inerzia amministrativa riguarda, infatti, esclusivamente le ipotesi in cui l'amministrazione non adotti i provvedimenti mediante i quali si esprime il potere.

---

<sup>104</sup> Sul profilo appena richiamato si rinvia a quanto si dirà più nel dettaglio in relazione alla tutela giurisdizionale avverso il silenzio. Tuttavia, preme ora anticipare che la giurisprudenza maggioritaria esclude che l'azione speciale possa essere esercitata per la tutela di un diritto soggettivo rimasto leso dall'inattività dell'amministrazione (si pensi, ad esempio, al mancato pagamento di una somma di denaro). E, invero, non potrebbe ragionarsi diversamente se si pensa che nel giudizio avverso il silenzio il ricorrente non si limita a chiedere una tutela interna al processo, come sarebbe sufficiente nel caso fosse fatto valere un diritto soggettivo, rendendosi, altresì, necessaria l'azione successiva dell'amministrazione o eventualmente del commissario *ad acta* appositamente nominato. Sul punto, si v. A. SCIRÈ, *Il rito contra silentium a tutela dei diritti soggettivi?*, in *Foro amm. C.d.s.*, 2006, fasc. 3, 1019, per cui "l'indagine sul preteso inadempimento dell'amministrazione nel particolare meccanismo descritto dall'art. 21 *bis*, l. Tar, appare funzionale all'emanazione dell'ordine del giudice di provvedere, laddove nel giudizio di accertamento del diritto il ricorrente non vanta alcun diritto suppletivo verso l'avversario se non lo stesso diritto di azione, coordinato a un interesse d'accertamento. Dunque, non una prestazione che si pretende dal convenuto, ma l'accertamento della spettanza del bene cui inerisce la pretesa rimasta inevasa". Ancora sul profilo in esame, si v. F. GAMBARDELLA, *Giudizio sul silenzio-rifiuto e diritti soggettivi*, in *Foro amm. Tar*, 2007, fasc. 11, 3559, che richiama la giurisprudenza (in particolare Ad. plen., n. 1/2002) che ricollega l'azionabilità del ricorso avverso il silenzio alle ipotesi in cui viene in rilievo l'esercizio (o meglio il mancato esercizio) di una potestà amministrativa, affermando che in siffatto modo si escludono dalla cognizione del giudice del silenzio tutte le situazioni in cui il rapporto tra amministrazione e privato si sviluppa nella direzione obbligo-diritto soggettivo.

E ciò trova conferma soprattutto nel fatto che la stessa disciplina del ricorso avverso il silenzio, fin dalla sua introduzione, fa espresso riferimento alla mancata adozione di un provvedimento, il che esclude che l'azione possa essere esercitata nei casi in cui l'amministrazione non sia titolare di un potere<sup>105</sup>.

La tutela processuale avverso il silenzio è, dunque, ammessa esclusivamente in presenza di una relazione tra amministrazione e privato fondata sul rapporto tra potestà pubblica e interesse legittimo. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, l'art. 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, cui era riservata la disciplina del ricorso avverso il silenzio prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo, non ha introdotto una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma semplicemente una diversa azione processuale, esperibile solamente nei casi in cui sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

Pertanto, qualora si controverta in questioni caratterizzate dall'assenza di potestà pubblicistiche e dalla contestuale titolarità di posizioni di diritto soggettivo in capo ai privati, la tutela giurisdizionale è affidata al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 103 della Costituzione<sup>106</sup>.

Come si avrà modo di approfondire meglio nella parte della trattazione dedicata allo strumento processuale cui si fa ora cenno, dunque, non è possibile azionare il rito avverso il silenzio ogniqualvolta la soddisfazione della pretesa privata non passi per il tramite del potere amministrativo, sussistendo in quel caso in capo al cittadino dei diritti soggettivi la cui tutela è affidata al giudice ordinario. Diversamente, si giungerebbe all'inaccettabile risultato di sottoporre il privato, titolare di un diritto soggettivo, alle forme e ai limiti del giudizio ordinario in caso di provvedimento espresso di diniego, mentre nel caso di inerzia questi potrebbe ottenere tutela immediata davanti al giudice amministrativo a seguito dell'esercizio dell'azione avverso il silenzio<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Sul punto, si v. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, il quale afferma che il rito avverso il silenzio riguarda esclusivamente le ipotesi rientranti nello schema norma-potere-effetto, restando escluse dalla sua applicazione tanto le situazioni in cui è la stessa legge a disporre l'equipollenza del silenzio a un provvedimento amministrativo tanto quelle riconducibili allo schema norma-fatto-effetto, in cui si configura un rapporto di obbligo-diritto tra amministrazione e privato.

<sup>106</sup> Sul punto si v. E. MATTEI, *Il rito del silenzio ex art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971 e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di pubblico impiego*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2009, fasc. 4-5, 325. L'A., nell'affrontare il problema dell'azionabilità del rito speciale per le questioni concernenti il pubblico impiego, richiama, infatti, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che limita l'applicabilità dell'istituto alle controversie rientranti nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità ovvero esclusiva, a condizione, però, che la posizione giuridica fatta valere dal ricorrente non sia di diritto soggettivo.

<sup>107</sup> In questo modo si è espressa l'Ad. Plen. del Supremo Consesso amministrativo che, con decisione del 9 gennaio 2002, n. 1, ha chiarito la necessità che il ricorrente che agisce contro il silenzio dell'amministrazione sia titolare di un interesse legittimo. Si v., a tal proposito, il commento di L. TARANTINO, *L'epilogo del*

Né si potrebbe ritenere, infatti, che la situazione del privato rispetto all'amministrazione muti a seconda che il provvedimento sia o meno adottato, nel senso che nel primo caso l'eventuale lesione riguarderebbe un interesse legittimo, mentre nel secondo il diritto soggettivo a ottenere comunque una pronuncia dell'amministrazione.

La situazione giuridica del privato in presenza del potere amministrativo deve configurarsi sempre in termini di interesse legittimo, indipendentemente dal fatto che il potere venga esercitato. Come si avrà modo di chiarire nel paragrafo immediatamente successivo, la mancata adozione dell'atto è, infatti, idonea al pari di un provvedimento illegittimo a ledere l'interesse del privato, senza che sia necessario qualificare in modo differente la sua posizione giuridica al fine di assicurarne la tutela.

### **2.3. La lesione dell'interesse legittimo per violazione del dovere di provvedere**

In seguito all'analisi delle diverse posizioni dottrinali, si è giunti alla conclusione che il privato è titolare, a fronte del dovere dell'amministrazione di provvedere, di un interesse legittimo, unica situazione soggettiva compatibile con il potere.

La conferma di quanto sostenuto giunge anche dall'esame degli effetti che la violazione del dovere di provvedere produce ai danni del privato. O meglio, si può sostenere che l'interesse legittimo, tradizionalmente leso da un provvedimento illegittimo dell'amministrazione, può subire un pregiudizio anche dal mancato esercizio del potere, ossia dalla violazione del dovere di provvedere che, alla luce di quanto detto finora, incombe sull'amministrazione competente.

Al fine di dimostrare come l'inerzia amministrativa sia idonea a ledere l'interesse legittimo al pari di un provvedimento espresso sembrano doverosi ulteriori chiarimenti. In particolare, è necessario interrogarsi ancora sulla portata dell'interesse legittimo e sulla rilevanza della distinzione rispetto al diritto soggettivo<sup>108</sup>.

---

*silenzio. O sancta simplicitas!*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 4, 420, per il quale il silenzio inadempimento si forma quando a fronte della domanda del privato l'amministrazione è titolare di un potere amministrativo, sicché non può configurarsi una relazione di diritto e obbligo, dovendosi esplicitare necessariamente nelle forme dell'interesse legittimo e del potere amministrativo. Non può, infatti, accogliersi la tesi di una bipartizione dell'interesse legittimo, che assumerebbe una diversa natura a seconda che l'amministrazione adotti o meno un provvedimento espresso, dovendosi ritenere che la necessità che l'amministrazione concluda il procedimento entro i termini di legge e in maniera espressa costituisca esclusivamente un aspetto vincolato del potere amministrativo, da ricondurre certamente a una relazione che si articola in posizioni di interesse legittimo e potere pubblico.

<sup>108</sup> Sull'effettiva inutilità di differenziare ontologicamente le due posizioni v. M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, fasc. 1, 46, per il quale l'unica ragione per cui a lungo si è discusso e ancora si discute delle differenze tra le due posizioni soggettive è legata al problema del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Ciò che rileva, infatti, secondo l'A., non è l'essenza di diritti e interessi, posto che non vi è tra loro "una intrinseca differenza, come del resto affermava già Vittorio Emanuele Orlando, poiché in definitiva sono tutte posizioni giuridicamente rilevanti che si

L'interesse legittimo è comunemente definito come una posizione giuridica soggettiva che si correla con il potere amministrativo, configurandosi in capo al cittadino che si rapporta con un'amministrazione che agisce come autorità<sup>109</sup>.

Data la connessione funzionale dell'interesse legittimo con l'interesse pubblico, la dottrina in un primo momento si è concentrata sul diritto potestativo del privato leso dall'attività illegittima dell'amministrazione, per cui a fronte dell'esercizio del potere si configurava in capo al privato un potere di reazione, così confermando ancora una volta la portata meramente occasionale della tutela dell'interesse legittimo.

Ciò che assumeva rilievo era, dunque, solo il risvolto processuale, la fase della tutela giurisdizionale, negandosi almeno inizialmente la rilevanza sostanziale dell'interesse<sup>110</sup>.

Secondo questa ricostruzione l'interesse acquisiva rilievo giuridico solo a seguito dell'esercizio del potere, dopo l'emanazione del provvedimento, mentre prima restava allo stadio dell'interesse di mero fatto. Non si riconosceva, quindi, alcun valore sostanziale all'interesse legittimo, il quale si riteneva sorgesse solo con l'adozione del provvedimento<sup>111</sup>, al fine di consentire al privato di ricorrere a un giudice per chiederne l'annullamento per l'eventuale lesione provocata alla propria situazione giuridica soggettiva.

L'interesse legittimo era considerato un mero potere di reazione, restando privo di qualsiasi riconoscimento nella fase precedente all'esercizio del potere. Il privato diveniva titolare di una posizione giuridicamente rilevante solo una volta esercitato il potere, proprio al fine di consentirgli l'accesso alla tutela giurisdizionale avverso gli atti posti in essere illegittimamente dall'amministrazione.

Il limite più grande della tesi che attribuiva una valenza meramente processuale all'interesse legittimo è, però, di non spiegare tutte le facoltà di cui dispone il privato nel

---

avvalgono di norme giuridiche e degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento", ma il diverso regime giuridico applicabile, pubblicistico per gli interessi e privatistico per i diritti. Dal fronte opposto, sulla rilevanza ancora attuale della distinzione, si v. F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, fasc. 2, 379.

<sup>109</sup> Si tratta di una situazione individuale strettamente connessa con l'interesse pubblico, anche se non priva di una sua autonoma rilevanza sostanziale. Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Edizione a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, il quale, infatti, è uno dei primi a riconoscere la portata anche sostanziale dell'interesse legittimo e a negare che la protezione dell'interesse legittimo sia solo eventuale e indiretta, passando per il tramite della tutela dell'interesse pubblico.

<sup>110</sup> In questo senso, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, secondo cui in passato l'attenzione sull'interesse legittimo era legata esclusivamente a ragioni di tutela processuale. L'interesse legittimo emergeva, infatti, solo a seguito della sua lesione, con la conseguenza che assumeva un rilievo meramente processuale, ai fini della legittimazione al ricorso e dell'individuazione del soggetto che poteva contestare l'operato della pubblica amministrazione.

<sup>111</sup> Così G. BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, per il quale "l'origine dell'interesse è dentro l'atto" (p. 120). Si tratta, infatti, di una situazione giuridica che si contrappone all'interesse pubblico tutelato con il provvedimento, che sorge proprio a seguito dell'emanazione dell'atto.



corso del procedimento, il quale, oltre a poterne determinare l'avvio mediante il potere di iniziativa, può parteciparvi, così influenzando l'esercizio della funzione e contribuendo alla definizione degli interessi in gioco<sup>112</sup>.

La tesi della natura meramente processuale dell'interesse legittimo è stata, pertanto, pian piano superata in favore di una sua ricostruzione sostanziale. Lo stretto collegamento con l'interesse pubblico ha fatto sì, infatti, che l'interesse legittimo continuasse ad essere considerato soltanto in via riflessa, ammettendone la tutela esclusivamente in via occasionale e indiretta, come conseguenza della protezione piena riconosciuta, invece, all'interesse pubblico.

In una seconda fase, dunque, l'interesse legittimo è stato interpretato come un interesse strumentale rispetto a quello pubblico, identificando l'oggetto proprio di questa nuova posizione giuridica nella legittimità dell'azione amministrativa.

Tuttavia, affinché l'interesse legittimo potesse assurgere a situazione giuridica soggettiva era, altresì, necessario un collegamento con una posizione individuale. L'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa presenta, infatti, carattere generale (nonché formale), cosicché tutti potrebbero dirsi portatori. Per potere riconoscere, dunque, soggettività all'interesse legittimo, l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa doveva essere correlato a un interesse materiale del privato sul quale incide l'atto amministrativo.

Nasceva, così, l'idea dell'interesse legittimo quale interesse di tipo strumentale rispetto alla situazione giuridica del privato. Ciò cui l'ordinamento riconosceva tutela piena era esclusivamente l'interesse strumentale, mentre la soddisfazione dell'interesse propriamente avvertito dal cittadino era meramente eventuale<sup>113</sup>.

Quanto poi all'oggetto di questo interesse strumentale, sembrava chiaro, dal momento che il privato era tutelato nei confronti dell'attività amministrativa nei limiti della sua conformità alla legge, che coincidesse con la legittimità dell'azione. L'interesse legittimo veniva, dunque, interpretato alla stregua di un interesse al corretto esercizio del potere, al rispetto delle leggi da parte della pubblica amministrazione.

---

<sup>112</sup> In questo senso, F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., il quale afferma che la tesi per cui l'interesse legittimo verrebbe ad esistenza solo a seguito dell'adozione del provvedimento non è soddisfacente, in quanto non tiene conto di tutti i poteri di iniziativa e partecipazione che il privato può esercitare in occasione dell'esercizio del potere e che possono influenzarne anche il risultato.

<sup>113</sup> Sul punto si v. F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., secondo cui qualificare l'interesse legittimo in termini di interesse strumentale consente di superare l'ostacolo derivante dalla necessità di contemperare l'assolutezza della tutela riconosciuta a ogni situazione giuridica soggettiva con l'eventualità della realizzazione dell'interesse privato.

A una simile ricostruzione si contestava, però, di avere confuso il limite della tutela riconosciuta al privato a fronte dell'esercizio del potere – rappresentato dalla legittimità dell'azione – con l'oggetto dell'interesse<sup>114</sup>.

Quest'ultimo, infatti, doveva essere individuato richiamando la natura strumentale dell'interesse legittimo. Posto che, quando l'autorità amministrativa è titolare del potere l'interesse concreto del privato può essere soddisfatto solo mediante l'esercizio della funzione, l'interesse strumentale ha per oggetto proprio il comportamento dell'amministrazione.

L'interesse legittimo, dunque, strumentale rispetto a un bene della vita, finiva per consistere nell'interesse a che l'amministrazione esercitasse il potere, il solo modo per garantire la soddisfazione (anche se solo eventuale) della pretesa del cittadino. Il fatto poi che la realizzazione del privato fosse solo eventuale si giustificava in virtù del limite che l'ordinamento pone alla tutela della situazione giuridica privata a fronte del potere amministrativo, rappresentato dalla legittimità dell'azione<sup>115</sup>.

Ciò che era eventuale, però, era solo il soddisfacimento della pretesa del cittadino, mentre veniva riconosciuta tutela piena all'interesse legittimo a che l'amministrazione esercitasse il potere (nei limiti della sua conformità alla legge).

Inoltre, nel momento in cui l'interesse legittimo aveva per oggetto l'esercizio stesso del potere gli si riconosceva portata sostanziale e l'interesse del privato non era più considerato un semplice limite al potere dell'amministrazione, ma un elemento che partecipava alla individuazione delle concrete modalità del suo esercizio<sup>116</sup>.

Accogliendo questa tesi, l'interesse privato si confronta, dunque, con l'interesse pubblico sul piano sostanziale, contribuendo a determinarne la portata, cosicché la protezione del

---

<sup>114</sup> In questo senso, F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., per il quale la tesi dell'interesse alla legittimità confonde il problema dell'individuazione dell'interesse sostanziale giuridicamente protetto con quello dei limiti entro cui l'ordinamento assicura protezione. Peraltro, si ricordi l'opinione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, per il quale, dal momento che le situazioni giuridiche si costruiscono attorno a beni della vita, la legittimità di un atto non può certamente essere considerata tale.

<sup>115</sup> Secondo E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 323, questa tesi poneva l'accento sul carattere occasionale e/o strumentale della protezione, assicurata solo nei limiti in cui l'azione amministrativa fosse legittima. Il privato non poteva, infatti, esigere la soddisfazione dell'interesse al bene, "risultando così messo in ombra il carattere soggettivo della situazione ed evidenziata una dimensione strumentale e oggettiva (la legittimità) che poco ha a che vedere con la concreta aspirazione del soggetto".

<sup>116</sup> Così, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., secondo cui la protezione dell'interesse legittimo consiste, allora, nella possibilità riconosciuta al titolare di incidere sull'esercizio del potere, partecipando al momento della sua formazione, cooperando con l'amministrazione affinché sia correttamente esercitato.

primo non può dirsi meramente eventuale, ma consiste nella possibilità stessa di incidere sull'esercizio del potere, assicurando il suo corretto esplicarsi<sup>117</sup>.

L'interesse legittimo non è, dunque, un potere di reazione per i casi in cui l'amministrazione abbia esercitato illegittimamente la funzione, ma una figura giuridica sostanziale<sup>118</sup> che interviene prima e nel corso dello svolgimento dell'attività, contribuendo a indirizzare il potere.

L'interesse legittimo va, allora, osservato sotto una prospettiva diversa, non più esclusivamente processuale, ma soprattutto procedimentale<sup>119</sup>. Il cittadino titolare dell'interesse non si limita a subire l'esercizio del potere ed eventualmente a reagire chiedendo l'annullamento dell'atto illegittimo, ma partecipa attivamente alla formazione del provvedimento che costituisce espressione del potere.

Il titolare dell'interesse legittimo, infatti, oltre a disporre del potere di reagire avverso un provvedimento sfavorevole, mediante l'impugnazione davanti al giudice amministrativo (che, però, si è detto, garantisce tutela al privato nei limiti della legittimità dell'atto), gode anche di una serie di ulteriori facoltà strumentali, che possono essere esercitate durante la fase procedimentale, al fine di indirizzare la decisione dell'amministrazione in senso favorevole all'interessato.

Ne consegue che l'oggetto dell'interesse legittimo non è (solo) la legittimità dell'azione, ma l'esercizio stesso del potere in senso favorevole al suo titolare. Il privato mira a ottenere una determinazione positiva (nel caso di interesse pretensivo, o comunque spera che l'amministrazione non adotti un provvedimento contrario ai suoi interessi in caso di

---

<sup>117</sup> In questo senso, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., per il quale il privato prende parte al procedimento (siamo, quindi, in una fase sostanziale) non per limitare il potere, ma per contribuire alla sua stessa determinazione. "Il potere amministrativo si esercita (...) attraverso una sorta di confronto e cooperazione dinamici con gli interessi privati, che ha la sua sede nel procedimento" (p. 99). L'A. fa discendere la tesi della partecipazione degli interessi privati all'esercizio del potere pubblico dall'art. 97 Cost., posto che sarebbe proprio il principio di imparzialità a imporre che le norme sull'organizzazione tengano in considerazione gli interessi privati tanto sul piano sostanziale che sul quello strumentale. Con riferimento al primo, assicurando che il potere sia commisurato agli interessi privato, sul secondo piano, invece, fornendo i mezzi necessari affinché gli interessi privati partecipino alla definizione del potere, escludendo così che si trovino in una situazione di mera soggezione. Sul punto, si ricordi, poi, la nota definizione di F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., per cui l'interesse legittimo è una situazione giuridica sostanziale che "dialoga" con il potere.

<sup>118</sup> Sul punto, si v. F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., secondo il quale l'interesse legittimo costituisce una situazione giuridica soggettiva, sostanziale e strumentale, per cui non va confuso con i poteri reattivi che sorgono in capo al titolare dell'interesse legittimo quando viene leso. Anche perché non si potrebbe parlare di lesione, né tantomeno di poteri reattivi, se non riguardassero una situazione soggettiva cui è riconosciuto valore giuridico già a livello sostanziale. L'interesse legittimo sta, dunque, prima della lesione e, anzi, costituisce l'oggetto della lesione.

<sup>119</sup> In questo senso, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., per il quale la tesi che attribuisce valore sostanziale all'interesse legittimo ne esalta la propensione pretensiva, oltre che oppositiva, collocando la posizione giuridica soggettiva in oggetto in una dimensione più che altro procedimentale.

interesse oppositivo) che gli consenta di raggiungere il bene finale sotteso al suo interesse<sup>120</sup>.

Alla base dell'interesse legittimo vi è, infatti, sempre un interesse materiale che per essere soddisfatto necessita dell'azione amministrativa, di talché l'oggetto dell'interesse legittimo non può che essere rappresentato dalla disciplina favorevole all'interesse finale, mentre la legittimità del provvedimento costituisce meramente il limite della tutela giurisdizionale riconosciuta al privato<sup>121</sup>.

Il che significa che, seppure la posizione giuridica del privato si concretizzi nell'interesse a che l'amministrazione eserciti il potere in maniera tale da garantire l'ottenimento del bene finale, ciò non è sempre assicurato, nel senso che, laddove l'azione dell'amministrazione risulti comunque legittima, la situazione del cittadino potrà dirsi pienamente garantita anche qualora la disciplina dettata dall'autorità con il provvedimento finale non risulti favorevole all'interessato.

L'interesse legittimo a che l'amministrazione eserciti il potere in maniera conforme a legge e, nei casi di attività discrezionale, al criterio di logicità-congruità è, infatti, pienamente tutelato, riconoscendosi la possibilità al privato di ricorrere al giudice per annullare l'eventuale provvedimento illegittimo lesivo, mentre la soddisfazione del bene finale rimane solamente eventuale. Ne deriva che anche la disciplina sfavorevole, se legittima, non provoca lesione della situazione giuridica soggettiva, dovendosi, appunto, confermare che la legittimità, pur non essendo l'oggetto dell'interesse legittimo, costituisce, però, un limite alla sua tutela<sup>122</sup>.

Alla luce di quanto finora sostenuto, nessun dubbio sorge sull'idoneità di un provvedimento illegittimo a ledere l'interesse del privato. Per ricollegarci all'oggetto

---

<sup>120</sup> L'interesse legittimo viene, allora, definito da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., come “la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità” (p. 103).

<sup>121</sup> Così F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., per cui “il comportamento del titolare del potere, in quanto comporta la formulazione o il mantenimento della disciplina favorevole all'attuazione dell'interesse finale, costituisce l'oggetto proprio dell'interesse legittimo” (p. 146).

<sup>122</sup> Questo perché, come si è già avuto modo di affermare, nel caso in cui il cittadino sia titolare di un interesse legittimo, a differenza di quanto avviene in presenza di un diritto soggettivo, l'ordinamento non garantisce il sicuro soddisfacimento dell'interesse finale sotteso alla situazione soggettiva del privato, dovendo, invece, assicurare la tutela dell'interesse pubblico predominante, affidato alla cura di quella peculiare amministrazione. Secondo A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., “l'interesse legittimo è una situazione giuridica sostanziale che l'ordinamento generale non protegge prioritariamente rispetto agli interessi pubblici di cui demanda all'Amministrazione la cura” (p. 215). L'amministrazione può, infatti, anche sacrificare l'interesse del privato in favore di quello pubblico ritenuto prevalente, purché nei limiti in cui risulti necessario per assicurare la piena protezione dell'interesse generale.

principale della presente ricerca, è necessario, allora, chiedersi se la lesione della situazione giuridica soggettiva in parola possa derivare anche dall'inerzia illegittima.

Si è detto che oggetto dell'interesse legittimo è l'interesse alla disciplina (favorevole) che costituisce espressione dell'esercizio del potere e che la legittimità rappresenta il limite alla sua tutela giurisdizionale.

Ne consegue che l'eventuale disciplina sfavorevole e illegittima lede la situazione giuridica del privato, mentre questi non può essere tutelato in caso di disciplina sfavorevole ma legittima, perché la legittimità costituisce, appunto, il limite al sindacato giurisdizionale. Se, però, l'interesse legittimo (pretensivo) consiste, prima di tutto, nell'interesse a che l'amministrazione eserciti il potere (ossia adotti una disciplina), essendo l'unico modo per consentire al privato di soddisfare l'interesse finale, allora, certamente l'assenza di una qualsiasi decisione risulta idonea a ledere la posizione giuridica del privato<sup>123</sup>.

Tenendo sempre presente il ruolo svolto dalla legittimità, si deve, dunque, concludere che anche la mancata illegittima adozione del provvedimento determini una violazione dell'interesse legittimo. Quando poi l'assenza del provvedimento possa dirsi illegittima deve essere ovviamente ricavato da quanto detto nel corso della trattazione precedente, in ordine alle ipotesi in cui sussiste un dovere di provvedere e, di conseguenza, la sua violazione determina un comportamento illegittimo<sup>124</sup>, idoneo a ledere la situazione giuridica del privato che, sulla base delle ricostruzioni offerte, non può che essere qualificata in termini di interesse legittimo.

---

<sup>123</sup> Sul punto, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., che chiarisce che “se l'interesse legittimo si intende come interesse al (l'ottenimento del) la disciplina (dell'interesse finale), si rende evidente che il comportamento inerte dell'Amministrazione, in quanto impedisce la (elaborazione della) disciplina, assume valore lesivo della situazione soggettiva vantata dal privato” (p. 164). Peraltro, posto che l'interesse legittimo è tutelato dall'ordinamento entro i limiti della legittimità, l'inerzia può essere lesiva solo laddove illegittima. E ciò avviene, secondo l'A., solo in presenza di un obbligo, posto che, altrimenti, non vi sarebbe alcuna omissione illegittima. In questo senso, di v. anche E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, cit., il quale conferma che l'illegittimità deriva sia dal provvedimento sfavorevole non motivato sia dall'inerzia, posto che tanto il rigetto della domanda che la mancanza di provvedimento impediscono la soddisfazione della situazione giuridica soggettiva del privato. A tal proposito, sembra opportuno ricordare che l'A., accogliendo l'ormai superata tesi dell'interesse legittimo quale potere di reazione alla lesione provocata dall'amministrazione, individua a fronte del dovere di provvedere un diritto soggettivo del privato, affermando che l'inerzia al pari di un provvedimento illegittimo non consente “lo svolgimento delle situazioni di diritto soggettivo, la cui titolarità determina l'interesse legittimo di chi venga leso dal comportamento illegittimo dell'Amministrazione”.

<sup>124</sup> Si v., a tal proposito, l'insegnamento del Supremo Consesso amministrativo (Ad. Plen. 8 maggio 1960, n. 8) per cui l'inerzia dell'amministrazione assume valore giuridico esclusivamente quando questa abbia il dovere giuridico di provvedere. È, infatti, la preesistenza del dovere di adottare un provvedimento a conferire illegittimità all'inerzia, configurandosi, come si vedrà meglio nel corso dell'ultimo capitolo, quale vero e proprio presupposto per la formazione del silenzio rifiuto.

## ***Capitolo II***

### ***Il tempo del procedimento e la sua rilevanza per la tutela del privato***

*Sommario:* Premessa. La violazione del termine di conclusione del procedimento come presupposto per l'attivazione dei rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione. Funzione del termine e sua decorrenza – 1.1. Le diverse finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione di un termine specifico per la conclusione del procedimento. I limiti temporali come regola della funzione – 1.2. Segue. Tempestività ed efficienza dell'azione amministrativa. Il tempo come risorsa pubblica scarsa da gestire efficacemente e responsabilmente – 1.3. Segue. La limitazione temporale del procedimento nella nuova relazione amministrazione – cittadino – 2.1. Il tempo del procedimento. Modalità e limiti per la fissazione del termine – 2.2. Segue. Le vicende del termine: interruzione e sospensione – 2.3. Segue. Gli ulteriori accadimenti idonei a ostacolare la naturale decorrenza del termine - 3.1. Effetti sostanziali e processuali della scadenza infruttuosa del termine. La natura del termine di conclusione del procedimento - 3.2. Segue. Il regime di validità del provvedimento tardivo - 4.1. Il “tempo” ai fini dell'individuazione della normativa applicabile. La regola del *tempus regit actum* - 4.2. Segue. Temperamenti giurisprudenziali e dottrinali: dal *tempus regit actum* al *tempus regit actionem* - 4.3. Segue. La soluzione risarcitoria per le conseguenze derivanti dall'applicazione della regola del *tempus regit actum* in caso di inerzia amministrativa - 5. Il tempo come bene giuridico autonomo

#### **Premessa. La violazione del termine di conclusione del procedimento come presupposto per l'attivazione dei rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione. Funzione del termine e sua decorrenza**

Si è detto, nel corso del primo Capitolo, che, affinché l'inerzia possa assumere valore giuridico, debba essere correlata alla violazione di un dovere a sua volta giuridico, identificato nel dovere di provvedere gravante in capo alle amministrazioni. Un ulteriore passaggio è, però, necessario per capire quando l'ordinamento debba attivarsi per tutelare il privato nei confronti dell'inerzia, ossia per individuare il momento a partire dal quale possano essere esperiti i diversi rimedi predisposti per contrastare il fenomeno del silenzio patologico dell'amministrazione.

Alla sussistenza in concreto del dovere di provvedere si affianca, dunque, quale presupposto per l'accesso alla tutela, principalmente giurisdizionale, ma, come si vedrà, anche procedimentale, la scadenza del termine di conclusione del procedimento. Solo la decorrenza infruttuosa del termine previsto dalla legge è, infatti, in grado di determinare il momento in cui effettivamente l'amministrazione può essere considerata inerte e, di conseguenza, si consente al privato di ricorrere ai vari strumenti offerti dall'ordinamento.

Per queste ragioni, diviene importante, come prima cosa, esaminare la disciplina del termine, al fine non soltanto di individuare quello applicabile a ciascun procedimento, ma, soprattutto, di accertare il momento effettivo in cui si forma il silenzio inadempimento, anche alla luce delle diverse vicende che possono incidere sulla sua normale decorrenza.

Le esigenze istruttorie possono, infatti, giustificare un allungamento dei tempi, così come il fenomeno dell'inerzia "interna" allo stesso procedimento può comportare uno slittamento del termine finale. Peraltro, ciò può derivare sia da cause legate alla stessa amministrazione procedente, sia da fatti imputabili ad altri soggetti che intervengono nel corso del procedimento, cosicché sarà necessario verificare come ciò possa influire sulle diverse responsabilità e sulla scelta dei rimedi attivabili dal privato.

Definito il momento in cui si forma l'inerzia amministrativa, bisogna approfondire l'esame degli effetti che si producono sulla tutela del privato, non solo in relazione alla possibilità di ricorrere agli specifici mezzi predisposti dall'ordinamento, bensì anche per quanto concerne la persistenza o meno del potere amministrativo. Nel corso del presente Capitolo, pertanto, saranno analizzate le differenti tesi a favore e contro il permanere del potere in caso di scadenza del termine del procedimento e le conseguenze che ne derivano in ordine alla validità dell'eventuale provvedimento tardivo.

Senza anticipare già in questa sede quale sarà la posizione accolta, preme ricordare che sorge con riferimento all'esercizio tardivo del potere un ulteriore profilo problematico, relativo alla disciplina sostanziale applicabile al provvedimento emanato successivamente alla scadenza del termine di legge.

Detto aspetto sembra, infatti, avere importanti ripercussioni non solo sulla validità dell'atto, ma anche sulla portata del risarcimento per le conseguenze derivate al privato dal mancato rispetto del termine del procedimento. Pertanto, l'ultima parte sarà dedicata al problema del rapporto tra la violazione del termine e l'adozione tardiva dell'atto finale, con particolare attenzione alla sua validità e alle norme sostanziali che ne colorano il contenuto.

Prima, però, di seguire lo schema così prefissato e di esaminare le diverse questioni connesse al termine di conclusione del procedimento e alla sua violazione, un cenno meritano le ragioni che hanno spinto il legislatore a introdurre una specifica limitazione temporale del procedimento.

Il termine è stato, infatti, inserito nel nostro ordinamento con portata generalizzata solo a partire dal 1990, essendo prima rimesso alla discrezionalità delle singole amministrazioni, salvo alcune specifiche disposizioni normative applicabili a determinati procedimenti. La

previsione espressa del dovere di tutte le amministrazioni di portare a termine il procedimento in un tempo prestabilito risponde, dunque, a diverse finalità, che spaziano dalla regolamentazione puntuale della funzione alla necessità di assicurare maggiori garanzie e certezze al privato coinvolto dall'azione amministrativa.

Seppure, poi, alcune delle finalità non appaiano immediatamente volte a tutelare il privato, è sempre necessario ricordare che, anche qualora non vi sia un vantaggio diretto per il cittadino, la ragione ultima della fissazione di un orizzonte temporale all'azione amministrativa è comunque di assicurare un esercizio corretto della funzione, nell'interesse non solo del singolo individuo che si rapporta con l'amministrazione in un dato procedimento, ma della generalità dei consociati di cui in ogni caso egli fa parte<sup>125</sup>.

Il Capitolo avrà, dunque, inizio con l'esame delle diverse finalità sottese all'introduzione del termine, anche al fine di consentire un collegamento con la parte della tesi dedicata allo studio delle varie forme di tutela. L'analisi dei rimedi offerti dall'ordinamento contro l'inerzia dell'amministrazione sarà, infatti, realizzata alla luce di alcuni parametri di riferimento così da aprire la strada a un loro confronto, in vista dell'individuazione di quello più idoneo a garantire maggiormente il privato.

Tra questi parametri, il primo riguarderà l'interesse alla cui tutela mira in via principale ciascuno strumento e, in quell'occasione, si avrà modo di verificare come l'introduzione di uno specifico termine sia legato al perseguimento di finalità non già unitarie, ma, appunto, plurime.

### **1.1. Le diverse finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione di un termine specifico per la conclusione del procedimento. I limiti temporali come regola della funzione**

Il primo comma dell'art. 2 della l. n. 241/1990 richiama, come si è avuto modo di chiarire nel corso del primo Capitolo, la necessità che l'amministrazione concluda il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Segue la previsione del termine entro cui deve essere adempiuto tale dovere.

---

<sup>125</sup> La considerazione sembra trovare conferma nel pensiero di P. GOTTI, *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della p.a. nella conclusione del procedimento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, fasc. 11, 2473, il quale, ammettendo, come si vedrà in seguito, la risarcibilità del danno da mera violazione del termine di conclusione del procedimento, chiarisce che "il rispetto dei termini procedurali e la certezza della tempistica nei rapporti amministrativi, oltre ad appagare un'aspettativa qualificata del privato all'osservanza delle regole dell'azione amministrativa, realizzano contestualmente anche (...) il principio costituzionale del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione pubblica, che attiene ad un'esigenza per così dire organizzativa, interna alla medesima, alla piena soddisfazione della quale tuttavia i privati sono direttamente interessati" (p. 2482).



L'analisi del quadro normativo che vigeva prima dell'introduzione dell'art. 2 ha dimostrato come prescrivere il dovere di portare a termine il procedimento, in assenza di una specifica disposizione in ordine al momento entro il quale ciò debba avvenire, non producesse alcun effetto conformativo sull'attività della pubblica amministrazione<sup>126</sup>.

In mancanza di una precisa indicazione, infatti, la responsabilità di determinare la ragionevole durata del procedimento era riservata allo stesso soggetto tenuto ad adempiere, con la naturale e ineluttabile conseguenza che il tempo del procedimento veniva dettato dalle esigenze interne all'organizzazione dell'amministrazione competente, ossia risultava legato alla natura virtuosa ed efficiente della stessa ovvero negligente e abulica.

Pertanto, proprio al fine di limitare la discrezionalità nel *quando* e rendere effettivamente coercitivo il dovere di concludere il procedimento<sup>127</sup>, il legislatore del 1990 ha introdotto un termine finale che, a seguito di diverse evoluzioni normative, è attualmente fissato in trenta giorni, salva la previsione di una diversa disciplina secondo le modalità di cui si avrà modo di parlare successivamente.

La fissazione di un preciso momento conclusivo del procedimento risponde, come già anticipato, a diverse esigenze<sup>128</sup> che possono essere ricondotte a tre obiettivi principali. Il primo, che sarà esaminato in questa sede, è rappresentato dalla necessità di disciplinare l'azione amministrativa, il secondo e il terzo, oggetto dei paragrafi successivi, sono, invece, costituiti rispettivamente dall'efficienza amministrativa e dalla rilevanza del tempo nella nuova relazione amministrazione-cittadino.

Concentrandoci al momento sulla prima finalità perseguita dal legislatore, si è detto che essa consiste nella regolamentazione della funzione.

Il rilievo è confermato dal fatto che la previsione di uno specifico termine è contenuta all'interno di una legge che si occupa, tra l'altro, di scandire il procedimento amministrativo<sup>129</sup> per assicurare il rispetto di quei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> In questo senso, L. GUAGLIANO – R. ROLLI, *Tempo, silenzio e processo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui l'imposizione dell'obbligo di concludere il procedimento non poteva prescindere dall'individuazione di un termine prestabilito, diversamente venendo meno tutte le garanzie di certezza dell'azione amministrativa.

<sup>127</sup> Così, A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, cit., per il quale si può parlare di doverosità dell'esercizio del potere proprio perché esiste un termine di conclusione del procedimento che, una volta scaduto infruttuosamente, fa sì che si configuri in capo al privato una situazione giuridica soggettiva tutelata giurisdizionalmente.

<sup>128</sup> Sulla finalità multiforme del termine di conclusione del procedimento, si v. M. LIPARI, *I tempi del procedimento. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, cit., per il quale esso si traduce sia in regola di esercizio del potere, sia in principio di organizzazione del soggetto pubblico, sia, infine, in norma di tutela dell'interesse del soggetto inciso dall'azione amministrativa.

<sup>129</sup> Secondo M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa, prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739, la scansione temporale del procedimento ha assunto rilevanza in occasione della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa. Tuttavia, la previsione di uno specifico

È la stessa Costituzione a imporre all'art. 97 il dovere di soddisfare al meglio gli interessi pubblici perseguiti (e, al contempo e di riflesso, quelli privati che con essi si confrontano)<sup>131</sup>. Per raggiungere un simile risultato non si può prescindere dall'agire in maniera tempestiva, rispettando la durata procedimentale fissata dalla legge e assicurando una definizione rapida e certa degli interessi.

La disciplina del termine di conclusione del procedimento, nella prospettiva della regolamentazione della funzione, ha pure lo scopo di assicurare la certezza dell'azione amministrativa<sup>132</sup>.

La certezza è un interesse generale, anche se – a conferma dell'impossibilità di scindere nettamente tra di loro le varie finalità qui esaminate - è al contempo un importante valore per il privato che si rivolge all'amministrazione<sup>133</sup>. Essa, in ogni caso, si traduce in garanzia di trasparenza, a tutela di tutti coloro che vengono a rapportarsi con l'amministrazione<sup>134</sup>, escludendo la possibilità che sussistano procedimenti di durata indeterminata.

---

termine di conclusione del procedimento non è volta esclusivamente a ordinare la sequenza procedimentale, bensì anche a garantire la certezza dei rapporti giuridici in favore dei cittadini. Sul punto, v. *infra* nel prosieguo della trattazione.

<sup>130</sup> Va incidentalmente osservato che in tal modo si consente, altresì, la verifica della legittimità dell'azione, in un contesto in cui il controllo giurisdizionale dell'osservanza di tutte le regole a presidio della buona amministrazione è sollecitato dal privato leso dall'inerzia.

<sup>131</sup> F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Diritto e società*, 2004, fasc. 4, 551, afferma che in realtà il merito dell'art. 97 Cost. non è tanto di avere codificato il dovere di buona amministrazione, quanto quello di avere strutturato il principio in maniera realistica. Infatti, la norma è indirizzata al legislatore, il quale ha il compito di organizzare i pubblici uffici in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Tuttavia, questo non significa che l'osservanza del principio debba essere garantita esclusivamente nell'organizzazione, ma che la buona amministrazione "si costruisce faticosamente sul campo, mattone per mattone, partendo dalle fondamenta" (p. 552).

<sup>132</sup> Sul punto si v. L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, secondo cui la previsione contenuta nell'art. 2, più che perseguire obiettivi di celerità dell'azione amministrativa, è indirizzata alla certezza, posto che, tra l'altro, l'avvio del procedimento consumerebbe la "discrezionalità temporale" dell'amministrazione. Si v. anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 4, 527, che giustifica il passaggio dalla discrezionalità nel quando all'imposizione di uno specifico termine di conclusione del procedimento richiamando la trasformazione da Stato "totalizzante" a Stato del mercato. Alle pubbliche amministrazioni si richiede, dunque, non soltanto di essere efficienti al pari dei soggetti privati per partecipare attivamente al mercato, ma anche di "dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia, giuridicamente, la concorrenza".

<sup>133</sup> Il cittadino, infatti, è fortemente interessato a conoscere (almeno in linea teorica) in anticipo il tempo entro cui potrà ottenere una risposta alla sua domanda, potendo, pertanto, fare affidamento sull'intervallo massimo che dovrà attendere per vedere quantomeno evasa la sua richiesta e, conseguentemente, investire le proprie risorse in maniera il più possibile sicura e proficua. Secondo S.S. SCOCA, *Il tempo come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, la fissazione di un termine preciso consente al privato di avere certezza riguardo alla sua situazione giuridica concreta, grazie anche alla pubblicità cui sono soggetti i termini. A questo aspetto si affianca, però, l'idoneità delle regole temporali che governano il procedimento amministrativo a promuovere l'efficienza e il buon andamento dell'amministrazione. In tal senso, si può, infatti, distinguere tra una valenza esterna e una interna del termine di conclusione.

<sup>134</sup> Sul punto, si v. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, cit.

Sempre nella prospettiva della rilevanza “pubblicistica” della fissazione del termine, un ulteriore importante nesso può essere individuato con la legalità che informa l’intera attività degli enti pubblici, nonché la loro organizzazione<sup>135</sup>. A conferma di ciò, si consideri che il dovere di concludere il procedimento mediante l’adozione di un provvedimento espresso è definito all’interno di una legge dettata per la pubblica amministrazione.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, possiamo fermare il discorso con una prima osservazione, rilevando che i soggetti pubblici sono i primi destinatari della norma che impone la conclusione del procedimento nei termini, per regolare al meglio l’esercizio della funzione retto dal principio di legalità. Il che è confermato dal fatto che la regola trova applicazione sia con riferimento ai procedimenti iniziati su istanza di parte, nei quali emerge più chiaramente l’interesse privato, sia in quelli avviati d’ufficio.

La delimitazione temporale diviene una disciplina generale della funzione amministrativa e del procedimento che ne costituisce espressione. Il fatto che il procedimento possa essere anche considerato come una fattispecie a formazione progressiva<sup>136</sup> fa sì che l’aspetto diacronico debba essere tenuto in attenta considerazione, assumendo il tempo particolare rilievo per l’azione amministrativa sotto diverse angolazioni, prima fra tutte come regola della funzione<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Sul legame tra il principio di legalità e la limitazione temporale del procedimento, si v. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, cit., per il quale è necessario valorizzare la portata delle disposizioni che stabiliscono i limiti temporali per l’esercizio del potere amministrativo alla luce del principio di legalità. Invero, il rispetto dell’autonomia di cui gode l’amministrazione consente che la fissazione del termine, ma sempre nel rispetto dei confini fissati dalla legge, sia effettuata da alcune amministrazioni nell’ambito dei propri ordinamenti (si v. art. 2, c. 5, per cui “fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza). Pur rinviando il discorso relativo alla validità dell’eventuale provvedimento tardivo alla trattazione successiva, occorre, poi, ricordare incidentalmente che il rispetto del termine di conclusione del procedimento costituisce una circostanza oggetto di valutazione anche per altri profili. Si pensi, infatti, alla scadenza infruttuosa del termine come presupposto per l’esperimento dell’azione avverso il silenzio, così come per l’accertamento della responsabilità per danno da ritardo ovvero, soprattutto alla luce delle recenti riforme normative, anche per eventuali responsabilità disciplinari e amministrativo – contabili. Il D.L. n. 5/2012, adottato dal Governo Monti, ha esteso la responsabilità per la violazione del dovere di provvedere entro il termine dal solo dirigente a tutti i funzionari che, con i loro inadempimenti, contribuiscono a causare il ritardo, oltre ad avere previsto che le sentenze che accolgono il ricorso avverso il silenzio debbano essere trasmesse in via telematica alla Corte dei conti per l’accertamento delle eventuali responsabilità.

<sup>136</sup> Su questo aspetto, si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, per il quale il procedimento amministrativo consiste in “una vicenda che si svolge in un arco di tempo” (p. 190). E ancora, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, secondo cui nessuna decisione amministrativa è adottata in un unico momento, con un solo atto, ma è preceduta da una serie coordinata di atti e fatti tutti indirizzati nella medesima direzione.

<sup>137</sup> In questo senso, S.S. COCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit., il quale, dopo avere affermato la necessità di dare risalto all’elemento cronologico, sostenendo che esso incida su diversi e importanti aspetti legati all’azione amministrativa, richiama l’opera di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., in cui l’A. individua quattro differenti profili del procedimento su cui incide il fattore tempo. Prima di tutto, appunto, come si è detto finora, come disciplina del procedimento, in secondo luogo

Infine, un cenno merita il discorso relativo alle garanzie che nel corso del procedimento devono essere assicurate al privato, all'interno delle quali sembra doversi ricondurre anche la sua ragionevole durata. E invero, più volte è stata sostenuta l'assimilabilità del procedimento amministrativo a un processo giurisdizionale, con la conseguenza che, al di là delle specifiche disposizioni che riconoscono strumenti soprattutto partecipativi al privato coinvolto, dovrebbero trovare applicazione pure le norme che disciplinano il giusto processo, con un notevole ampliamento delle garanzie spettanti in sede di esercizio del potere.

A sostegno di questa tesi vi è l'interpretazione non restrittiva dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dedicato, appunto, al giusto processo<sup>138</sup>. La norma, al paragrafo 1, riconosce, infatti, per quanto interessa in questa sede, il diritto di ogni persona a che "la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole".

La durata limitata del procedimento assurge, dunque, a vero e proprio diritto fondamentale, la cui protezione deve essere assicurata al fine di tutelare indirettamente l'interesse sostanziale sotteso alla pretesa del privato<sup>139</sup>.

Il profilo della tutela del privato sarà, però, ripreso nel corso del par. 1.3. Qui si vuole, invece, porre in luce un aspetto diverso, anche se con il precedente strettamente intrecciato, riconoscendosi alla delimitazione temporale la finalità di assicurare, altresì, la stabilità delle relazioni giuridiche<sup>140</sup>.

---

come durata del procedimento, in terzo luogo come durata dell'effetto e, infine, come fatto giuridico attinente alle situazioni soggettive. Sul punto si v. anche F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corriere giuridico*, 2011, fasc. 3, 301, per il quale il tempo va considerato anche come un bene strettamente giuridico proprio in virtù del fatto che esso è stabilito dalla legge che pone l'elemento temporale nell'ambito degli schemi regolatori della funzione, imponendo la certezza del termine finale per l'adozione del provvedimento.

<sup>138</sup> Nonostante l'art. 6 CEDU sia direttamente ed espressamente dedicato esclusivamente al processo (peraltro si fa riferimento solo a quelli civile e penale, senza alcun cenno al contenzioso amministrativo, al quale, però, la norma si ritiene in ogni caso applicabile senza particolari perplessità), la stessa Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo ha ampliato notevolmente il raggio di azione della norma, ritendendo che non rilevi la presenza di un organo di natura giurisdizionale o amministrativa, ma il tipo di decisione che viene adottata. Ciò che conta, infatti, è l'idoneità della decisione a incidere, con effetti vincolanti, sulla realtà giuridica, non essendo necessario che si tratti di una controversia in senso stretto. Sul punto, si v. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

<sup>139</sup> In questo senso, P. POZZANI, *Presupposti sostanziali del danno da ritardo e tutela giurisdizionale verso la p.a.*, in *www.giustamm.it*, che richiama l'intento dei giudici europei di tutelare, mediante il riconoscimento della garanzia procedimentale del termine ragionevole, il bene della vita cui aspira il privato.

<sup>140</sup> Secondo A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II) Profili applicativi* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, l'esigenza di certezza è connaturata alla stessa idea di diritto, mirando a garantire che il sistema di norme elaborato dall'ordinamento sia sempre determinato o almeno determinabile nella sua efficacia temporale, territoriale e personale. D'altra parte, che la certezza del diritto abbia da sempre rappresentato un obiettivo "strategico" è confermato anche da M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici* (voce), *ivi*, per il quale si tratta di un "valore irrinunciabile dell'esperienza giuridica", pur essendo stato detto principio richiamato e invocato periodicamente ma con motivazioni politiche diverse. Sicuramente, però, non si può tacere come nei

Nel diritto pubblico, infatti, l'esigenza di certezza della realtà giuridica rappresenta una costante, al pari di quanto avviene nell'ambito del diritto privato<sup>141</sup>, in cui gli istituti civilistici della prescrizione e della decadenza costituiscono il principale esempio dell'esigenza di limitare la possibilità per gli individui di modificare la realtà, così da assicurare la certezza e la stabilità delle relazioni giuridiche<sup>142</sup>.

La previsione del termine di conclusione del procedimento, dunque, garantisce una composizione stabile degli interessi coinvolti<sup>143</sup>, in favore tanto del singolo che si rapporti con l'amministrazione<sup>144</sup> tanto della collettività.

Certamente si può discutere (e non a caso la questione è assai controversa) circa gli effetti della violazione del termine sul potere amministrativo. Se, infatti, si ammettesse che

---

momenti di conflittualità sociale la certezza del diritto sia l'unica soluzione per dirimere i conflitti, garantendo la posizione *super partes* del diritto.

<sup>141</sup> Pure nel settore privato è, infatti, chiara l'influenza che il decorrere del tempo può avere sulle situazioni soggettive, anche se in questo caso assume ancora maggiore rilevanza l'inattività dei soggetti titolari di dette posizioni giuridiche. Proprio al fine di garantire la certezza delle relazioni giuridiche, infatti, il titolare della situazione soggettiva si trova davanti all'alternativa di esercitare il suo diritto ovvero perderlo. In termini, D. LEBAN, *Prescrizione e decadenza nel diritto privato*, Padova, 2003.

<sup>142</sup> Secondo C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, Torino, 1968, il fondamento della prescrizione va ricercato nell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici. Peraltro, nemmeno il fatto che il termine di prescrizione possa essere interrotto procrastinando anche all'infinito l'effettiva estinzione del diritto è idoneo a far venire meno lo scopo dell'istituto. Ciò che rileva è, infatti, che la situazione di diritto sia conforme a quella di fatto. Ancora, *ex multis*, si v. G. MOLFESE, *Prescrizione e decadenza*, Milano, 2009, per il quale sia la prescrizione che la decadenza si preoccupano di determinare gli effetti che il tempo e l'inerzia possono avere sulla titolarità delle situazioni soggettive, al fine di garantire la certezza delle relazioni giuridiche. L'unica differenza tra i due istituti starebbe, allora, nel fatto che nella prescrizione l'estinzione del diritto è legata all'inerzia del titolare, con riferimento, però, anche alle ragioni soggettive che l'hanno determinata; invece, nel caso della decadenza rileva l'oggettiva necessità di compiere determinati atti entro un termine perentorio, non avendo alcuna importanza le circostanze di carattere soggettivo che abbiano portato all'inutile decorso del tempo.

<sup>143</sup> Sul punto si v. S.S. COCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit., per il quale, dal momento che ogni interesse, sia esso pubblico o privato, deve essere gestito entro un arco temporale delimitato, il tempo del procedimento assume rilievo perché è proprio in quella sede che trovano composizione i diversi interessi legati a quello pubblico tutelato dall'amministrazione competente. E, dal momento che la cura dell'interesse pubblico si realizza con l'adozione del provvedimento finale, se il procedimento non fosse portato a termine non sarebbe assicurato il concreto soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito.

<sup>144</sup> Viene qui in evidenza, in particolare, il tema dell'affidamento del privato. D'altronde, si tratta della stessa *ratio* sottesa alla previsione di limiti alla possibilità per l'amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela. L'art. 21-*nonies* dispone, infatti, che il provvedimento illegittimo "può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole". Nonostante, dunque, non vi sia uno specifico termine per l'esercizio del potere di autotutela, è comunque necessario che l'eventuale annullamento d'ufficio sia disposto entro un termine compatibile con l'affidamento dei privati i cui interessi siano legati alla sussistenza dell'atto. Secondo G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2002, 689, è proprio il tempo l'elemento "più significativo per valutare l'esistenza di un affidamento degno di tutela" (p. 703). Per cui, mentre un breve lasso di tempo dall'adozione del provvedimento non è idoneo a determinare il consolidamento dell'affidamento del privato e di conseguenza non limita il potere dell'amministrazione di agire in autotutela, il trascorrere di un tempo lungo, pur non sanando l'illegittimità del provvedimento, comporta la stabilizzazione delle situazioni giuridiche create dal provvedimento. Sul punto, si v. anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., secondo il quale "è il principio di buona fede *sub specie* di tutela dell'affidamento che legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell'accertamento della illegittimità, possa avere conseguenze. Il tempo dell'affidamento rende certa la conservazione dell'atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità" (p. 541).

l'amministrazione perda il potere di provvedere, una volta decorso il termine, potrebbe essere garantita comunque la certezza del diritto, cristallizzando la realtà giuridica al momento della scadenza. Questa pare, d'altra parte, la soluzione scelta nel diritto privato, in cui istituti quali prescrizione e decadenza comportano un "congelamento" delle relazioni giuridiche, una volta decorso inutilmente il tempo a disposizione per l'esercizio di un diritto<sup>145</sup>.

Tuttavia, non sembra che la medesima soluzione possa essere accolta in presenza di un soggetto pubblico.

Se, infatti, nei rapporti tra privati appare piuttosto facile cristallizzare la realtà giuridica, perché il sacrificio di uno (il soggetto che, a causa del decorso del tempo, perde la possibilità di modificare la realtà giuridica) consente di conseguire un interesse di portata generale, qual è, appunto, quello alla certezza del diritto, diversa è la situazione in presenza di un ente che operi nell'esercizio di un potere autoritativo, attribuitogli in vista del soddisfacimento di un particolare interesse pubblico.

In questo caso, infatti, si contrappongono due interessi generali: da un lato, quello alla certezza del diritto insito nell'ordinamento giuridico, dall'altro, l'interesse pubblico puntualmente affidato all'amministrazione cui viene riconosciuto il potere di porre in essere gli atti necessari per garantirne la realizzazione.

Pertanto, se è possibile limitare le facoltà dei privati in vista del conseguimento di un interesse generale, non sembra possa dirsi lo stesso in presenza di un interesse pubblico. Qui, infatti, limitare le facoltà dell'amministrazione significherebbe impedire la soddisfazione di un altro interesse pubblico, quello specificatamente affidato alle sue cure<sup>146</sup>.

Ciò, però, non significa che il problema della certezza delle relazioni giuridiche sia del tutto eclissato. La stabilità dei rapporti viene perseguita con modalità differenti. Vero è che il decorso del tempo non è idoneo a impedire all'amministrazione di provvedere (e, quindi,

---

<sup>145</sup> Si v., a tal proposito, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, IX ed., per il quale "l'esigenza di certezza che, in ogni caso, è alla base della regolamentazione dei traffici pretende che date situazioni non possano essere protrate al di là di tempi comunque circoscritti, al fine di evitare una situazione di dubbio. In tal caso l'inerzia è sanzionata con la perdita del diritto" (p. 117).

<sup>146</sup> La considerazione svolta, per cui l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione prevarrebbe su quello alla certezza dei rapporti, sembrerebbe, peraltro, supportata dal fatto che, anche nel diritto privato, gli istituti prima richiamati non operano in presenza di situazioni soggettive particolarmente rilevanti, quali i diritti indisponibili (oltre i casi previsti espressamente dalla legge). In altre parole, così come nel diritto privato è ammessa una deroga alla regola generale della prescrittibilità dei diritti quando assume rilievo un interesse preminente dell'ordinamento, ossia la tutela dei diritti inviolabili, allo stesso modo nel diritto pubblico la necessità che sia perseguito un determinato interesse consente di soprassedere, seppure con i necessari accorgimenti, all'esigenza di certezza del diritto.

di incidere sulla realtà giuridica), come si chiarirà meglio in seguito, ma vi sono allo stesso tempo una serie di prescrizioni che devono essere osservate nell'esercizio dell'azione<sup>147</sup>.

La previsione di specifiche e puntuali regole, circa le condizioni cui è subordinato il potere dell'amministrazione, consente, così, di recuperare la tutela della certezza delle relazioni giuridiche. Se, infatti, non si può impedire l'esercizio del potere per il mero trascorrere del tempo, poiché, altrimenti, l'interesse pubblico specificatamente perseguito da quel soggetto potrebbe restare insoddisfatto, al contempo sono previsti una serie di limiti, volti a far sì che le esigenze di certezza non siano del tutto sacrificate.

E, invero, se, come si vedrà, il termine di conclusione del procedimento appare di natura ordinatoria, per cui l'amministrazione a seguito della sua scadenza non perde il potere di provvedere, dall'altra ci sono comunque rilevanti conseguenze che derivano dalla sua mancata osservanza, rientrando anche la limitazione temporale tra le regole che disciplinano l'esercizio del potere (la natura di norma di azione della previsione del termine sarà, infatti, sostenuta nel prosieguo della trattazione).

Senza anticipare le conclusioni cui si perverrà in occasione dello studio dettagliato del termine, basti qui ricordare che, seppure non sia possibile collegare alla decorrenza del tempo un impedimento assoluto all'esercizio del potere, con conseguente pregiudizio per la certezza dei rapporti, sono comunque previsti dei limiti che sembrano almeno in parte compensare.

## **1.2. Segue. Tempestività ed efficienza dell'azione amministrativa. Il tempo come risorsa pubblica scarsa da gestire efficacemente e responsabilmente**

La regolamentazione dell'azione amministrativa e la stabilità dei rapporti giuridici non rappresentano, come si è detto, gli unici obiettivi della imposizione di uno specifico termine di conclusione del procedimento. Restringendo la sfera di autonomia delle amministrazioni nel disporre termini diversi da quello residuale di cui all'art. 2, il legislatore ha inteso, al contempo, rendere più efficiente l'azione amministrativa<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> L'esigenza di certezza si traduce in presenza del soggetto pubblico in tutela dell'affidamento del privato, per cui l'amministrazione è tenuta, nell'esercizio del potere, a rispettare tutte le norme che regolano il potere, tra cui quelle di correttezza e buona fede. In questo senso, G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in [www.sspa.it](http://www.sspa.it).

<sup>148</sup> In questi termini P. BERTINI, *Apparati amministrativi e celerità d'azione. Le vicende di un difficile rapporto*, in *Foro amm.*, 1998, fasc. 6, 1956, per cui l'art. 2 della l. n. 241/1990 ha sì una funzione di certezza, ma anche di accelerazione dell'attività amministrativa. Se l'amministrazione si limita a prevedere un termine di conclusione del procedimento qualsiasi, infatti, viene assicurata la certezza dell'azione, in ossequio al principio di legalità, ma non vengono allo stesso tempo garantite l'efficienza e la celerità. Pertanto, il termine deve essere fissato in maniera tale da non frustrare l'interesse del cittadino a una tempestiva composizione degli interessi, nonché la riduzione dei costi e degli sprechi di risorse pubbliche legati alle lungaggini dei procedimenti amministrativi. Si v. anche A. COLAVECCHIO, *La nuova disciplina dei*

La previsione normativa di un determinato termine, sottraendo la possibilità all'amministrazione di autodelimitare la durata dei propri procedimenti risponde, infatti, anche all'esigenza di assicurare un'azione amministrativa rapida e tempestiva. Ne consegue che il rispetto del termine costituisce un indice indiscusso dell'efficienza dell'attività amministrativa, in linea, peraltro, con il nuovo concetto di "amministrazione di risultato", per cui l'amministrazione è tenuta a raggiungere risultati concreti, nel rispetto dei parametri di efficienza, efficacia ed economicità, nonché in maniera tempestiva e puntuale, in modo da assicurare tutte quelle funzioni necessarie per il perseguimento del pubblico interesse e per il soddisfacimento delle pretese private<sup>149</sup>.

L'amministrazione di risultato non può, allora, prescindere dal garantire un'azione tempestiva, idonea a fare fronte alle esigenze dei cittadini entro tempi definiti e ragionevoli, impedendo che l'eccessivo decorso del tempo possa pregiudicare l'effettiva realizzazione degli interessi.

Il rispetto del termine di conclusione del procedimento non dipende, però, soltanto dalle modalità di svolgimento della funzione, ma prima ancora dalla struttura pubblica cui compete quel determinato procedimento.

La limitazione temporale risponde, d'altra parte, all'esigenza, richiamata dall'originaria formulazione dell'art. 97 Cost.<sup>150</sup>, di garantire il buon andamento dell'amministrazione, tanto nell'esercizio della funzione che nell'organizzazione degli uffici<sup>151</sup>. L'osservanza del

---

*termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che individua nell'art. 2 la volontà del legislatore di snellire e semplificare le procedure burocratiche, per favorire l'evoluzione dei rapporti tra amministrazione e cittadini "nel senso di una maggiore democraticità".

<sup>149</sup> Sul punto, L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), per il quale "l'amministrazione di risultato è contraddistinta in particolare dal dovere giuridico (e non più solo socio-politico e fattuale, né più solo interno) di raggiungere presto, bene, con economicità e con trasparenza risultati concreti, corrispondenti agli interessi determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dalla stessa amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo".

<sup>150</sup> A seguito della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, l'art. 97 non fa più esplicito riferimento al principio di buon andamento. L'attuale formulazione della norma prevede, infatti, che "le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge". A tal proposito, sembra si possa leggere una connessione tra la necessità di assicurare la sostenibilità del debito pubblico, prescritta a livello costituzionale, e la previsione, di cui al comma 4 dell'art. 2, l. n. 241/1990, in base alla quale le amministrazioni possono individuare, seppure entro certi limiti, termini di conclusione del procedimento diversi, "tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento". Se è vero, come si è detto in precedenza, che anche il tempo costituisce una risorsa pubblica, suscettibile di valutazione economica e che va contingentata e distribuita tra i diversi procedimenti di competenza di una stessa amministrazione, allora, è necessario che l'individuazione del termine di conclusione del procedimento garantisca tanto la sostenibilità del debito pubblico di cui all'art. 97 Cost., quanto quella organizzativa cui fa riferimento il comma 4 dell'art. 2, l. n. 241/1990.

<sup>151</sup> Sul legame tra l'art. 97 Cost. e il termine di conclusione del procedimento, si v. M. BIGNAMI, *Il tempo del procedimento ed il tempo del processo secondo la prospettiva del diritto costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*,



termine finale imposto dalla legge conferma, infatti, la capacità dell'amministrazione di adempiere in maniera efficiente alle proprie incombenze, dimostrando non soltanto che l'attività viene svolta correttamente, bensì anche l'idoneità della struttura a sostenere l'azione amministrativa<sup>152</sup>.

Pure l'organizzazione è soggetta, infatti, ai vincoli normativi relativi ai tempi di conclusione del procedimento<sup>153</sup>. Il dovere di rispettare una determinata scadenza comporta la necessità di un utilizzo efficiente delle risorse disponibili, ma anche una chiara ripartizione delle competenze tra i diversi uffici<sup>154</sup>.

L'introduzione di uno specifico termine, quindi, oltre a porsi come disciplina dell'attività amministrativa, diviene anche una regola organizzativa<sup>155</sup>, configurandosi il termine come uno *standard* di efficienza che deve essere osservato, o comunque perseguito, da tutte le amministrazioni nello svolgimento della funzione, in conformità al principio di buon andamento che governa attività e organizzazione.

Affinché le amministrazioni riescano a rispettare il termine, poi, anche gli uffici di cui si avvalgono devono essere organizzati in maniera idonea a garantire che il procedimento si svolga correttamente e venga portato a termine nei tempi stabiliti dalla legge. La previsione di un limite alla durata del procedimento produce, dunque, importanti effetti

---

2011, fasc. 12, p. 3843, per il quale, peraltro, "l'efficienza dell'operato dell'Amministrazione, inquadrata nell'ottica peculiare della celerità del provvedere, è divenuta una clausola costituzionale forte, a fronte della quale possono recedere istanze partecipative, istituti di garanzia, spazi deliberativi e persino competenze costituzionalmente protette".

<sup>152</sup> Per P. QUINTO, *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo: le perplessità del legislatore e l'incertezza del giudice*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), una delle dimostrazioni dell'efficienza dell'amministrazione è data proprio dal rispetto del termine di conclusione del procedimento, "che è il primo risultato utile in termini di produttività e di economicità".

<sup>153</sup> P. BERTINI, *Apparati amministrativi e celerità d'azione. Le vicende di un difficile rapporto*, cit., auspica "la creazione di « un nuovo modello di organizzazione alleggerito progressivamente dal carico di vincoli sostanziali e procedurali » e improntato a principi di flessibilità e responsabilità".

<sup>154</sup> Sul punto, si v. G. BOTTINO, *La riforma della conclusione del procedimento amministrativo tra obbligo di provvedimento espresso e modalità di determinazione dei termini finali (l. n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 2, l. n. 241 del 1990)*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 4, 1345, il quale, riferendosi alla possibilità riconosciuta alle amministrazioni statali e agli enti nazionali di determinare un termine diverso da quello fissato dalla legge, seppure entro i limiti in essa stabiliti, richiama il concetto di "sostenibilità organizzativa" per spiegare la necessità che vengano individuati dei "termini né troppo ampi rispetto ai mezzi impiegati dall'organizzazione, né troppo esigui in funzione della molteplicità dei procedimenti di competenza delle amministrazioni stesse" (p. 1350).

<sup>155</sup> La rilevanza organizzatoria del termine è riconosciuta anche da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, che, oltre a ricordare la funzione di regola dell'organizzazione, richiama anche l'importanza della previsione di una particolare limitazione temporale nell'ambito del rapporto di servizio. La corretta osservanza del termine costituisce, infatti, per il dipendente dovere d'ufficio, con tutto ciò che ne deriva tanto con riferimento alla sua responsabilità che al sistema degli incentivi retributivi e di carriera. Tuttavia, accanto alla funzione organizzatoria, come si dirà anche nel prosieguo, l'A. riconosce al termine anche un'importante valenza giuridica esterna per due ragioni: la prima è che il mancato rispetto del termine determina una responsabilità civile dell'amministrazione e del dipendente pubblico nei confronti del privato che abbia subito un danno patrimoniale a causa del ritardo; la seconda è che l'inosservanza del termine incide sulla validità, se non anche sull'esistenza, del provvedimento, provocando la decadenza del potere.

anche sull'organizzazione, essendo necessaria una distribuzione delle risorse economiche, strumentali e umane che consenta di adempiere a tutte le incombenze procedurali entro il termine di conclusione<sup>156</sup>.

I riflessi della delimitazione temporale sull'organizzazione amministrativa non sono, peraltro, limitati al singolo procedimento, ma incidono sulle scelte di gestione dell'amministrazione e di programmazione generale<sup>157</sup>. Ne è riprova, d'altronde, il fatto che il comma 9-*quater* dell'art. 2, l. n. 241/1990, relativo al meccanismo di sostituzione interna introdotto dalla c.d. "riforma Monti", prevede che "il responsabile individuato ai sensi del comma 9-*bis*, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, *suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti*, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsto dalla legge o dai regolamenti".

La necessità di rispettare il termine non incide, dunque, solo sul procedimento in corso, bensì sull'organizzazione nel suo complesso, soprattutto nel caso patologico dell'inerzia e della conseguente attivazione, su richiesta del privato, del meccanismo di sostituzione endoprocedimentale.

Tutte le diverse strutture di cui si avvalgono gli enti pubblici devono, quindi, essere in grado di agire rapidamente e in maniera snella ed efficace per una rapida soddisfazione non solo degli interessi privati, ma anche e soprattutto dell'interesse pubblico. Una tempestiva definizione degli interessi in gioco non giova, infatti, esclusivamente al cittadino coinvolto dall'azione amministrativa, ma favorisce, altresì, le amministrazioni stesse e, ovviamente, l'interesse pubblico alla cui cura sono preposte.

La corretta distribuzione delle risorse disponibili consente di evitare sprechi e di conservare gli strumenti necessari per fronteggiare altre esigenze, rendendo le amministrazioni maggiormente rispondenti ai bisogni dei cittadini e più capaci di perseguire il soddisfacimento dell'interesse pubblico protetto.

---

<sup>156</sup> In materia, si v. M. OCCHIENA, *Riforma della l. 241/1990 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), per il quale la previsione di uno specifico termine entro cui adottare il provvedimento finale si traduce per le amministrazioni in un importante compito di "autorganizzazione" che si divide in diverse fasi. La necessità di delimitare temporalmente l'azione amministrativa, infatti, "ha costretto le amministrazioni ad operare un fruttuoso sforzo prima per "prendere coscienza" dei carichi di lavoro e dei tempi di lavorazione impiegati dall'apparato burocratico per evadere le pratiche; successivamente, per operare una proficua ristrutturazione gestionale degli uffici e delle unità organizzative; infine, per fissare tempi procedurali che fossero compatibili con le risorse (finanziarie ma anche e soprattutto umane) disponibili" (p. 6).

<sup>157</sup> S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit., per il quale la fissazione del termine assume anche un rilievo politico-organizzativo, posto che la predeterminazione del momento dell'adozione del provvedimento consente di programmare e gestire le risorse sia a livello esecutivo che politico.

Tra l'altro, sembra si possa affermare che, per un esercizio corretto del potere, debba tenersi conto anche della natura del tempo quale vera e propria risorsa pubblica, paragonabile alle altre in dotazione delle amministrazioni, quali le disponibilità finanziarie, quelle umane e strutturali. In quanto, poi, risorsa pubblica, deve esserne assicurato un utilizzo razionale, soprattutto in considerazione del fatto che il tempo, come si vedrà meglio in seguito, pare assumere i contorni di una risorsa scarsa e non rinnovabile.

Si potrebbe addirittura immaginare che, data la rilevanza dell'elemento temporale e la sua natura in termini di risorsa esauribile, l'eventuale sua dispersione, o comunque gestione inefficiente, potrebbe portare a una responsabilità erariale per il cattivo utilizzo del bene o, meglio, per avere sprecato una risorsa pubblica limitata. Il presupposto è, dunque, l'attribuzione di un vero e proprio valore economico al bene *tempo*, il cui dispendio può essere fonte di responsabilità per chi ne abbia causato con la propria condotta una inutile perdita.

In questo modo, potrebbe configurarsi una responsabilità amministrativo-contabile non soltanto per l'eventuale danno indiretto, derivante dalla condanna dell'amministrazione a risarcire il terzo, ma, altresì, per il danno diretto dovuto all'irrazionale consumo del bene tempo.

Non si può, poi, tacere che la durata dei procedimenti amministrativi è idonea anche a influenzare le scelte dei privati, nei limiti in cui gli operatori possano decidere l'amministrazione cui rivolgersi. Questi potrebbero, ad esempio, optare per una localizzazione delle loro attività differente in base alle trafilie burocratiche e all'efficienza delle diverse amministrazioni.

Il rispetto del termine di conclusione del procedimento diventa, pertanto, un parametro di efficienza da seguire come guida nella scelta tra più amministrazioni da parte degli imprenditori intenzionati a intraprendere una nuova attività. E questo non soltanto a livello nazionale, ma anche e soprattutto internazionale<sup>158</sup>.

Si pensi, infatti, ai molteplici casi di imprese straniere che – è questo il fenomeno del c.d. shopping law<sup>159</sup> - decidono di investire in un Paese estero, spesso in funzione della tempistica con cui si riescono a ottenere le eventuali autorizzazioni necessarie nel Paese ospitante. Il mancato rispetto del termine, più in generale, è uno dei principali ostacoli che

---

<sup>158</sup> A tal proposito, si v. A. COLAVECCHIO, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, cit., secondo cui il fattore tempo, inteso nel senso della necessità per i cittadini e per le imprese di ottenere in modo rapido ed efficiente quanto richiesto alla pubblica amministrazione, ha acquisito il valore di bene autonomo da tutelare, “anche in ragione dell'esigenza di aumentare la competitività del nostro Paese”.

<sup>159</sup> Sul punto, si v. M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, 2004.

il comportamento dell'amministrazione può rappresentare in ordine al funzionamento del mercato.

### **1.3. Segue. La limitazione temporale del procedimento nella nuova relazione amministrazione – cittadino**

L'ultimo ambito per cui assume rilevanza la delimitazione temporale del procedimento concerne il rapporto tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati, che ha subito nel tempo un'evoluzione notevole. Si è passati da una relazione basata sulla supremazia dell'autorità amministrativa a un rapporto che, se non paritario, è certamente caratterizzato da maggiori garanzie a favore dei privati.

Nell'era della partecipazione, i cittadini, almeno potenzialmente, assumono un ruolo attivo nella gestione dell'interesse pubblico e di quelli privati a esso correlati, potendo contribuire alla formazione delle determinazioni amministrative mediante gli istituti partecipativi garantiti dalla legge nell'ambito del procedimento amministrativo.

Le trasformazioni che hanno riguardato la relazione tra amministrazione e privati non sono, però, limitate al riconoscimento della possibilità di influenzare lo svolgimento della funzione amministrativa. Ciò che è cambiato riguarda, infatti, anche i maggiori adempimenti imposti alle amministrazioni al fine di coinvolgere i privati e soprattutto di soddisfare le loro pretese.

L'amministrazione agisce per i cittadini e il mantenimento della posizione autoritaria è giustificato esclusivamente dal fatto che solo così essa può garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico preminente in maniera imparziale, senza che gli interessi peculiari e diversi degli individui possano in alcun modo impedire il raggiungimento dell'obiettivo finale.

Seppure, però, la realizzazione dell'interesse particolare del singolo sia assicurata solo nel caso in cui sia compatibile con quello pubblico, affinché ciò avvenga è comunque necessario, con riferimento a importanti e numerose attività, l'intervento dell'amministrazione. Pertanto, alla luce del processo evolutivo che ha coinvolto la relazione con i cittadini, assume un'importanza significativa anche il tempo, quale fattore determinante per l'esistenza degli individui e bene da valorizzare e tutelare.

Nel momento in cui, infatti, la legge pone l'amministrazione al servizio del cittadino – utente, quest'ultimo deve avere certezza dell'attività amministrativa e soprattutto deve

potere conoscere i tempi occorrenti per ottenere una risposta alle proprie istanze<sup>160</sup>. La tempestività dell'azione rappresenta un risultato imprescindibile per assicurare al cittadino un servizio efficiente, in linea con la nuova posizione dell'amministrazione, passata da soggetto autoritario a ente funzionale alla realizzazione dei bisogni privati.

D'altra parte, poi, la nuova relazione tra amministrazione e cittadini emerge dai diversi vincoli imposti al soggetto pubblico dalla legge sul procedimento amministrativo, potendosi affermare che la regolamentazione dell'*iter* procedimentale abbia rappresentato proprio un'opera di codificazione del nuovo rapporto tra privati e pubblici poteri<sup>161</sup>.

Pertanto, anche l'imposizione di un termine di conclusione del procedimento, entro cui l'amministrazione è tenuta a esaminare l'istanza del privato, conferma la trasformazione del rapporto. I cittadini non devono più sperare che il soggetto cui si sono rivolti agisca in maniera rapida ed efficiente, ma possono pretenderlo, in forza di una disposizione normativa che costituisce quasi uno "statuto" della nuova natura della relazione.

### **2.1. Il tempo del procedimento. Modalità e limiti per la fissazione del termine**

Prima di esaminare la disciplina specifica del termine del procedimento dettata dall'art. 2 della l. n. 241/1990, è opportuno ricordare l'ambito di applicazione della legge, al fine di individuare le amministrazioni effettivamente tenute all'osservanza delle prescrizioni che si richiameranno. E invero, l'art. 29 della medesima legge pare circoscrivere l'operatività della legge alle sole amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, nonché alle società con totale o prevalente capitale pubblico nello svolgimento delle funzioni amministrative.

A una prima, rapida lettura, sembra, dunque, che residuino ampi margini di discrezionalità in capo alle regioni e agli enti locali, i quali possono regolare autonomamente i procedimenti di loro competenza, purché la disciplina dettata sia rispettosa del sistema

---

<sup>160</sup> In questo senso, S. TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 27, 29, per cui anche la delimitazione temporale del procedimento si introduce nell'ambito di quel processo evolutivo volto a provocare un ribaltamento delle posizioni di forza nel rapporto cittadino-pubblica amministrazione. In un'era in cui l'amministrazione si pone al servizio del cittadino – utente, infatti, ciò che va assicurato, oltre un elevato livello qualitativo dell'attività dei pubblici uffici, sono la tempestività e la puntualità dell'azione amministrativa.

<sup>161</sup> In questo senso, F. PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza e danno da ritardo*, cit., per il quale l'adozione della legge n. 241/1990 ha costituito "il momento positivo di una riflessione sui rapporti tra cittadino e potere pubblico", di talché il procedimento amministrativo può essere assunto a strumento di accertamento della nuova relazione tra amministrazione e cittadini.

costituzionale e delle garanzie assicurate al cittadino secondo i principi individuati dalla stessa l. n. 241/1990<sup>162</sup>.

Subito dopo, però, avere confermato la possibilità di dettare a livello regionale e locale una disciplina differente, il legislatore pone alcuni limiti, chiarendo quali sono le regole che devono necessariamente essere riprodotte.

Nonostante le restrizioni siano disposte con riferimento a diversi istituti procedimentali, ci si concentrerà esclusivamente su quelle che interessano l'oggetto della ricerca. Come prima cosa, infatti, il legislatore specifica che la responsabilità per danno da ritardo, di cui all'art. 2-bis, trova applicazione con riferimento a tutte le amministrazioni, per cui, anche laddove a livello regionale o locale fosse previsto un diverso termine, il suo mancato rispetto sarebbe sempre idoneo a fondare un'ipotesi di responsabilità<sup>163</sup>.

Peraltro, la previsione di una precisa limitazione temporale, ai sensi dell'art. 29, c. 2-bis, l. 241/1990, è imposta dal suo inquadramento tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione<sup>164</sup>, per cui le regioni e gli enti locali, nel dettare le regole dei procedimenti di propria competenza, non possono prevedere garanzie inferiori rispetto a quelle assicurate dalla normativa nazionale.

Una volta chiarito che, purché sia fissato, il termine di conclusione del procedimento può essere stabilito diversamente a livello regionale e locale, è necessario, ora, soffermarsi sulla disciplina puntuale dell'art. 2, per accertare come, anche per i procedimenti di competenza dell'amministrazione statale ovvero degli enti nazionali, sia possibile

---

<sup>162</sup> Sul punto, C. BIONDI – G. GIANNI, *Ambito soggettivo di applicabilità delle norme contenute nella legge n. 241/1990 come integrate e modificate dalla legge n. 15/2005*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), per i quali “sembra perciò che il dato testuale denunci l'intenzione del costituente di prendere atto che lo Stato non è abilitato a governare in via autonoma l'intero ordinamento amministrativo, infatti l'organizzazione e la disciplina dell'ordinamento amministrativo quale sede di organizzazione, gestione e cura dell'interesse pubblico gli sono attribuite limitatamente alla sua organizzazione amministrativa e a quella degli enti pubblici nazionali, mentre l'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti locali, nell'ambito delle proprie riservate competenze è senz'altro attribuita agli stessi soggetti”.

<sup>163</sup> A tal proposito, si v. M. RENNA, *Commento all'art. 2 bis*, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 134, per il quale l'ambito di operatività della responsabilità per danno da ritardo finisce per coincidere con la sfera di applicazione soggettiva dell'obbligo di concludere il procedimento nei termini mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

<sup>164</sup> Ai sensi dei commi 2-bis e 2-ter dell'art. 29, l. n. 241/1990, infatti, attengono ai livelli essenziali delle prestazioni “gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti”, nonché “le disposizioni della presente legge concernenti la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano”.

individuare altri termini, in presenza delle condizioni previste dalla stessa norma e entro determinati limiti.

Il secondo comma dell'art. 2 dispone, dunque, in via generale, che il termine entro cui l'amministrazione è tenuta ad adottare un provvedimento espresso è pari a trenta giorni. La l. n. 69/2009 ha, così, riportato all'originaria previsione della l. n. 241/1990 la durata del procedimento amministrativo, a seguito di un'evoluzione normativa che, in considerazione delle difficoltà riscontrate dalle amministrazioni nel garantire l'osservanza di un termine così breve, lo aveva visto elevare fino a novanta giorni con la l. n. 80/2005.

In virtù di tutte le ragioni esaminate nei paragrafi precedenti, il legislatore ha ritenuto di dovere ridurre nuovamente il tempo del procedimento, anche se dalla lettura dell'art. 2 emerge immediatamente e chiaramente la natura residuale del termine di trenta giorni, applicabile a tutti i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali<sup>165</sup> laddove non sia diversamente disposto in conformità a quanto previsto dai commi successivi.

Per prima cosa, quindi, al fine di evitare la sussistenza di procedimenti temporalmente illimitati, si è stabilito un termine conclusivo cui fare riferimento in assenza di una diversa indicazione. Subito dopo, però, ai commi 3, 4, e 5, sono stati disciplinati gli ulteriori limiti e le diverse modalità cui devono sottostare le amministrazioni nel fissare il termine di conclusione dei procedimenti di loro competenza.

In particolare, ai sensi del terzo comma, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988, è possibile prevedere un termine di conclusione differente da trenta giorni per le amministrazioni statali, così come una diversa scadenza può essere stabilita dagli enti pubblici nazionali, secondo i propri ordinamenti.

---

<sup>165</sup> Restano, dunque, esclusi tutti gli altri soggetti che compongono la nozione di amministrazione cui si applicheranno, pertanto, i diversi termini stabiliti a livello regionale e locale. Seppure l'art. 2 si riferisca espressamente solo alle amministrazioni statali e agli enti nazionali, ciò non significa che i procedimenti di competenza delle altre amministrazioni non debbano in ogni caso essere assoggettati a uno specifico termine di conclusione. L'art. 29, l. n. 241/1990, dedicato all'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, chiarisce, infatti, da un lato, che le regioni e gli enti locali devono regolare gli aspetti disciplinati dalla legge nel rispetto dei principi in essa fissati, dall'altro, che la necessità di concludere il procedimento entro un determinato termine rientra nei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., per cui in alcun modo le regioni possono disattendere detta disposizione e prevedere dei procedimenti amministrativi di durata illimitata. Sul punto, si v. anche G. BOTTINO, *La riforma della conclusione del procedimento amministrativo tra obbligo di provvedimento espresso e modalità di determinazione dei termini finali (l. n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 2, l. n. 241 del 1990)*, cit. Si ricordi, invece, incidentalmente che la norma si occupa espressamente anche delle autorità di garanzia e di vigilanza. Ai sensi del quinto comma dell'art. 2, è, infatti, loro riservato il compito di stabilire, conformemente ai rispettivi ordinamenti, la durata dei procedimenti di loro competenza.

Il legislatore ha introdotto un nuovo elemento di semplificazione normativa, consentendo alle amministrazioni statali di stabilire il diverso termine di conclusione del procedimento mediante decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, certamente più snelli rispetto ai regolamenti adottati ai sensi del primo comma della medesima l. n. 400/1988<sup>166</sup>. È emersa, infatti, chiaramente l'intenzione di favorire la previsione di un termine diverso, ma presumibilmente più facile da rispettare, piuttosto che l'applicazione automatica di quello di trenta giorni, certamente più breve ma anche decisamente utopistico e, di conseguenza, meno idoneo a prospettare al cittadino l'effettiva durata del procedimento<sup>167</sup>.

La facoltà per le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali di determinare discrezionalmente un termine superiore a trenta giorni non è, però, illimitata, dovendo essere osservato il tetto massimo fissato in novanta giorni.

La limitazione riguarda procedimenti che potremmo definire "ordinari", nel senso che il quarto comma dell'art. 2 prevede un'ulteriore deroga, disponendo che, laddove sia indispensabile, "tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento", è possibile stabilire anche un termine maggiore purché comunque non superi i centottanta giorni.

Ne deriva che l'autonomia delle amministrazioni statali e degli enti nazionali di stabilire un termine superiore a trenta giorni in via generale è limitata dalla previsione della soglia massima dei novanta giorni, che ammettono un'eccezione solo qualora sia effettivamente giustificata da circostanze straordinarie legate all'interesse in rilievo, alla complessità dell'istruttoria ovvero alle risorse organizzative.

Tuttavia, seppure le suddette motivazioni siano idonee a consentire un ampliamento dell'autonomia riconosciuta alle amministrazioni statali e agli enti nazionali, non possono mai portare a una totale arbitrarietà nella individuazione del termine finale. Questo non

---

<sup>166</sup> Così, A. COLAVECCHIO, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, cit.

<sup>167</sup> Secondo G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, fasc. 10, 1017, l'intento del legislatore di sollecitare l'adozione dei regolamenti di attuazione era ravvisabile già nella previsione originaria della l. n. 241/1990 che prevedeva un termine di conclusione del procedimento breve (di trenta giorni, come anche oggi a seguito della riforma avvenuta con la l. n. 69/2009). In senso contrario, N. SUCK, *L'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il termine del procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, per il quale non è possibile ritenere che il rischio dell'applicazione automatica del termine residuale di trenta giorni sia idoneo ad incentivare l'amministrazione a stabilire un diverso termine, dal momento che la legge non prevede alcuna specifica conseguenza per l'ipotesi di scadenza infruttuosa (si ricordi, però, che a seguito della l. n. 69/2009 è espressamente prevista la responsabilità per il danno da ritardo, anche se continuano a non essere previste conseguenze in ordine alla sopravvivenza del potere di provvedere anche a seguito della scadenza del termine). Secondo l'A., infatti, il termine residuale è un precetto privo di sanzione, con "valore del tutto formalistico di confermare il vincolo generale dell'amministrazione ad un termine ed alla sua fissazione".



potrà, infatti, eccedere i centottanta giorni, che si pongono, dunque, come limite assoluto anche in presenza di giustificazioni oggettive, con la sola eccezione, tassativamente individuata dalla legge, dei procedimenti che abbiano per oggetto l'acquisto della cittadinanza italiana ovvero che siano relativi all'immigrazione, per i quali non è prevista alcuna restrizione di ordine temporale.

Il legislatore, dunque, in linea con la normazione precedente, apre alla possibilità di prevedere anche un termine diverso, o meglio conferma che la limitazione legislativa fissata in trenta giorni ha portata meramente residuale, purché si evitino, però, procedimenti illimitati, la cui durata sia rimessa alla discrezionalità assoluta dell'amministrazione<sup>168</sup>.

La novità importante introdotta dalla l. n. 69/2009 riguarda, infatti, la previsione di uno specifico limite a detta discrezionalità, posto che, come si è visto, per quanto il termine possa essere superiore ai trenta giorni stabiliti in via generale, non può comunque superare i novanta giorni, ovvero in presenza delle condizioni giustificatrici, i centottanta<sup>169</sup>.

Se, da un lato, la legge conferma il potere di autodeterminare i tempi dell'attività, nella consapevolezza che troppi fattori interni allo stesso ente competente incidano sulla durata dell'*iter* procedimentale, dall'altro, pone comunque dei limiti, così da evitare che le amministrazioni abusino di una simile autonomia. La previsione contestuale dei confini entro i quali gli enti pubblici statali possono muoversi garantisce, infatti, che la conclusione del procedimento avvenga in ogni caso entro tempi ragionevoli e sostenibili che, pure tenendo conto delle esigenze legate alla struttura organizzativa, siano, però, idonei ad assicurare ai privati una definizione certa e il più possibile immediata dei loro interessi.

Si configura, al riguardo, una pretesa qualificata in capo al privato, garantita direttamente dall'ordinamento, avente per oggetto la fissazione di un orizzonte temporale ragionevole della funzione, che potrebbe essere azionata nei confronti delle scelte effettuate dalle

---

<sup>168</sup> A tal proposito, L. CESARINI, *I tempi del procedimento ed il silenzio*, cit., ha evidenziato la funzione provocatoria del termine residuale di trenta giorni, "in quanto sanziona l'inerzia della p.a. spingendo quest'ultima ad assumere autonome determinazioni" (p. 38).

<sup>169</sup> In questo senso, A. COLAVECCHIO, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, cit., per il quale l'imposizione di un limite anche per i procedimenti autonomamente disciplinati a livello regolamentare dalle varie amministrazioni statali e dagli enti pubblici nazionali costituisce una novità assoluta che, tuttavia, si inserisce all'interno di un percorso già avviato dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, con il parere del 27 gennaio 1994, n. 12, l'Adunanza generale del Supremo Consesso aveva chiarito che le singole amministrazioni, pur libere di prevedere un termine di conclusione del procedimento diverso da quello stabilito in via residuale dalla legge sul procedimento amministrativo, non dovrebbero comunque prevedere termini tali da "vanificare la finalità della legge ed eluderne l'applicazione, avallando la lentezza dei procedimenti amministrativi, in contrasto con la finalità legislativa di garantire la speditezza dei procedimenti stessi". Si richiede, infatti, in ogni caso la congruità e la proporzionalità del termine.

amministrazioni con atti soggettivamente amministrativi.

L'opzione del legislatore in favore di una certa autonomia, pur limitata, nella fissazione del termine conferma, in ogni caso, la considerazione che soltanto le amministrazioni sono effettivamente in grado di conoscere le tempistiche dei diversi passaggi procedurali, nonché le risorse e le concrete capacità delle strutture amministrative. Solo chi svolge l'attività può, infatti, conoscerne i risvolti temporali e determinare, entro i limiti comunque stringenti stabiliti dalla legge, il termine ragionevole nel quale si presume si possa giungere all'adozione del provvedimento finale.

Ciò che rileva è che il termine risulti congruo, tanto con riferimento alle esigenze istruttorie di quello specifico procedimento, tanto nell'ottica organizzativa generale dell'amministrazione competente, che deve tenere conto anche del numero di procedimenti normalmente gestiti, nonché del fatto che il termine debba necessariamente essere proporzionato rispetto ai procedimenti analoghi<sup>170</sup>.

## **2.2. Segue. Le vicende del termine: interruzione e sospensione**

L'imposizione di uno specifico termine, per quanto tesa a garantire la certezza dell'azione amministrativa e a consentire ai cittadini di conoscere anticipatamente la durata presumibile di un procedimento che li vede coinvolti, non è in grado di descriverne l'effettiva durata<sup>171</sup>.

Una limitazione temporale di tal fatta ha valore meramente indicativo, per due diverse ragioni: la prima, già accennata e sulla quale si avrà modo di indugiare in seguito, relativa alle conseguenze di un'eventuale violazione del termine, che non preclude la possibilità per l'amministrazione di provvedere; la seconda, legata agli accadimenti idonei a rallentare il normale *iter* procedimentale.

Con riferimento a questo secondo aspetto, è opportuno chiarire che il momento dell'adozione del provvedimento finale non coincide quasi mai con il termine applicabile a quel dato procedimento, non potendosi escludere l'eventualità che si verificano "vicende" che incidono sul computo del termine, in modo che non segua la sua naturale decorrenza.

---

<sup>170</sup> A tal proposito, S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit., per il quale la previsione introdotta dall'amministrazione di un termine eccessivamente lungo e irragionevolmente differente rispetto a procedimenti riconducibili alla medesima categoria potrebbe essere viziata da eccesso di potere.

<sup>171</sup> In questo senso M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, cit., per il quale il termine di conclusione non è "descrittivo della durata "reale" del procedimento", intervenendo nel corso del suo svolgimento alcune variabili temporali dovute ad attività infraprocedimentali. In ogni caso, però, l'espressa previsione di un termine garantisce che il procedimento sarà portato a conclusione, anche se il momento finale non è "esattamente prevedibile nella sua collocazione temporale di fatto".

Al fine di verificare il rispetto della scadenza è necessario, allora, tenere conto delle ulteriori disposizioni normative che prendono in considerazione situazioni teoricamente anomale, ma assai frequenti, che possono verificarsi nel corso del procedimento ritardando il momento dell'emanazione del provvedimento finale.

In particolare, il legislatore ha fatto riferimento a varie ipotesi che possono comportare, talvolta, l'interruzione del termine, con la conseguenza che inizierà a decorrere *ex novo* una volta venuta meno la causa interruttiva, talaltra, la sua sospensione, fintanto che perduri la situazione che ostacola la normale decorrenza del tempo.

Prima di esaminare le fattispecie riconosciute idonee a sospendere ovvero interrompere il normale fluire del procedimento, sembra utile un chiarimento in ordine al momento in cui il tempo inizia a decorrere. Non ha senso, infatti, parlare di vicende cui può essere soggetto il termine se non si è prima individuato il momento a partire dal quale deve essere calcolato.

La risposta va ancora una volta ricercata all'interno del dettato normativo. Il sesto comma dell'art. 2 chiarisce, infatti, che il termine decorre dall'inizio del procedimento d'ufficio ovvero dal ricevimento della domanda, in caso di procedimenti su istanza di parte<sup>172</sup>.

Il testo della legge risolve, dunque, i precedenti dubbi applicativi, identificando esattamente il *dies a quo*. Tuttavia, nonostante la chiara formulazione normativa, permangono alcune perplessità in sede di individuazione concreta.

Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui l'istanza presentata dal privato risulti incompleta. In questo caso, il responsabile del procedimento invita l'interessato a riformulare e completare la domanda, introducendo tutti gli elementi necessari per l'avvio. Solo in questo momento, dunque, il procedimento amministrativo può avere inizio, diversamente non sussistendo, come si è già avuto modo di chiarire nel corso del primo Capitolo, i presupposti dai quali deriva il dovere dell'amministrazione di provvedere.

Anche in relazione ai procedimenti d'ufficio possono, però, sorgere dei dubbi circa il momento effettivo dell'avvio. Sono pochi, infatti, i casi in cui l'iniziativa procedimentale

---

<sup>172</sup> La previsione esplicita del momento a partire dal quale decorre il termine di conclusione del procedimento è avvenuta in realtà solo con la l. n. 80/2005. Secondo M. CORRADINO, *Termini, efficacia e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), la disposizione ha codificato un orientamento in realtà già sorto a livello giurisprudenziale. Inoltre, l'A. ricorda come la norma debba essere coordinata con quanto previsto dall'art. 8, lett. *c-ter*, introdotto dalla l. n. 15/2005, che prescrive la necessità che l'amministrazione, nei procedimenti ad istanza di parte, indichi nella comunicazione di avvio la data di presentazione della domanda.

ufficiosa è tipizzata, mentre vige la regola della libertà delle forme, di talché diviene difficile individuare il *dies a quo*<sup>173</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il momento conclusivo, cui si fa riferimento per verificare il rispetto di quanto prescritto dalla legge ovvero dal regolamento applicabile, come già ricordato, esso coincide con l'adozione del provvedimento finale. Il momento rilevante per accertare il rispetto delle indicazioni temporali è, dunque, quello dell'emanazione del provvedimento e non necessariamente quello del compimento dell'ultimo atto della serie procedimentale che potrebbe, ad esempio, consistere nel successivo controllo<sup>174</sup>.

Una volta chiariti i confini temporali del procedimento si può proseguire con l'esame delle vicende idonee a comportarne l'arresto, anticipando che si tratta di tutti casi in cui il legislatore ha ritenuto di dovere prevedere una deviazione dal normale *iter* procedimentale, al fine di assicurare che le ragioni di speditezza ed efficienza dell'attività amministrativa si contemperino con la necessità di garantire un'istruttoria completa e l'acquisizione di tutti gli elementi utili per un accertamento fattuale ed esaustivo degli interessi in gioco<sup>175</sup>.

Come si avrà modo di vedere, infatti, le motivazioni che giustificano un'alterazione del fluire naturale del procedimento sono legate a esigenze istruttorie, affinché tutti gli interessi e i fatti in rilievo siano ponderati e valutati per adottare una decisione consapevole e fondata su una conoscenza il più possibile piena e certa della realtà.

Se in alcuni casi le ragioni di efficienza e celerità dell'azione amministrativa prevalgono, imponendo all'amministrazione di organizzarsi e sfruttare al meglio le risorse a disposizione per garantire un'istruttoria completa - si pensi alla necessità che l'amministrazione procedente acquisisca autonomamente, cioè senza l'apporto dei privati interessati, i documenti e le informazioni da essa detenuti o comunque direttamente reperibili presso altre amministrazioni - altre volte, rendendosi necessario un supporto esterno, il termine del procedimento si arresta e si apre una parentesi, anch'essa limitata

---

<sup>173</sup> In questo senso, G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 251, secondo cui la difficoltà di individuare il termine *a quo* trova conferma nel fatto che i regolamenti attuativi della l. n. 241/1990 si limitano a prevedere, senza nessuna particolare specificazione, che il termine decorre dal momento in cui l'amministrazione ha notizia del fatto da cui sorge l'obbligo di provvedere. Il che non aiuta l'interprete, posto che il procedimento d'ufficio può trovare origine in circostanze molto diverse tra loro, da una segnalazione di un ufficio di vigilanza ai reclami dei cittadini, come anche dalla conoscenza diretta dei fatti da parte dell'amministrazione competente. Peraltro, può accadere che a seguito della mera notizia sia necessaria una deliberazione, soltanto a partire dalla quale ha inizio l'*iter* procedimentale.

<sup>174</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 419.

<sup>175</sup> In questo senso, G. CREPALDI, *La sospensione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, fasc. 1, 108, secondo cui la sequenza procedimentale deve tenere conto da un lato delle esigenze di celerità, economicità, speditezza ed efficienza e dall'altro della necessità di contemperare gli interessi e di accertare i fatti, così da ponderare consapevolmente le decisioni.

temporalmente, in cui l'amministrazione deve provvedere a procurare dall'esterno tutte le informazioni indispensabili per l'adozione del provvedimento finale.

Due sono, dunque, gli effetti che le vicende che ci occupano possono produrre sulla decorrenza del termine: da un lato l'interruzione, dall'altro la sospensione del procedimento. Essi saranno qui esaminati nei ristretti limiti in cui rilevino nell'economia della tesi, pur nella consapevolezza che si tratta di istituti che presentano ulteriori e delicati profili problematici.

Un caso di interruzione è disciplinato dall'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, dedicato al c.d. preavviso di rigetto. Ai sensi della citata norma, applicabile esclusivamente ai procedimenti su istanza di parte e con esclusione delle procedure concorsuali e dei procedimenti in materia previdenziale gestiti dagli enti previdenziali, prima della formale adozione di un provvedimento negativo l'amministrazione procedente è tenuta a comunicare al soggetto istante le ragioni che ostano all'accoglimento della domanda.

Dal ricevimento di detta comunicazione decorrono dieci giorni entro i quali il privato può presentare per iscritto le proprie osservazioni, eventualmente corredate da documenti, al fine di orientare l'amministrazione verso una decisione differente. Ciò che rileva ai nostri fini è che la comunicazione interrompe il termine di conclusione del procedimento, che inizia a decorrere nuovamente dal momento della presentazione delle osservazioni da parte del cittadino ovvero, comunque, dalla scadenza dei dieci giorni a sua disposizione.

La previsione in esame ha suscitato molteplici perplessità in dottrina in ordine all'opportunità di interrompere l'*iter* procedimentale, piuttosto che di limitarsi a sospenderlo, dando così all'amministrazione la possibilità di fruire di un nuovo intero termine di conclusione<sup>176</sup>.

E invero, se una simile statuizione può essere in parte giustificata quando effettivamente, a seguito della comunicazione, il privato produca materiale su cui l'amministrazione è tenuta a esprimere un giudizio, certamente non se ne ravvisa l'opportunità ogniqualvolta il soggetto istante resti inerte a seguito del preavviso di rigetto della sua domanda<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> In particolare, secondo S. TARULLO, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il rischio è che si ponga "nelle mani delle amministrazioni uno strumento foriero di possibili abusi: reiterando più volte la comunicazione in esame, l'ente procedente riuscirebbe a prolungare artificialmente il termine di conclusione del procedimento, ogni volta giovandosi di una nuova integrale decorrenza".

<sup>177</sup> In questo senso M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 4128, per il quale consentire una nuova decorrenza del termine comporterebbe un ingiustificato aggravamento del procedimento non solo quando il privato non presenti alcuna osservazione, ma anche tutte le volte in cui "queste non arricchiscano il materiale istruttorio o, comunque, allorché richiedano di rivedere soltanto alcuni aspetti dell'istruttoria e non già una totale rinnovazione della stessa". Peraltro, alcuni Autori paventano il rischio che la non troppo chiara formulazione della norma possa essere interpretata nel senso di riconoscere la possibilità alle amministrazioni procedenti di

In questo caso, infatti, alcuna utilità può derivare all'interesse pubblico, né tantomeno a quello privato, da un prolungamento dei tempi procedurali, dal momento che, non essendo stato fornito alcun elemento di valutazione ulteriore, l'amministrazione difficilmente potrebbe mutare il proprio orientamento soltanto perché ha più tempo per decidere<sup>178</sup>. Gli unici effetti sarebbero di rinviare l'adozione del provvedimento, con palese violazione dei principi di economicità e non aggravamento che reggono il procedimento amministrativo, e ritardare il ricorso da parte del privato agli strumenti di tutela che l'ordinamento gli fornisce avverso un atto amministrativo lesivo dei suoi interessi<sup>179</sup>. Indipendentemente dall'interpretazione data, però, è evidente che una disposizione di questo genere sia particolarmente idonea a incidere sui tempi del procedimento, rendendo, peraltro, impossibile per il privato determinare *a priori* la sua durata<sup>180</sup>.

---

avvalersi più volte della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda al fine di prolungare il termine di conclusione del procedimento, usufruendo ogni volta di una nuova integrale decorrenza. In termini S. TARULLO, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, che suggerisce di interpretare la locuzione "interruzione" in maniera letterale quando l'interessato, a seguito della comunicazione presenti nuove osservazioni e documenti, nel diverso senso di sospensione, invece, quando non vi sia l'apporto partecipativo del privato. Sul punto si v. anche S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit., per il quale nonostante l'interpretazione letterale imporrebbe di individuare nell'interruzione disposta dal legislatore proprio l'intento di avviare un nuovo termine a seguito della comunicazione, si dovrebbe preferire un'interpretazione sistematica nel senso di attribuire il significato di sospensione. Le ragioni alla base di un simile orientamento sono individuate dall'A. da un lato nei principi di economicità e di non aggravamento del procedimento amministrativo, dall'altro nel rischio che l'amministrazione non ponga mai fine al procedimento mediante la continua reiterazione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda. Tuttavia, non sembra si possa accogliere una tesi di tal fatta dal momento che il legislatore chiaramente – e, si presume, consapevolmente – ha distinto le ipotesi che danno luogo a interruzione da quelle che provocano la sospensione del termine di conclusione del procedimento.

<sup>178</sup> Anche perché salvo casi eccezionali - che presupporrebbero, peraltro, che l'amministrazione prolungasse l'istruttoria procedimentale anche nel caso in cui il privato non sfruttasse la possibilità di cui all'art. 10-bis - sarebbe del tutto illogico un cambiamento di opinione dell'amministrazione non giustificato da alcuna nuova produzione di memorie o documenti.

<sup>179</sup> Sul punto, si v. C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis l.n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 2, 837, per la quale, qualora il privato decidesse di non partecipare in questa fase, l'unico effetto sarebbe di spostare in avanti la formalizzazione di una decisione già presa. Secondo l'A., infatti, vi sarebbero almeno due ragioni a conferma del fatto che la comunicazione intervenga a istruttoria conclusa, entrambe da ricavare dal testo normativo. La prima consiste nel riferimento al momento antecedente la *formale* adozione del provvedimento negativo, la seconda nell'alternativa posta tra il responsabile del procedimento e il soggetto competente all'adozione del provvedimento finale. Da ciò deriverebbe, infatti, che la fase dell'istruttoria sia già conclusa, essendo ora necessario emanare l'atto da parte del responsabile del procedimento, se competente, ovvero dall'organo preposto dalla legge.

<sup>180</sup> Si v., sul punto, S. TARULLO, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit., secondo cui "appare chiaro che la previsione stessa di un incumbente, quale il preavviso di rigetto, destinato ad incidere sul tempo del procedimento, rende non predeterminabile *a priori* la durata di quest'ultimo; ciò in quanto non è dato *ab origine* sapere se le osservazioni verranno effettivamente presentate (nel qual caso il termine riprende a decorrere dal giorno della presentazione) o meno (nel qual caso il termine riprende a decorrere dalla scadenza dello *spatium deliberandi* assicurato all'istante)".

Accanto a quest'unico caso di interruzione del procedimento, il legislatore ha disciplinato le ipotesi che danno luogo alla sospensione del termine, per cui la naturale decorrenza viene "bloccata" temporaneamente per fare fronte a una particolare esigenza istruttoria.

Il comma 7 dell'art. 2 della l. n. 241/1990, infatti, dopo avere fatto salvo quanto previsto dal successivo art. 17, consente la sospensione del termine per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, qualora sia necessario per acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione precedente o comunque non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

Si tratta di una sospensione di tipo facoltativo che può essere, pertanto, disposta solo a seguito di un bilanciamento tra le esigenze istruttorie e il principio di non aggravamento del procedimento<sup>181</sup>. La sospensione del termine si giustifica, infatti, solo per l'acquisizione di dati indispensabili per la prosecuzione del normale *iter*, in assenza dei quali l'amministrazione ritiene di non potere procedere a una valutazione piena di tutti gli interessi e i fatti che assumono rilievo nell'ambito di quello specifico procedimento<sup>182</sup>.

La norma, peraltro, prevedendo come eccezione solo l'ipotesi in cui siano necessarie valutazioni tecniche, per le quali, dunque, non vale il limite della sospensione di trenta giorni, non considera la diversa situazione di cui all'art. 16, relativo al caso in cui debbano essere acquisiti dei pareri. Ciò significa che la richiesta di parere non deve comunque comportare uno sfioramento del termine finale, calcolato anche tenendo conto dei tempi dell'eventuale sospensione.

D'altra parte, quanto detto sembra confermato pure dalla disciplina dei termini concessi per rendere il parere ovvero le valutazioni tecniche. Nel primo caso, infatti, si tratta di venti giorni, rientranti, dunque, nel generale termine di conclusione del procedimento, eventualmente prolungato in forza della sospensione di massimo trenta giorni. Diversamente, per le valutazioni tecniche l'art. 17 fissa in novanta giorni il termine per il

---

<sup>181</sup> Peraltro, con riferimento al principio del non aggravamento è chiaro come la sua violazione sia idonea a incidere sulla durata del procedimento. Spesso, infatti, è proprio l'aggravamento ingiustificato a determinare il superamento del termine di conclusione. Tuttavia, secondo S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 2, 437, il concetto di non aggravamento e il dovere di rispettare il termine di conclusione del procedimento vanno tenuti concettualmente distinti. È possibile, infatti, che lo spirare infruttuoso del termine derivi da ragioni diverse dalla scelta dell'amministrazione di avvalersi di ulteriori adempimenti istruttori, così come, nonostante la conclusione entro i termini, si potrebbe poi accertare nel giudizio avverso l'eventuale provvedimento lesivo un aggravio procedurale ingiustificato.

<sup>182</sup> In questo senso, G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, cit., per il quale la sospensione si giustifica solo per acquisire informazioni e certificazioni indispensabili. Peraltro, secondo l'A. la sospensione è meramente facoltativa non perché l'amministrazione potrebbe pervenire a una decisione anche in assenza di quegli elementi, ma perché potrebbe ritenere di acquisirli senza disporre la sospensione del termine del procedimento.

rilascio, per cui, in assenza dell'espressa deroga ammessa dall'art. 2, c. 7, la disciplina della sospensione e quella delle valutazioni tecniche sarebbero state confliggenti.

### **2.3. Segue. Gli ulteriori accadimenti idonei a ostacolare la naturale decorrenza del termine**

L'interruzione e la sospensione non sono le sole cause di un allungamento dei tempi procedurali. Almeno altre due situazioni devono essere considerate.

Con riferimento alla prima, la durata del procedimento può essere incisa dalla indizione di una conferenza di servizi che, se da un lato consente di snellire l'azione amministrativa, nel senso di riunire in un unico momento le differenti determinazioni relative a una certa attività, dall'altro provoca sicuramente un prolungamento della durata normale del procedimento.

In questo caso, infatti, trovano applicazione i diversi termini stabiliti dalla l. n. 241/1990 nella parte in cui regola questa speciale modalità di esercizio della funzione. Tuttavia, varranno anche qui le disposizioni in materia di conseguenze derivanti dalla violazione del termine finale. Ai sensi dell'art. 14-ter, qualora non sia rispettato il termine di conclusione dei lavori e di adozione della determinazione finale, è possibile chiedere il risarcimento del danno, nonché far valere le eventuali responsabilità dirigenziali o disciplinari e amministrative<sup>183</sup>.

Per quanto riguarda la seconda, nel corso del paragrafo precedente si è visto incidentalmente che la naturale decorrenza del termine può subire un'alterazione a causa della necessità di rivolgersi ad altri soggetti pubblici per ottenere pareri ovvero valutazioni tecniche, utili per garantire un'istruttoria completa ed esaustiva. Gli articoli 16 e 17 della l. n. 241/1990, dedicati rispettivamente all'attività consultiva e alle valutazioni tecniche, prevedono, infatti, una deviazione del normale *iter* procedimentale ogniqualvolta sia necessario acquisire un parere obbligatorio ovvero facoltativo (in quest'ultimo caso nel rispetto del principio di non aggravamento del procedimento) oppure quando altri soggetti siano competenti per la valutazione di fatti complessi.

Le norme richiamate prescrivono precisi termini (si è visto, rispettivamente di 20 e 90 giorni) entro i quali i pareri ovvero le valutazioni devono pervenire all'amministrazione procedente. Nel caso ciò non avvenga il legislatore ha previsto un meccanismo devolutivo,

---

<sup>183</sup> L'art. 14-ter, c. 6-bis, recita, infatti, la "ritardata o mancata adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento sono valutate ai fini della responsabilità dirigenziale o disciplinare e amministrativa, nonché ai fini dell'attribuzione della retribuzione di risultato. Resta salvo il diritto del privato di dimostrare il danno derivante dalla mancata osservanza del termine di conclusione del procedimento ai sensi degli articoli 2 e 2-bis".



al fine di evitare che l'eventuale inerzia dei soggetti pubblici coinvolti non consenta la prosecuzione del procedimento. Si è avuto già modo, infatti, di parlare nel corso dell'introduzione al presente lavoro del silenzio devolutivo, in base al quale nell'ipotesi di inerzia, tanto degli organi consultivi quanto di quelli preposti al rilascio delle valutazioni tecniche, è comunque concesso all'amministrazione competente di procedere, con l'eccezione dei casi in cui assumano rilievo interessi sensibili quali l'ambiente, il paesaggio, il territorio e la salute.

Senza richiamare la disciplina dettata dalle norme citate, è chiaro, però, come, tanto nel caso in cui i pareri e le valutazioni siano rese entro i termini, quanto nelle ipotesi in cui debba applicarsi il meccanismo devolutivo (per non parlare delle situazioni in cui vengono in rilievo gli interessi critici precedentemente elencati), la durata del procedimento è certamente incisa da simili vicende. Ne consegue ancora una volta che per determinare effettivamente la lunghezza del procedimento, nonché per verificare il rispetto del termine di conclusione, è necessario tenere conto della complessità dell'istruttoria e delle attività richieste affinché sia il più possibile completa ed esauriente.

Pertanto, chiarito nel corso della trattazione precedente il rapporto tra i mezzi istruttori in esame e la disciplina della sospensione, qui preme solo ribadire che, nel calcolare il termine effettivo di conclusione, soprattutto al fine di verificarne il rispetto, è necessario tenere conto dell'eventualità che nel corso del procedimento siano stati richiesti pareri e/o valutazioni tecniche.

Il problema più grande riguarda, però, il caso in cui non operi il meccanismo devolutivo, in forza della natura sensibile dell'interesse tutelato, e il soggetto competente per il rilascio del parere o della valutazione resti inerte. Riepilogando quanto detto sopra, ciò potrebbe accadere nel caso di pareri obbligatori (posto che l'amministrazione potrebbe decidere di non procedere in assenza, non essendo tenuta a farlo, a differenza di quanto avviene qualora siano facoltativi) in materia di ambiente, salute e tutela paesaggistico-territoriale e nell'ipotesi in cui debbano essere acquisite valutazioni tecniche afferenti ai medesimi interessi.

In entrambi i casi, la riserva in favore del soggetto individuato come competente dalla legge pregiudica notevolmente tanto gli interessi privati che quelli pubblici perseguiti, anche se nel primo l'amministrazione procedente potrebbe comunque superare l'ostacolo, essendo rimessa, alla sua discrezionalità la scelta di proseguire o meno. Nessuna soluzione parrebbe possibile, invece, con riguardo alla seconda situazione descritta.

Si finirebbe, così, per compromettere significativamente sia la tutela del privato, dal momento che l'amministrazione non potrebbe fare fronte alla sua richiesta, sia la realizzazione degli interessi pubblici. L'amministrazione, infatti, non potrebbe portare a termine il procedimento già avviato, con conseguente spreco delle altre risorse impiegate nel corso dell'istruttoria<sup>184</sup>.

Sarebbe, pertanto, opportuno individuare un rimedio in grado di consentire all'amministrazione procedente di superare l'ostacolo rappresentato dall'inerzia degli altri soggetti coinvolti, al fine di giungere sempre all'adozione del provvedimento finale.

Come si avrà modo di vedere nella parte del lavoro dedicato all'ambito di operatività del ricorso avverso il silenzio, parte della dottrina ha, allora, suggerito l'applicazione del rito speciale alle ipotesi di inerzia endoprocedimentale<sup>185</sup>. Se, infatti, l'obiettivo del rimedio processuale è consentire al privato di ottenere la decisione finale, questo deve poter essere utilizzato anche laddove serva per sbloccare il procedimento, così da permettere, seppure indirettamente, all'amministrazione procedente di adottare il provvedimento.

### **3.1. Effetti sostanziali e processuali della scadenza infruttuosa del termine. La natura del termine di conclusione del procedimento**

Lo studio degli effetti della decorrenza infruttuosa del termine presuppone un chiarimento in ordine alla sua natura. Solo una volta identificata la portata perentoria ovvero ordinatoria di una determinata limitazione temporale è possibile, infatti, prevedere le conseguenze che possono derivare dalla sua mancata osservanza.

Pertanto, il primo passaggio consiste nello stabilire se, alla luce del dato normativo a disposizione e delle ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali, il termine di conclusione del procedimento fissato dalla legge o dai regolamenti, secondo le modalità e nel rispetto dei limiti richiamati in precedenza, debba essere ricondotto al *genus* dei termini perentori ovvero se sia possibile accertarne la natura meramente ordinatoria e acceleratoria.

---

<sup>184</sup> Sul punto, si v. C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 4, 1359, secondo cui non avere previsto degli strumenti volti a superare tali disfunzioni comporta un notevole danno per il cittadino, privato, così, del provvedimento finale. Secondo l'A., infatti, la particolare considerazione per gli interessi privilegiati, la cui acquisizione al procedimento è considerata indispensabile, si tradurrebbe in una "compressione della tutela del cittadino (quanto meno apparentemente) ingiustificata. Rilevanti ricadute si avrebbero, poi, a ben vedere, anche dal punto di vista dell'amministrazione, il cui *iter* decisorio resterebbe sospeso in una sorta di limbo dal quale non sarebbe possibile uscire (a meno, naturalmente, che non venga reso tardivamente il parere o la valutazione) con grave pregiudizio tanto per gli interessi pubblici concretamente perseguiti, quanto, anche, per gli interessi secondari comunque coinvolti nell'azione amministrativa" (p. 1361).

<sup>185</sup> Il riferimento va a F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003. Per l'esame dettagliato della tesi dell'applicabilità del rito sul silenzio all'inerzia endoprocedimentale si rinvia al Capitolo terzo, nella parte riservata all'ambito di operatività del ricorso.

Più in generale si tratta di comprendere se la scadenza del termine comporti la consumazione del potere amministrativo, per cui, a seguito della scadenza infruttuosa, l'amministrazione perderebbe la possibilità di adottare il provvedimento finale. Diversamente opinando, il termine manterrebbe la sua funzione di incentivo per lo svolgimento di un'attività efficiente, ma perderebbe valore in termini di certezza, dal momento che non verrebbe meno il potere dell'amministrazione di provvedere e, dunque, di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato.

Al fine di risolvere il problema, è opportuno ricordare che nessun supporto proviene dal testo della legge sul procedimento amministrativo. La normativa, infatti, non si occupa degli effetti derivanti dalla scadenza del termine sul potere amministrativo, ossia della persistenza o meno del potere dell'amministrazione di agire e di adottare un provvedimento tardivo, limitandosi a disciplinare una specifica ipotesi di responsabilità per il danno causato dalla dolosa o colposa violazione del termine.

Tuttavia, diversi argomenti sembrano confermare la natura ordinatoria del termine, soluzione questa maggiormente in linea con la tesi della sopravvivenza della possibilità di esercitare il potere. Prima di tutto una ragione di carattere sistematico, per cui la giurisprudenza ha sempre ritenuto che in assenza di un'espressa qualificazione del termine come perentorio questo debba essere considerato meramente ordinatorio<sup>186</sup>. D'altra parte, anche in virtù delle conseguenze certamente più gravi legate alla perentorietà del termine, parrebbe logico pretendere una chiara indicazione in tal senso da parte dell'ordinamento.

Inoltre, normalmente la natura del termine è strettamente correlata alle ragioni che hanno ispirato il legislatore nel prevedere una determinata limitazione temporale. Pertanto, quando le esigenze di certezza e di stabilità del diritto risultino preponderanti rispetto a qualsiasi altro interesse, si può presumere che il termine stabilito abbia natura perentoria.

---

<sup>186</sup> L'orientamento trova il suo fondamento nell'art. 152, c.p.c., c. 2, secondo cui i termini sarebbero tutti ordinatori salvo diversa espressa disposizione di legge. In questo senso, Tar Toscana, Firenze, sez. II, 18 febbraio 2011, n. 341, in *Diritto & Giustizia*, 2011, per cui "costituisce *ius receptum* il principio per cui i termini normativamente stabiliti per la conclusione del procedimento devono essere considerati ordinatori qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge"; Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2009, n. 599, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, si v. F. PATRONI GRIFFI, *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, 66, per il quale l'inutile decorso del termine di conclusione non comporta la consumazione del potere, posto che una simile conseguenza si verifica solo quando la legge espressamente qualifichi il termine come perentorio, di talché il suo eventuale mancato rispetto determina la decadenza del potere. Critico nei confronti di una simile ricostruzione è F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 575, secondo cui la disposizione processual-civilistica posta alla base della tesi richiamata riguarderebbe esclusivamente i termini processuali, non potendo, pertanto, trovare applicazione con riferimento a un termine di diritto sostanziale, quale è, appunto, quello di cui all'art. 2, l. n. 241/1990.

Quando, invece, l'importanza della stabilità della realtà giuridica viene a confrontarsi con i diversi interessi pubblici affidati alla cura delle amministrazioni la situazione, come già visto, cambia decisamente. In questo caso la necessità di tutelare lo specifico interesse pubblico assegnato consente di superare le esigenze di certezza giuridica, qualora non conciliabili. Il potere dell'amministrazione di agire a tutela di quell'interesse non può, dunque, essere assoggettato a scadenze<sup>187</sup>.

Da qui deriva l'esclusione della natura perentoria del termine del procedimento, che impedirebbe un esercizio del potere successivo al suo spirare. Deve, invece, sostenersi la sua portata meramente ordinatoria, per cui il termine appare volto esclusivamente ad accelerare l'attività amministrativa<sup>188</sup>.

Peculiare è, invece, il caso in cui il legislatore abbia attribuito uno specifico valore sostanziale alla decorrenza del termine. Nelle ipotesi di silenzio significativo, infatti, il silenzio produce i medesimi effetti di un atto espresso, sicché, almeno teoricamente (la prassi è invece meno uniforme), l'amministrazione potrebbe adottare un provvedimento dopo la scadenza del termine solamente agendo in autotutela<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Sulla inesauribilità del potere amministrativo a causa della infruttuosa decorrenza del termine vi è copiosa giurisprudenza. *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2009, n. 599, cit.; Cass., S.U., 27 aprile 2006, n. 9591, in F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, in cui si legge che anche dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento non viene meno il potere-dovere della p.a. di attivarsi per il soddisfacimento degli interessi affidati alla sua cura; Tar Emilia Romagna, Parma, 12 luglio 2005, n. 375, *ivi*, per cui il termine stabilito dalla legge deve ritenersi solamente indicativo e non può essere applicato nel caso di procedimenti di particolare complessità; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3741, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1665.

<sup>188</sup> Sulla natura acceleratoria del termine si v. F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, cit. L'A., dopo avere ricostruito i diversi orientamenti giurisprudenziali esistenti, aderisce alla tesi sostenuta dalla Suprema Corte con la sentenza del 25 febbraio 1998, n. 2064, in cui si legge che il termine di conclusione del procedimento non può essere qualificato né come perentorio né come ordinario. La prima classificazione è, infatti, impedita dalla mancanza di una disposizione normativa espressa che interpreti il termine in questo senso, la seconda, invece, dal fatto che non potrebbe considerarsi ordinario un termine per il quale la legge non individua chiaramente il soggetto titolare del potere di prorogarlo. Al fine, dunque, di identificare la natura del termine è necessario richiamare i principi che hanno ispirato il legislatore nel dettare le disposizioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo. Ne deriva che anche la previsione di uno specifico termine di conclusione del procedimento, al pari delle altre norme ivi contemplate, costituiscono piena attuazione del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost., per cui la finalità del termine deve essere certamente ravvisata nell'accelerazione dell'azione amministrativa. Sul punto, si v. anche M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, cit., per il quale la natura acceleratoria del termine deriva “dalla previsione di un termine finale suppletivo per la conclusione del procedimento, fissato in soli trenta giorni” (p. 306).

<sup>189</sup> Il che significa che la validità dell'atto adottato successivamente alla formazione del silenzio-assenso dovrebbe essere verificata tenendo conto delle condizioni richieste per l'esercizio del potere di autotutela. In altre parole, si ritiene che l'atto sopravvenuto al silenzio-assenso si configuri in termini di provvedimento di secondo grado, legittimo purché siano osservati i requisiti previsti per l'esercizio del potere di autotutela. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per negare lo stesso istituto del silenzio-significativo, che considera al pari dell'esercizio espresso del potere il silenzio serbato a fronte di un'istanza privata. Sul punto sussistono, come si diceva, orientamenti contrastanti. Il primo a sostegno della mera illegittimità del provvedimento sopravvenuto alla formazione del silenzio significativo. In termini, Tar Lazio, Latina, 17 aprile 2003, n. 360, in *Foro amm. Tar*, 2003, 130, in cui si legge che “quanto alla dedotta violazione

Tornando, invece, a quanto interessa in questa sede, ossia al silenzio inadempimento, la scadenza infruttuosa del termine non determina l'estinzione del procedimento, persistendo la necessità che l'amministrazione emani un provvedimento formale affinché si producano gli effetti giuridici voluti<sup>190</sup>.

Un'interpretazione di questo tipo è, peraltro, suffragata dal dato normativo contenuto all'interno del codice del processo amministrativo. Il quinto comma dell'art. 117, rubricato "Ricorsi avverso il silenzio", consente di impugnare mediante lo strumento dei motivi aggiunti il provvedimento tardivo eventualmente adottato nel corso del giudizio. Nel momento in cui si riconosce una forma di tutela avverso l'atto pervenuto successivamente alla scadenza del termine, implicitamente si ammette la persistenza del potere in capo all'amministrazione competente<sup>191</sup>.

Alla luce delle considerazioni svolte non può essere, dunque, messa in dubbio la natura meramente ordinatoria del termine di conclusione del procedimento, né – pure nel quadro di un dibattito teorico tutt'altro che sopito - negata la sopravvivenza della possibilità di

---

dell'art.2, va osservato che la inosservanza del termine previsto per la conclusione di un procedimento non rende di per sé illegittimo il provvedimento poi adottato, salvo il caso in cui l'inutile decorso di un certo termine significhi, *ex lege*, provvedimento *per silentium* favorevole all'interessato e il provvedimento tardivamente adottato sia di segno opposto, *in toto aut in parte*"; Consiglio Stato sez. VI, 21 aprile 1999, n. 494, in *Foro amm.*, 1999, 806, per cui "la formazione del silenzio assenso comporta, in base al principio del *ne bis in idem*, la consumazione del potere di amministrazione attiva in ordine alla decisione sull'istanza e, per l'effetto, l'illegittimità del provvedimento tardivo di diniego. Vero è, come osserva il Comune appellato, che la maturazione del silenzio non comporta la consumazione *tout court* del potere amministrativo di regolare in un turno di tempo successivo la fattispecie tacitamente assentita. Al pari dei provvedimenti espressi, anche la determinazione tacita che matura con il congegno della finzione di cui all'art. 20 della legge n. 241/1990 è infatti suscettibile di incisione, mercé l'esercizio degli ordinari poteri di autotutela, per effetto di una rinnovata valutazione dell'assetto di interessi e dei profili normativi (...). Peraltro l'automatica conversione del provvedimento di diniego tardivo in provvedimento espressione di autotutela - nella specie annullamento tacito del precedente assenso per effetto della verifica dell'incompatibilità dell'iniziativa con la sopravvenuta disciplina di piano - è impedita, in genere e nel caso concreto, dai principi generali in tema di motivazione degli atti espressione del potere di autotutela. Segnatamente, il provvedimento di annullamento non può essere imperniato sulla sola esigenza di ripristino della legalità asseritamente violata, ma deve essere supportato da una valutazione comparativa degli interessi in gioco, *id est* dall'evidenziazione, in rapporto all'affidamento ingenerato ed agli interessi dei privati, dell'interesse pubblico che in concreto giustifichi il ritorno sul provvedimento originario". Si v. anche S. TARULLO, *Violazione del termine di conclusione del procedimento ed illegittimità del provvedimento tardivo*, in *www.giustamm.it*. Il secondo orientamento, invece, propende per la nullità dell'atto espresso adottato successivamente alla formazione del silenzio significativo. Così, Tar Lombardia, sez. Brescia, 10 maggio 1985, n. 191, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 2267, per cui gli eventuali successivi dinieghi sopravvenuti dopo la formazione del silenzio-assenso sono totalmente privi di effetti (potendosi, al più, agire con lo strumento dell'annullamento d'ufficio), con la conseguenza che non devono essere impugnati necessariamente nell'ordinario termine di decadenza.

<sup>190</sup> Così A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, per il quale la decorrenza infruttuosa del termine non comporta la definizione del procedimento, il quale deve sempre essere concluso con un provvedimento che rimane infungibile perché si configurino determinati effetti giuridici (p. 132).

<sup>191</sup> Si v. A. LAZZARO, *La certezza dei tempi dell'azione amministrativa nella l. n. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, per cui i termini non possono essere ritenuti perentori perché altrimenti non avrebbe senso nemmeno la previsione da parte della legge di una responsabilità dirigenziale, nonché del danno da ritardo qualora non fosse possibile adottare un provvedimento tardivo. Allo stesso modo, secondo l'A., diversamente non avrebbe senso nemmeno prevedere la nomina di un commissario *ad acta* per l'adozione del provvedimento quando l'amministrazione restasse inerte anche a seguito del giudizio sul silenzio.

provvedere<sup>192</sup>, prevalendo la necessità che le amministrazioni perseguano gli interessi pubblici loro affidati rispetto a qualsiasi esigenza di certezza.

Tuttavia, dato che dall'esercizio tardivo del potere possono derivare danni sia al privato direttamente coinvolto sia ai terzi, sono necessari alcuni correttivi<sup>193</sup>, al fine di evitare che il cittadino sia del tutto alla mercé del soggetto pubblico. Al di là, allora, delle conseguenze in termini di responsabilità, sembra assumere particolare rilievo il discorso relativo alla validità del provvedimento adottato successivamente alla scadenza del termine.

Come si chiarirà in seguito, infatti, la legittimità dell'atto tardivo pare possa essere affermata solo laddove sia dimostrata l'effettiva rispondenza dell'esercizio tardivo del potere all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico. Sembra, dunque, si sia giunti alla chiusura del cerchio, per cui la cura dell'interesse pubblico consente di superare le esigenze di certezza, tanto individuali che collettive, legate al termine di conclusione del procedimento.

### **3.2. Segue. Il regime di validità del provvedimento tardivo**

Strettamente connesso alla natura del termine del procedimento è il discorso relativo alla validità del provvedimento adottato a seguito della scadenza infruttuosa del termine finale.

---

<sup>192</sup> D'altra parte in questo senso si sono sempre espresse la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie. Si ricordi, però, in senso contrario, l'autorevole posizione sostenuta da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., per il quale riconoscere una portata meramente indicativa della presumibile durata del procedimento al termine stabilito significherebbe vanificarne l'efficacia. Secondo l'A. non è sostenibile una prevalenza assoluta e automatica dell'interesse pubblico rispetto a quello privato, per cui è necessario tutelare l'affidamento del privato e le sue esigenze di certezza in ordine alle sue relazioni giuridiche con l'amministrazione. L'A. richiama, infine, il principio dell'autolimita della pubblica amministrazione, per cui, anche prescindendo dalla natura regolamentare degli atti con cui viene fissato il termine di conclusione del procedimento, è sufficiente la sua rilevanza come autolimita e la necessità che sia reso pubblico per "creare in capo all'amministrazione un dovere giuridico di osservare il termine e l'aspettativa da parte dei privati che ciò avvenga di fatto".

<sup>193</sup> Seppure, infatti, la scadenza del termine non comporti il venir meno del potere o la decadenza relativa al suo esercizio (sulla differenza tra prescrizione e decadenza, ancora suggestive e convincenti sono le osservazioni di Santi ROMANO, voce *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 47 e ss.) potere, derivano comunque altre conseguenze. Per tale ragione, il termine di conclusione del procedimento è stato qualificato anche come comminatorio, il che significa che la sua violazione, pur non comportando l'estinzione del potere, può determinare l'applicazione di una sanzione ai danni del trasgressore. In questo senso, L. CESARINI, *I tempi del procedimento ed il silenzio*, cit., per la quale "il non provvedere entro il termine rituale non estingue il potere dell'amministrazione, ma può comportare una reazione sanzionatoria nell'interesse dei soggetti nei cui confronti è stato iniziato il procedimento incompiuto. Più precisamente (...) il superamento dei tempi procedurali legittima il privato a reagire contro l'inerzia della p.a., avvalendosi dei mezzi di tutela amministrativa, risarcitoria e persino penale" (p. 36). Si v. anche la sentenza della Corte costituzionale, 17 luglio 2002, n. 355, richiamata da M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, cit., in cui si afferma "il principio secondo cui la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza del 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 appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno, all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della pubblica amministrazione)" (p. 339).

Nel paragrafo precedente si è affermato il carattere meramente ordinatorio del termine, pervenendo, dunque, alla conclusione che l'amministrazione, pure una volta scaduto il tempo messo a sua disposizione dalla legge, conservi il potere di emanare il provvedimento finale (o la legittimazione a esercitarlo). Tuttavia, un ulteriore passaggio si rende necessario per verificare il regime giuridico dell'atto adottato, ossia la sua validità, sul presupposto che il riconoscimento della possibilità di esercitare il potere successivamente alla scadenza del termine non comporti automaticamente la legittimità del provvedimento così adottato.

A tal proposito, è utile interrogarsi sulla portata dell'art. 2. Esso si inquadra nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo, in cui sono disciplinate le modalità di esercizio del potere, per cui non sembra possa disconoscersi la sua natura di norma di azione. La qualificazione in questi termini, piuttosto che in quelli di norma di relazione, non è priva di conseguenze.

Diversi sono, invero, gli effetti della violazione dell'una o dell'altra tipologia sulla validità del provvedimento adottato. Qualora l'atto fosse contrario a una norma di relazione, dovrebbe, infatti, essere considerato nullo perché adottato in carenza di potere. Diversamente, laddove il potere sussista, ma sia stato male esercitato, per violazione di una norma di azione, la sanzione sarà l'illegittimità.

Se, dunque, il mancato rispetto delle norme di azione determina l'illegittimità del provvedimento e l'art. 2 costituisce una norma sull'esercizio del potere, l'atto tardivo sembra dover essere considerato illegittimo.

Pur dovendosi, infatti, dare conto dell'orientamento per cui la decorrenza infruttuosa del termine sarebbe idonea a determinare la nullità dell'atto tardivo<sup>194</sup>, nonché della tesi maggioritaria che, attribuendo al termine un valore meramente acceleratorio, nega qualsiasi invalidità del provvedimento emanato successivamente alla scadenza del termine, pare maggiormente fondata la conclusione in favore della illegittimità<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Si v. la tesi di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., per cui il provvedimento emanato successivamente alla scadenza del termine sarebbe nullo per carenza sopravvenuta di potere. Se, infatti, la previsione di uno specifico termine di conclusione del procedimento è finalizzata a delimitare nel tempo lo stato di incertezza in cui verte il cittadino, l'amministrazione, una volta decorso infruttuosamente il termine, non ha più il potere di incidere sulla situazione giuridica soggettiva del privato, al pari di quanto avviene per l'esercizio dei diritti potestativi nei rapporti interprivati. Pertanto, "alla scadenza del termine per l'esercizio del potere consegue l'inidoneità dell'atto tardivo a produrre l'effetto costitutivo tipico, e non invece la semplice possibilità di far annullare l'atto tardivamente adottato".

<sup>195</sup> In questo senso, F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, cit., per il quale, tanto per la proposizione del ricorso avverso il silenzio che in presenza di un provvedimento tardivo, la norma violata è la medesima, per cui non sarebbe coerente "la qualificazione come illegittimo del comportamento dell'Amministrazione che oppone al cittadino un silenzio inadempimento, ed invece come legittimo quella del provvedimento tardivo". Pertanto, secondo l'A., in caso di violazione della disposizione di cui all'art. 2

Sono necessari, però, alcuni chiarimenti (o meglio alcune soluzioni) per evitare che il provvedimento sia annullato per la mera illegittimità derivante dal tempo trascorso per l'emanazione dell'atto. Per capire l'importanza di ricercare un mezzo per sanare l'illegittimità derivante dalla violazione del termine basti, infatti, pensare alla situazione paradossale in cui l'amministrazione adotti il provvedimento semplicemente con un giorno di ritardo.

È evidente che la *sanzione* dell'annullamento sembrerebbe eccessiva, laddove l'atto fosse valido sotto tutti gli altri profili (e sostanzialmente giusto e corretto). Deve, dunque, ricercarsi una soluzione di tipo diverso. Il primo passaggio consiste nel distinguere le ipotesi in cui assuma rilievo l'attività vincolata, da quelle in cui l'amministrazione disponga di discrezionalità.

Con riferimento alla prima, il problema appare decisamente ridotto. Basta, infatti, richiamare quanto disposto dall'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, c. 2, prima parte, per cui il provvedimento contrario a norme sul procedimento o sulla forma degli atti non è comunque annullabile se, in virtù della sua natura vincolata, sia palese che non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso<sup>196</sup>. Ora, è chiaro che, laddove il vizio del provvedimento vincolato derivasse esclusivamente dalla violazione del termine, sarebbe facile constatare che non potrebbe avere un contenuto differente da quello in concreto adottato, con la conseguente sanatoria dell'illegittimità.

Resterebbero, dunque, fuori solo le attività connotate da discrezionalità.

A tal riguardo, una soluzione per sanare l'illegittimità derivante dalla violazione del termine potrebbe, allora, rinvenirsi facendo ricorso, in via analogica, a quanto previsto dal legislatore con l'art. 21-*nonies*. Il secondo comma dispone, infatti, che "è fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".

Si potrebbe, pertanto, sostenere che, affinché la violazione del termine non determini l'annullabilità del provvedimento, questo dovrebbe essere adottato secondo i criteri fatti propri dalla norma. Per cui l'atto, seppure successivamente alla scadenza del termine di legge, dovrebbe essere emanato entro un tempo ragionevole e a condizione che la sua

---

della l. n. 241/1990 la conseguenza dovrebbe essere la stessa che deriva dal mancato rispetto di una qualsiasi altra norma sulle modalità di esercizio del potere. Il provvedimento tardivo sarebbe, dunque, illegittimo e annullabile, soprattutto alla luce del fatto che, oltre al diretto interessato dall'atto eventualmente favorevole, potrebbe comunque esserci un controinteressato danneggiato.

<sup>196</sup> Sull'applicabilità dell'art. 21-*octies* al provvedimento tardivo, si v. ancora F, GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, cit.



adozione tardiva sia comunque giustificata dalla sussistenza di ragioni di interesse pubblico.

Con quanto affermato non si intende affatto avallare le tesi, ormai superate, che attribuivano un valore attizio al silenzio (di cui si avrà modo di parlare nel prossimo Capitolo), ma, pur consci della forzatura ermeneutica che questa soluzione implica, si intende dire che il risultato ottenuto con l'atto tardivo rispettoso dei criteri di cui all'art. 21-*nonies* equivarrebbe alla somma di un provvedimento di primo grado (necessariamente illegittimo, perché emanato in violazione di una norma di azione – l'art. 2) e della sua convalida. Pertanto, per ragioni di economia, piuttosto che richiedersi due atti aventi il medesimo contenuto, sarebbe sufficiente integrare la motivazione del provvedimento tardivo, chiarendo quali siano le ragioni di interesse pubblico che giustificano il superamento dell'illegittimità (o meglio l'adozione tardiva), sempre purché l'atto sopraggiunga entro un termine ragionevole.

La tesi qui sostenuta implica un aggravamento – sul lato istruttorio e motivazionale - del regime applicabile all'atto tardivo, che va emanato quasi si trattasse di un provvedimento di secondo grado. Di un tale regime, invero, non vi è traccia nella prassi giurisprudenziale; tuttavia, esso sembra costituire un adeguato punto di equilibrio tra le esigenze dell'amministrazione di continuare a perseguire l'interesse pubblico con atti i cui effetti non siano precari e le insopprimibili ragioni del privato, a prescindere da ulteriori profili risarcitori.

Quanto detto vale, peraltro, solo per le ipotesi in cui il provvedimento venga adottato sì con ritardo, ma spontaneamente. In occasione dello studio dei diversi rimedi predisposti dall'ordinamento per contrastare il fenomeno dell'inerzia, si vedranno le ragioni per cui deve considerarsi, invece, certamente legittimo l'atto tardivo, quando rappresenti il risultato dell'esperimento del mezzo di tutela prescelto, sia esso il ricorso avverso il silenzio ovvero il meccanismo di sostituzione interno al procedimento.

#### **4.1. Il “tempo” ai fini dell'individuazione della normativa applicabile. La regola del *tempus regit actum***

Il momento effettivo dell'adempimento, ossia della concreta adozione del provvedimento finale, non rileva soltanto ai fini della verifica del rispetto del termine di conclusione del procedimento, bensì anche per l'individuazione della normativa applicabile al caso di specie.

L'azione amministrativa è, infatti, governata dalla regola del *tempus regit actum*, che impone all'amministrazione di emanare un provvedimento il cui contenuto sia conforme alle disposizioni in vigore al momento della sua adozione.

La disciplina sostanziale applicabile al provvedimento non è legata alla fase dell'iniziativa o al termine di conclusione del procedimento fissato dalla legge, ma è determinata dal momento effettivo in cui è emanato l'atto.

L'amministrazione precedente deve conformare il provvedimento finale alla disciplina vigente al momento del suo perfezionamento. Pertanto, essa, nell'ipotesi di una corretta sequenza procedimentale, è tenuta a considerare non già la normativa in vigore nella fase di avvio, vuoi d'ufficio vuoi su istanza di parte, ma quella applicabile nel momento in cui il provvedimento viene concretamente adottato.

La ragione è facilmente intuibile. Solo con l'emanazione del provvedimento conclusivo si producono nella realtà giuridica gli effetti propri del potere amministrativo, per cui è in quel momento che deve essere garantita la conformità con quanto prescritto dalla legge circa l'esercizio del potere. Il provvedimento, ma più in generale l'atto, rappresenta, infatti, il momento in cui si interviene concretamente per generare un certo effetto, cosicché per essere legittimo deve necessariamente rispondere a quanto previsto dalla legge.

Il principio vale, peraltro, anche con riferimento agli atti endoprocedimentali<sup>197</sup>, che devono essere emanati conformemente a quanto stabilito dalle diverse disposizioni applicabili nel preciso istante in cui vengono a esistere.

Indipendentemente dal fatto che l'atto abbia una valenza esterna, come nel caso del provvedimento, ovvero interna, come per gli atti endoprocedimentali, ciò che conta è l'idoneità a produrre un determinato effetto, sia esso incidere sulla realtà giuridica provocandone una modificazione, come nella prima ipotesi, oppure dare impulso al procedimento, consentendone la prosecuzione.

In entrambi i casi, posto che l'effetto perseguito è individuato dalla normativa applicabile, è necessario che l'atto sia conforme a quella stessa legge che ne disciplina scopo e modalità.

La regola del *tempus regit actum* trova il suo fondamento nella tradizionale concezione dell'atto come il solo strumento (salvo ovviamente casi in cui è la legge stessa a dare

---

<sup>197</sup> Secondo E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., qualora la normativa sopravvenuta nel corso del procedimento richieda per l'adozione del provvedimento finale il compimento di ulteriori atti endoprocedimentali, l'amministrazione non può che conformarsi alla nuova disciplina eventualmente integrando quando già compiuto prima della variazione normativa. Quanto poi alla validità degli atti endoprocedimentali già posti in essere, in assenza di una disposizione normativa contraria si deve ritenere che siano fatti salvi a condizione che non appaiano del tutto inconciliabili con la disciplina sopravvenuta.

rilievo ai fatti) idoneo a produrre effetti, per cui è con il perfezionamento del provvedimento che il potere viene concretamente esercitato.

Solo in quel momento, dunque, si può verificare la conformità dell'atto alla disciplina normativa applicabile, non assumendo alcun valore le eventuali disposizioni previgenti né quelle intervenute successivamente<sup>198</sup>.

Alla luce di quanto finora sostenuto, sembra opportuno riconnettersi al problema della tutela del cittadino a fronte dell'inerzia amministrativa.

E invero, prima di evidenziare le eventuali criticità che possono sorgere dall'applicazione della regola in esame nelle ipotesi di silenzio inadempimento dell'amministrazione, preme ribadire che anche nel caso in cui l'amministrazione concluda il procedimento oltre i termini di legge è tenuta a rispettare le disposizioni applicabili al momento dell'adozione dell'atto.

Ora, vero è che, nelle more del procedimento e già prima della scadenza ordinaria del termine, potrebbero intervenire delle modifiche normative sfavorevoli al privato, ma in siffatta ipotesi difficilmente questi potrebbe lamentare un danno per l'operato della pubblica amministrazione, tenuta ad applicare la legge in vigore al momento del perfezionamento dell'atto. Diversa, però, appare la situazione nel caso in cui la riforma *in peius* sia realizzata dopo la scadenza del termine di conclusione fissato dalla legge, senza che l'amministrazione abbia ancora adottato la decisione finale.

In una simile eventualità il privato, oltre a subire gli effetti negativi normalmente connessi alla tardiva composizione degli interessi in gioco, è ulteriormente e più gravemente pregiudicato dal fatto di non potere più ottenere - o comunque non alle stesse condizioni (ma magari con maggiori oneri) - il provvedimento che, invece, sarebbe stato rilasciato dall'amministrazione qualora, osservando il termine di conclusione del procedimento, avesse applicato la normativa in vigore in quel momento, ossia prima dell'intervento riformatore.

È indubbio, infatti, che in un caso simile, pur essendo il provvedimento legittimo perché conforme a legge (fermo restando il vizio relativo alla violazione del termine, che

---

<sup>198</sup> In questi termini anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, per il quale tutti gli atti "vanno posti in essere nel concorso delle circostanze, e nel rispetto di tutte le esigenze, fissate dalla legge nel tempo in cui si realizzano". E ciò vale tanto con riferimento agli atti preparatori che a quelli costitutivi. L'ulteriore conseguenza che discende dalla regola del *tempus regit actum* è, dunque, l'insensibilità degli atti già compiuti alle successive modifiche normative. "Quale che possa essere la modificazione apportata da una legge nuova, in relazione, poniamo, alle esigenze formali, la forma di un atto posto in essere nella veste, la quale, al tempo della sua emissione, era conforme alle esigenze del diritto, non viene a perdere la suscettibilità di esprimere validamente, nel tempo soggetto alla legge nuova, l'azione che attraverso essa tende a esplicarsi. L'atto, posto in essere nella forma idonea a esprimerlo nel tempo in cui venne in vita, conserva dunque, anche sotto la legge che innova le esigenze formali degli atti appartenenti alla stessa categoria, tutta la sua vitalità".

potrebbe, però, essere superato come si è detto), certamente il comportamento dell'amministrazione ha causato un danno al privato, il quale, per le modifiche normative, potrebbe essersi visto negare il provvedimento richiesto ovvero concesso a condizioni più gravose.

Ci si chiede, dunque, quale sia la soluzione per evitare che in casi del genere il privato possa essere pregiudicato dal comportamento inerte dell'amministrazione.

#### **4.2. Segue. Temperamenti giurisprudenziali e dottrinali: dal *tempus regit actum* al *tempus regit actionem***

Una prima risposta al problema di tutelare il privato per i casi in cui intervengano modifiche normative sfavorevoli nelle more del procedimento potrebbe essere rinvenuta in un temperamento del principio in esame, per cui il procedimento amministrativo, una volta iniziato, resterebbe impermeabile all'eventuale *jus superveniens*.

In particolare, la dottrina si è interrogata circa la prevalenza del principio di legalità, che non ammetterebbe eccezioni, ovvero il riconoscimento di un preponderante affidamento del privato che consentirebbe un'applicazione più flessibile della regola del *tempus regit actum*<sup>199</sup>.

Questa seconda soluzione è apparsa preferibile a parte della dottrina, quantomeno con riferimento ad alcune tipologie di procedimenti, in particolare, quelli finalizzati all'adozione di provvedimenti di tipo selettivo e autorizzatorio<sup>200</sup>.

In entrambi i casi, secondo questa ricostruzione<sup>201</sup>, la disciplina applicabile al provvedimento, cui esso deve essere conforme, sarebbe quella in vigore al momento

---

<sup>199</sup> G. PORTALURI, *Sopravvenienze normative e procedimenti autorizzatori: "tempus regit actum"?*, in *Foro amm. Tar*, 2008, fasc. 4, 952, parla di "dialettica tra legalità ed affidamento". L'A. richiama l'orientamento giurisprudenziale per cui la normativa sopravvenuta troverebbe applicazione per tutte le fasi endoprocedimentali ancora non concluse, mentre tanto il principio di irretroattività quanto ragioni di efficienza ed economicità sarebbero idonee a salvaguardare le fasi già compiute dall'applicazione del *jus superveniens*.

<sup>200</sup> Un'applicazione attenuata della regola in esame è stata auspicata da A. ROCCELLA, *Tempus regit actum, autonomia legislativa regionale e contributo per la sanatoria nel terzo condono edilizio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, fasc. 3, p. 703, con riferimento alle richieste di sanatoria edilizia. L'A., infatti, commentando l'ordinanza del Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 marzo 2009, n. 53, che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale di una legge regionale con cui si prevedeva che gli oneri dovuti per la sanatoria dovessero essere calcolati sulla base delle tariffe vigenti al momento del perfezionamento del provvedimento, restando, dunque, irrilevante quello della presentazione della domanda, chiarisce che il principio del *tempus regit actum* non ha rilevanza costituzionale e, pertanto, "il decorso del tempo per la conclusione dei singoli procedimenti di sanatoria dovrebbe rimanere irrilevante per i richiedenti e non comportare alcuna variazione nelle condizioni della sanatoria medesima".

<sup>201</sup> Il contributo più significativo in questo senso è certamente di G.D. COMPORI, *Tempus regit actionem, Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, il quale, prima di fornire gli esempi delle tipologie procedurali dai quali emerge l'impossibilità di una rigida applicazione della regola in esame, individua lo scopo del procedimento nell'elaborazione della regola

dell'avvio dell'*iter* procedimentale, non rilevando tutte le eventuali modifiche che potrebbero intervenire successivamente.

La tesi trova il suo fondamento nella natura e nella funzione del procedimento amministrativo, che non può essere interpretato alla stregua di un mero insieme di atti, ma come un processo unitario, volto a ricostruire tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per giungere alla composizione degli interessi. È all'interno del procedimento che verrebbe elaborata la regola decisoria cui il provvedimento deve essere conforme, per cui eventuali modifiche normative intervenute successivamente all'avvio del procedimento non assumerebbero rilievo; opinando diversamente, si consentirebbe una illegittima commistione del potere normativo e di quello amministrativo, che, invece, deve restare autonomo affinché possa essere correttamente esercitato<sup>202</sup>.

Nel momento in cui, dunque, il procedimento si svolge proprio al fine di determinare l'assetto di interessi migliore sulla base tanto dei fatti che delle norme che assumono rilievo, è importante che sia assicurata la stabilità dei diversi elementi per permettere una valutazione consapevole e certa. Anche perché solo in presenza di un contesto normativo chiaro e definito, e conseguentemente di un procedimento le cui regole siano prestabilite, è possibile garantire ai privati interessati un esercizio proficuo e utile delle diverse facoltà partecipative e, soprattutto, la tutela del loro affidamento.

Il mantenimento, o meglio la cristallizzazione, della disciplina in vigore al momento dell'apertura del procedimento consente, dunque, ai privati di avere contezza della situazione fattuale e normativa relativa alle posizioni giuridiche coinvolte e di utilizzare al meglio gli strumenti di partecipazione procedimentale previsti dalla legge<sup>203</sup>.

Al fine di verificare l'accogliibilità della posizione espressa, sembrano, però, opportuni alcuni chiarimenti, soprattutto in ordine alle diverse tipologie procedurali cui potrebbe trovare applicazione la regola, così codificata, del *tempus regit actionem*<sup>204</sup> rispetto a quella da cui si è mossi.

---

giuridica da applicare al caso di specie, la quale è frutto dell'insieme di fatti e interessi oggetto di valutazione nel corso dell'istruttoria procedimentale.

<sup>202</sup> G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, cit., secondo cui considerare inapplicabili le norme sopravvenute all'avvio del procedimento consente di "garantire l'autonomia della funzione amministrativa e la tutela della riserva alla medesima della valutazione e definizione degli interessi concretamente rilevanti nelle singole situazioni problematiche" (p. 86).

<sup>203</sup> Si v. ancora G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, cit., per il quale, peraltro, la necessità di applicare la disciplina vigente al momento dell'avvio del procedimento discende dal più generale obbligo di buona fede gravante sull'amministrazione procedente.

<sup>204</sup> G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, cit.

Si è detto che la prima categoria di provvedimenti per i quali si potrebbe ammettere un'applicazione attenuata della regola del *tempus regit actum* è rappresentata da quelli selettivi.

Si tratta, cioè, di tutti i procedimenti cui partecipano una pluralità di concorrenti tra i quali l'amministrazione effettua una scelta, sulla base delle regole fissate all'interno di un bando, in cui rileva in particolare modo l'individuazione dei requisiti di cui i partecipanti alla procedura di selezione devono disporre.

Con riferimento a questa tipologia di procedimenti sembra più facile immaginare una impermeabilità alle modifiche normative sopravvenute a seguito dell'emanazione del bando di gara. Esso assumerebbe valore di *lex specialis*, idonea a far sorgere in capo al privato un legittimo affidamento a che l'amministrazione si attenga alle regole in vigore al tempo della pubblicazione del bando. Da ciò consegue che il privato dovrebbe conformare la propria attività a quanto normativamente previsto in quel momento, non rilevando le eventuali successive modifiche intervenute.

Alla base di una simile interpretazione vi è da un lato un argomento di tipo formale, dall'altro uno di natura sostanziale. L'argomento formale richiama l'idoneità della normativa speciale a "resistere" alla normativa generale sopravvenuta<sup>205</sup>, mentre quello sostanziale attiene alla necessità di dettare delle regole stabili, affinché i potenziali concorrenti possano conformare la propria attività in vista della partecipazione al concorso<sup>206</sup>.

Se nei procedimenti selettivi è più facile ravvisare nella *lex specialis* un limite all'applicabilità della normativa sopravvenuta, maggiori perplessità sorgono, però, nel caso di procedimenti autorizzatori. Con riferimento ai primi, infatti, c'è comunque un atto della pubblica amministrazione, in relazione ai secondi, invece, c'è solo un atto del privato, l'istanza con cui prende avvio il procedimento.

Pur non potendosi nascondere che al fine di presentare l'istanza, nonché di partecipare al procedimento, il privato pone in essere una serie di atti volti a conformare la propria

---

<sup>205</sup> Critico in questo senso, G. PORTALURI, *Sopravvenienze normative e procedimenti autorizzatori: tempus regit actum?*, cit., per il quale l'argomento formale risulta piuttosto debole. Di maggiore rilievo sarebbe, invece, il fatto che il privato è tenuto, in virtù del bando, a compiere una serie di attività che potrebbero anche essere considerevolmente onerose e la cui utilità non potrebbe venire meno a causa di una nuova disciplina normativa.

<sup>206</sup> Sull'inapplicabilità del principio del *tempus regit actum* ai procedimenti concorsuali, si v. R. CICHESE, *Procedure concorsuali, norme interpretative e jus superveniens*, in *Corriere merito*, 2011, 10, 1004, che richiama quella giurisprudenza per cui la regola in discorso imporrebbe un rigoroso rispetto solo in presenza di una sequenza procedimentale composta da atti dotati di una propria autonomia, mentre non troverebbe applicazione nel caso di attività che, pur svolgendosi in un dato arco temporale, avrebbe natura unitaria, con la conseguenza che l'intera azione resta disciplinata dalla normativa in vigore nel momento in cui ha avuto inizio.

attività a quanto prescritto dalla legge per ottenere il provvedimento autorizzatorio<sup>207</sup>, è più difficile immaginare che l'atto del privato sia idoneo a determinare un effetto preclusivo nei confronti della pubblica amministrazione.

D'altra parte, è proprio in rapporto a un potere tipicamente autorizzatorio, quale il rilascio del permesso di costruire, che la giurisprudenza ha mostrato le prime aperture a favore di un'applicazione attenuata della regola del *tempus regit actum*. A ben guardare, però, la soluzione raggiunta dalla giurisprudenza non riguarda esattamente il caso in esame, nel senso che non si fa riferimento alle modifiche intervenute nel corso del procedimento, bensì a quelle eventualmente sopravvenute a seguito del diniego illegittimo del permesso di costruire.

La deroga alla rigida applicazione della regola del *tempus regit actum* trova spazio, infatti, nei casi in cui sia sorto un contenzioso e, nelle more del giudizio, la disciplina urbanistica subisca delle modifiche. Secondo il giudice amministrativo, in sede di riesame dell'istanza a seguito dell'annullamento del precedente diniego, l'amministrazione è tenuta ad applicare la normativa sopravvenuta, anche nel caso in cui risulti più sfavorevole per il privato vittorioso nel giudizio.

Tuttavia, il temperamento riguarda le eventuali modifiche successive alla notificazione della sentenza con cui è stato accolto il ricorso, per cui sarebbero applicabili tutte le disposizioni che, seppure successive all'adozione del provvedimento, siano intervenute prima della notifica della sentenza<sup>208</sup>.

Inoltre, qualora la disciplina sopravvenuta sia sfavorevole rispetto a quella applicabile al momento dell'adozione del diniego poi annullato, la giurisprudenza riconosce al privato un interesse qualificato a chiedere una variante al piano urbanistico nel frattempo intervenuto, ravvisandosi in questo caso un vero e proprio dovere in capo all'amministrazione di riesaminare la pianificazione<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Quanto detto emerge ancora più chiaramente se si pensa che il potere autorizzatorio, comunque caratterizzato dalla prevalenza dell'interesse pubblico, spesso non consente semplicemente l'esercizio di quelle attività che non siano incompatibili con il fine generale perseguito, ma rende l'interesse privato "servente" rispetto a quello pubblico, "addirittura conformando l'azione dell'autorizzato in vista del conseguimento (anche) di finalità collettive". Così, F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, p.248.

<sup>208</sup> Sul punto, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. Si v. Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2009, n. 2860, in *Riv. giur. edilizia* 2009, 2, I, 499, per cui l'annullamento di un diniego di concessione edilizia impone all'amministrazione di provvedere al riesame del progetto alla stregua della disciplina urbanistica vigente al momento della notificazione della sentenza.

<sup>209</sup> In questo senso si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 8 gennaio 1986, n. 4, in *Foro it.*, 1987, III, 156, che riconosce appunto al privato che abbia ottenuto l'annullamento del diniego di permesso di costruire adottato un interesse qualificato a chiedere all'amministrazione competente una variante del piano urbanistico entrato in vigore successivamente all'emanazione del provvedimento e nelle more del giudizio. Di recente, Tar Liguria, Genova, sez. II, 13 maggio 2009, n. 1041, in *Foro amm. Tar*, 2009, 5, 1386, che

Tornando, però, alla possibilità di ammettere la tesi della impermeabilità del procedimento alle modifiche normative sopravvenute, si tratta della soluzione fornita da quanti ravvisano nel procedimento non già una serie di atti che, seppure rientranti in una medesima sequenza, sarebbero tra loro autonomi e soggetti alla disciplina di volta in volta applicabile al momento della loro adozione, bensì un insieme unitario, tanto da trasformare la dicitura *tempus regit actum in tempus regit actionem*<sup>210</sup>.

La tesi appena esposta, per quanto suggestiva, non sembra, tuttavia, meritevole di accoglimento.

Diversi sono gli argomenti contrari a una simile ricostruzione. Prima di tutto, l'illogicità di prevedere conseguenze differenti a seconda che, nel corso del procedimento, sopravvengano nuovi elementi normativi o fattuali.

Se, infatti, il procedimento è il luogo in cui convergono tutti gli elementi di fatto e di diritto che devono essere valutati dall'amministrazione competente al fine di adottare il provvedimento finale, non può ammettersi un diverso regime delle sopravvenienze a seconda che si tratti di nuove disposizioni ovvero di nuovi fatti.

Si pensi all'ipotesi in cui sia stata presentata un'istanza per ottenere l'autorizzazione allo svolgimento di una determinata attività, ma poi, nelle more del procedimento, per fatti sopravvenuti, venga meno l'interesse del privato oppure semplicemente siano necessari ulteriori adempimenti per potersi conformare alla disciplina già vigente al momento della presentazione della domanda.

In questo caso, il procedimento non è affatto insensibile ai mutamenti intervenuti. Allo stesso modo, dunque, si deve ritenere che anche le eventuali modifiche normative debbano essere prese in considerazione all'interno del procedimento, con la conseguenza che il provvedimento finale dovrà essere adottato alla luce di tutti gli elementi di fatto e di diritto in rilievo.

D'altra parte, conferme in questo senso derivano dalla giurisprudenza maggioritaria, per cui non può ammettersi un'interpretazione meno rigorosa della regola del *tempus regit actum*. Nemmeno - ancor più a nostro avviso - con riferimento ai provvedimenti

---

afferma che "se è vero che l'annullamento del diniego non obbliga l'amministrazione a riesaminare immediatamente l'istanza di concessione edilizia alla stregua della normativa vigente all'epoca del diniego medesimo, è altresì vero che l'amministrazione stessa ha il potere-dovere di riesaminare subito il piano sopravvenuto al fine di valutare se ad esso possa essere applicata una deroga o una modifica che recuperi, in tutto o in parte, compatibilmente con l'interesse pubblico, le previsioni urbanistiche sulle quali si fondava l'originaria domanda di concessione a torto respinta, con conseguente lesione della posizione dell'amministrato".

<sup>210</sup> Sul punto, si v. G.D. COMPORZI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio intertemporale dei procedimenti amministrativi*, cit.



autorizzatori<sup>211</sup>, con i quali, come evidenziato in dottrina<sup>212</sup>, non ci si limita a consentire al privato l'esercizio di una situazione di vantaggio preesistente, subordinata, però, alla verifica di compatibilità con l'interesse pubblico. Bensì, il potere autorizzatorio mira a rendere l'azione del privato "servente" rispetto all'interesse pubblico, ragione per cui appare ancora più importante che l'autorizzazione risulti conforme alla normativa in vigore al momento dell'adozione concreta del provvedimento accrescitivo.

E, a ben guardare, pure in relazione alla seconda categoria procedimentale presa in considerazione nel paragrafo precedente, ossia i procedimenti concorsuali, non sembra si possa negare la necessità di applicare la regola del *tempus regit actum*. Invero, in questi casi la normativa sopravvenuta non rileva solo quando la fase procedimentale si sia in qualche modo conclusa.

La giurisprudenza ha, infatti, avuto modo di chiarire che il procedimento è composto da una serie di fasi autonome, a ognuna delle quali si applica la disciplina in vigore al momento del suo espletamento, restando, invece, insensibili alle eventuali modifiche intervenute sì nel corso del procedimento, inteso come l'insieme di queste diverse fasi, ma successivamente alla conclusione di ciascuna di esse.

Pertanto, anche i procedimenti concorsuali possono essere suddivisi in autonomi stadi, ognuno regolato dalla disciplina in vigore al momento in cui si svolge, di talché le eventuali riforme intervenute dopo la pubblicazione del bando sono comunque applicabili a quelle fasi che non siano ancora iniziate e che risultino autonome rispetto a quelle già espletate<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> In questo senso, si v. Tar Basilicata, Potenza, 11 maggio 2011, n. 293, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, chiamato a decidere su una questione relativa a un diniego di autorizzazione per la realizzazione di un parco eolico, ha chiarito che il principio in esame "deve essere inteso nel senso che l'Amministrazione è tenuta ad applicare la normativa in vigore al momento dell'adozione del provvedimento definitivo, quand'anche sopravvenuta, e non già, salvo che espresse norme statuiscano diversamente, quella in vigore al momento dell'avvio del procedimento"; Tar Sardegna, sez. I, 21 aprile 2011, n. 423, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, fasc. 4, I, 1064, conferma l'applicabilità di un nuovo regolamento o atto amministrativo a contenuto generale anche ai procedimenti iniziati anteriormente alla data della sua approvazione; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, fasc. 3, 658.

<sup>212</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 351.

<sup>213</sup> Di particolare rilievo appare al proposito, Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 agosto 2002, n. 7047, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si legge che ciascuna fase procedimentale, salvo sia diversamente previsto dalla legge, è retta dalla normativa in vigore al momento del suo svolgimento, per cui nel caso in cui non sia stata ancora conclusa troverà immediata applicazione anche l'eventuale modifica intervenuta. Peraltro, secondo il collegio, il principio "dell'ordinaria applicabilità dello *jus superveniens* alle fasi procedimentali ancora *in itinere* vale di regola anche per i procedimenti concorsuali, non ravvisandosi ragioni che possano giustificare la loro sottrazione "in blocco" al suo impero". L'unico limite all'applicabilità dello *jus superveniens* è dato, infatti, dal consolidamento delle situazioni giuridiche, per cui restano insensibili alle modifiche normative le fasi procedimentali già portate a termine. Invece, "ove la procedura di concorso si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate". Nel caso di specie, dunque, il giudice amministrativo ha confermato l'applicabilità alla fase della formazione ed approvazione di

D'altra parte, è lo stesso principio del *tempus regit actum* a comportare, da un lato, la necessità che si applichi la disciplina sopravvenuta all'atto (sia esso endoprocedimentale o provvedimentale) che deve ancora essere compiuto, dall'altro, che, invece, quello già perfezionato resti impermeabile alle eventuali successive modifiche normative.

Ciò che rileva, affinché le riforme non siano immediatamente applicabili, è il consolidamento delle situazioni giuridiche<sup>214</sup>, dal quale soltanto – e non dal mero avvio del procedimento, anche se di tipo concorsuale<sup>215</sup> – può derivare un affidamento del privato meritevole di tutela.

#### **4.3. Segue. La soluzione risarcitoria per le conseguenze derivanti dall'applicazione della regola del *tempus regit actum* in caso di inerzia amministrativa**

Alla luce di quanto finora detto sembra, dunque, che il problema delle eventuali sopravvenienze normative, una volta scaduto infruttuosamente il termine di conclusione del procedimento, non possa essere risolto mediante un'applicazione meno rigorosa del principio del *tempus regit actum*.

Così come, infatti, le riforme normative intervenute nel corso del procedimento, prima della decorrenza del termine finale, sono immediatamente applicabili agli atti che devono essere ancora perfezionati, allo stesso modo le innovazioni successive alla scadenza infruttuosa del termine andranno a regolare l'eventuale provvedimento adottato tardivamente.

Se, però, nel caso in cui sia rispettato il termine di conclusione del procedimento non sembra che il privato possa lamentare alcun danno nelle ipotesi in cui, a causa delle intervenute riforme normative, non possa più ottenere il provvedimento sperato, diversa, come si è detto, appare la situazione in caso di violazione del termine per provvedere, qualora la disciplina applicabile venga modificata proprio dopo la scadenza, ma ovviamente prima dell'emanazione dell'atto tardivo.

---

una graduatoria della normativa sopravvenuta al bando, proprio in virtù della riconosciuta autonomia di questa fase rispetto a quelle precedenti già concluse.

<sup>214</sup> Sul punto, si v. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., per il quale solo la tutela del legittimo affidamento può consentire di continuare ad applicare “leggi valide ed efficaci nel tempo della buona fede e non nel tempo naturalistico della legge”.

<sup>215</sup> In questo senso, si v. la già richiamata sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 agosto 2002, n. 7047, cit., per cui il richiamo alla natura di *lex specialis* del bando di gara non può valere al fine di evitare di applicare la disciplina sopravvenuta successivamente alla sua pubblicazione alle fasi del procedimento che non siano ancora state concluse. Secondo il giudice amministrativo, infatti, “il richiamo che un bando faccia, invero, alle norme vigenti in tema di titoli di precedenza e preferenza, deve intendersi compiuto, almeno di regola, per conoscenza (per memoria dei concorrenti), piuttosto che nell'esplicazione di un particolare potere di regolamentazione che sotto questo profilo all'amministrazione non compete. Il rinvio del bando alle norme in materia, quindi, deve essere ritenuto sempre di tipo dinamico, e non di tipo recettizio”.

Qui un danno è certamente ravvisabile, posto che, se l'amministrazione avesse agito tempestivamente, il privato avrebbe ottenuto il provvedimento cui aspirava, mentre, proprio a causa dell'inerzia e delle modifiche normative nel frattempo realizzate, perde la possibilità di soddisfare la sua pretesa.

Se non è possibile evitare questo genere di conseguenze, consentendo all'amministrazione di applicare la disciplina in vigore al momento dell'avvio del procedimento, sicuramente si tratta, però, di un caso in cui emerge chiaramente il danno derivante dal mero silenzio dell'amministrazione.

La principale tutela cui il privato può ambire in siffatta ipotesi è, allora, quella risarcitoria, potendo agire, ai sensi degli artt. 2 *bis*, l. n. 241/1990 e 30 c.p.a., per far valere il danno subito dalla violazione del termine di conclusione del procedimento.

Peraltro, si configurerebbe in questo caso un vero e proprio danno da mero ritardo, così confermando la possibilità di chiedere il risarcimento del danno pure indipendentemente dalla spettanza del bene<sup>216</sup>, posto che, nella situazione così descritta, certamente il privato non potrebbe ottenere l'utilità finale, intesa come il provvedimento cui aspirava. La tutela risarcitoria riconosciuta per la semplice violazione del termine di conclusione del procedimento, anche in caso di mancata fondatezza della pretesa, potrebbe costituire in casi del genere l'unica soluzione per offrire al privato un ristoro del danno subito, seppure sia impossibile garantirgli una tutela effettiva mediante il rilascio dell'atto richiesto<sup>217</sup>.

Diversa appare, invece, la situazione laddove le modifiche intervenute siano esclusivamente di tipo procedurale, nel senso di richiedere ulteriori oneri burocratici al privato. In questo caso, egli potrebbe ottenere il provvedimento richiesto, ma le eventuali spese sostenute per i nuovi adempimenti potrebbero, senz'altro, essere risarcite a titolo di danno da ritardo.

Ci si può chiedere se, accanto a questa tutela, non possa individuarsi una forma diversa di protezione giurisdizionale a favore del privato.

Ponendo ancora mente alla soluzione giurisprudenziale che impone all'amministrazione ritardataria nel rilasciare un permesso, in caso di *jus superveniens*, di "riconsiderare" la

---

<sup>216</sup> Sull'ammissibilità della tutela risarcitoria del danno da ritardo, anche indipendentemente dalla fondatezza della pretesa del privato, si v. *infra* Capitolo III.

<sup>217</sup> Sul punto si v., però, S. D'ANCONA, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui la tutela risarcitoria del danno da ritardo non è sufficiente a tutelare il privato per il danno che può subire dalla mancata adozione nei termini, proprio perché il decorso infruttuoso del tempo è idoneo a incidere sull'accoglimento o meno dell'istanza e, quindi, sulla tutela effettiva del privato. L'A. richiama appunto il caso già descritto dell'autorizzazione o concessione che, se rilasciata nei termini legali, avrebbe permesso al privato di compiere una determinata attività e che, invece, a seguito della modifica di strumenti di gestione del territorio o di regolamenti intervenuti nelle more di un procedimento durato troppo deve essere negata.

questione anche al fine di eventualmente procedere a modifiche d'ufficio del piano, si profila un quadro da cui potrebbe scaturire un rimedio che vale a completare il regime dell'atto tardivo analizzato nel corso del paragrafo precedente.

In ossequio all'impostazione costantemente seguita nel corso di questo lavoro, volto a valorizzare le ragioni di tutela del privato a fronte dell'inerzia delle amministrazioni, fino al limite massimo consentito da un equilibrato temperamento con le ragioni dell'interesse pubblico, la soluzione che, in caso di tardivo provvedere, impone di prendere in considerazione le ragioni del privato andrebbe generalizzata (anche nei casi in cui non vi sia stato un contenzioso). Essa trova un aggancio letterale – pur labile - nel fatto che lo stesso art. 21-*nonies* che disciplina la convalida, al primo comma, trattando dell'annullamento (che condivide con la convalida il presupposto), evidenzia la necessità di tenere conto delle ragioni (anche) del destinatario.

In sostanza, il provvedimento tardivo è legittimo soltanto se rispetta l'art. 21-*nonies* comma 2 e, ove sfavorevole (ma nel caso di provvedimenti favorevoli al richiedente, il discorso concerne i controinteressati, non a caso contemplati dalla norma), se tiene in considerazione le ragioni del destinatario. Il che si traduce, anche e soprattutto in caso di *jus superveniens*, nella necessità di ponderare con molta cura l'assetto di interessi complessivo, potendo ciò portare all'adozione di iniziative ulteriori d'ufficio.

Insomma, il provvedere tardivo è un provvedere che deve essere molto più accorto e consapevole. L'aver individuato uno specifico regime dell'atto tardivo potrebbe aprire la via a un penetrante sindacato giurisdizionale da parte del giudice, il cui esito, mediante l'uso del potere conformativo e lo strumento dell'ottemperanza, potrebbe lasciare intravedere interessanti prospettive evolutive a favore della protezione del privato.

## **5. Il tempo come bene giuridico autonomo**

Si è detto che il tempo costituisce un elemento fondamentale in ogni relazione intersoggettiva. Tuttavia, al di là degli aspetti propriamente giuridici relativi alla certezza dei rapporti, non si può prescindere dal considerare, seppure nell'ambito di un discorso che si pretende giuridico, che il tempo assuma anche un valore autonomo, assoluto.

Nella società moderna il tempo è un bene scarso dal valore inestimabile, data la sua irripetibilità e unicità. Da qui l'importanza non solo di carattere sociale, per il rilievo che assume per l'esistenza stessa delle persone e per lo svolgimento della loro vita individuale, ma pure di natura economica, assurgendo a vero e proprio bene autonomo.

La certezza del tempo del provvedimento è un presupposto imprescindibile per l'esercizio e soprattutto la pianificazione delle attività economiche svolte dagli amministrati<sup>218</sup>.

Il fluire temporale rileva, infatti, oltre che in ordine alla definizione della realtà giuridica, come elemento da considerare nel valutare investimenti e, in generale, decisioni di portata economica. Il fatto che un progetto possa realizzarsi entro un dato termine, piuttosto che in un altro, è idoneo a influenzare la scelta del proponente di indirizzare risorse verso un certo obiettivo ovvero verso un'alternativa, magari anche meno remunerativa in via assoluta, ma più rapida.

Il fattore tempo costituisce un parametro determinante per la programmazione e l'attuazione degli investimenti, di talché ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un progetto ne condiziona la convenienza economica.

Ne consegue che la tempestività dell'azione amministrativa non può che riflettersi sul valore economico delle attività private<sup>219</sup>. In un momento di grande dinamicità dei mercati e di rapidità delle trasformazioni sociali, cui si correlano quelle giuridiche, è importante che le amministrazioni assicurino ai cittadini risposte certe e in tempi brevi.

Ogniqualevolta, dunque, i privati necessitano dell'intervento delle amministrazioni per lo svolgimento delle loro attività, è fondamentale che essi siano messi in condizione di conoscere con sicurezza il termine entro cui potranno ottenere un riscontro alle loro istanze, al fine di investire efficacemente tempo e risorse.

Anche perché, seppure siano stati diversi i tentativi normativi di ridurre il controllo preventivo della pubblica amministrazione, nella maggioranza dei casi le attività private sono ancora subordinate al rilascio di un provvedimento che accerti la loro compatibilità con l'interesse pubblico. Nonostante, infatti, le molteplici misure di liberalizzazione adottate negli anni, sono decisamente numerose le attività imprenditoriali ancora soggette ai poteri autorizzatori e concessori delle amministrazioni.

Va incidentalmente ribadito che il tempo è un bene giuridicamente rilevante non solo per il privato, ma anche per l'amministrazione, che agisce sempre in un contesto di risorse

---

<sup>218</sup> Così S. OSELLA, *La centralità del "tempo" nella valutazione della correttezza della Pubblica amministrazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, fasc. 3 649, per il quale i costi sociali derivanti dall'inefficienza dell'amministrazione e, in particolare, dall'intempestiva conclusione del procedimento, sono sopportati da soggetti esterni costretti a subire danni patrimoniali per l'impossibilità di pianificare adeguatamente le proprie attività.

<sup>219</sup> Sul punto, si v. P. QUINTO, *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo: le perplessità del legislatore e l'incertezza del giudice*, in *www.giustamm.it*, che richiama una sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 4 novembre 2010, n. 1368, in cui si legge che "il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è 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 economica".

scarse, compreso il tempo; a ciò si aggiunga che il tempo dedicato alla gestione di un interesse è sottratto alla gestione di altri interessi.

In ogni caso, tornando al punto di vista dei privati, è ovvio che, nel momento in cui essi debbano ottenere atti di assenso da un soggetto pubblico per lo svolgimento di determinate attività, assume particolare rilievo la celerità dell'azione amministrativa, contribuendo a determinarne il valore economico e a influenzare, così, le diverse opzioni di investimento e, di conseguenza, lo sviluppo del Paese<sup>220</sup>.

L'idoneità della tempistica a incidere sulla portata economica di una data operazione non si limita a produrre conseguenze "a monte", in ordine, cioè, all'opzione tra diverse soluzioni astrattamente possibili, ma ripercuote i suoi effetti anche "a valle", in termini di danni che l'azione amministrativa tardiva può causare al privato che si sia rivolto all'amministrazione per ottenere i necessari provvedimenti permissivi.

Rinviando il discorso alla disamina del danno da ritardo, cui è dedicato, tra l'altro, il Capitolo terzo del presente lavoro, non si possono sottovalutare le conseguenze derivanti dall'intempestiva azione amministrativa in termini economici. La necessità di attendere spesso per lunghi periodi la risposta dell'amministrazione non consente di indirizzare le risorse in maniera certa e remunerativa. Anzi, frequentemente, gli investimenti si rivelano, poi, inutili a causa dei tempi eccessivamente lunghi con cui l'amministrazione fa fronte alle richieste del privato.

Anche perché maggiore è la durata del procedimento e, dunque, la perduranza dello stato di incertezza in cui versa il cittadino, più alto è il rischio che nel frattempo intervengano nuovi fattori idonei a rendere inutile, se non addirittura contrario all'interesse del privato, il provvedimento eventualmente adottato tardivamente. Senza tacere che le posizioni giuridiche private possono subire delle modifiche anche in forza di atti tra privati, il che potrebbe comportare non solo la perdita dell'interesse al provvedimento, ma anche, alternativamente, che debbano essere introdotti nell'ambito del procedimento ulteriori interessi e fatti che rendono, così, ancora più complessa l'istruttoria, con il conseguente allungamento dei tempi procedurali<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> In questo senso, F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corriere giuridico*, 2011, fasc. 3. 301, secondo cui non si può più negare il riconoscimento del tempo in termini di bene autonomamente meritevole di tutela. Il tempo rappresenta, infatti, "uno degli indicatori più rilevanti di misurazione dei costi delle attività e uno degli indicatori che contribuiscono a peggiorare i graduari nelle classifiche internazionali" (p. 307).

<sup>221</sup> Sul punto, M.T. ONORATO, *Considerazioni sul termine di conclusione del procedimento amministrativo*, in *Trib. amm. reg.*, 1998, fasc. 5-6, 221, secondo la quale nel lungo periodo il privato può anche perdere interesse per ciò che egli stesso ha richiesto in precedenza. Inoltre, una durata eccessiva può comportare un cambiamento negli interessi che devono essere soppesati e bilanciati nel provvedimento finale, nonché la possibilità di sopravvenienze che rendano non più necessario l'atto richiesto.

## **Capitolo III**

### ***La tutela del privato contro l'inerzia dell'amministrazione: i diversi rimedi offerti dall'ordinamento***

*Sommario:* Premessa. Studio e classificazione dei diversi strumenti di tutela forniti dall'ordinamento per contrastare il fenomeno dell'inerzia amministrativa – *Sezione I:* 1. Il ricorso avverso il silenzio: ricostruzione dell'istituto – 2.1. Le diverse interpretazioni del silenzio al fine di ammetterne la tutela giurisdizionale. Il silenzio come provvedimento di rifiuto implicito – 2.2. Segue. Il silenzio come mero inadempimento del dovere di provvedere – 3.1. La formazione del silenzio giuridicamente rilevante. Le elaborazioni precedenti all'introduzione della disciplina positiva del ricorso avverso il silenzio – 3.2. Segue. La necessità della diffida e il suo superamento – 4. Il ricorso avverso il silenzio. Dall'elaborazione pretoria dell'istituto al codice del processo amministrativo - 5. L'interesse tutelato con l'azione *contra silentium* – 6.1. L'utilità assicurata al privato. L'evoluzione dei poteri del giudice dall'introduzione pretoria del rito alla sua codificazione – 6.2. Segue. Dalla negazione giurisprudenziale del potere di conoscere la fondatezza della pretesa al riconoscimento normativo – 6.3. Segue. Atti discrezionali e atti vincolati: una distinzione ancora attuale? – 6.4. Segue. L'esame della fondatezza della pretesa: potere o dovere del giudice? – 6.5. La natura dell'azione avverso il silenzio - 7.1. I limiti di operatività del ricorso. L'esclusione del silenzio significativo dall'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio – 7.2. Segue. Gli interessi sensibili e il rito *contra silentium* – 7.3. Segue. L'esclusione dei diritti soggettivi – 7.4. Segue. La tesi dell'applicabilità del rito al silenzio "endoprocedimentale" – 7.5. Segue. Il ricorso avverso il silenzio in caso di s.c.i.a. – 8.1. Riflessi dell'attivazione del rito sull'organizzazione amministrativa – 8.2. La nomina del commissario *ad acta* – 9.1. La validità del provvedimento adottato a seguito della condanna del giudice e le differenze con l'atto tardivo sopravvenuto nelle more del giudizio – 9.2. L'impugnazione del provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio mediante motivi aggiunti e la conversione del rito – *Sezione II:* 1. Il meccanismo di sostituzione interna introdotto dal governo Monti – 2. L'interesse tutelato dal rimedio endoprocedimentale e l'utilità garantita al privato dalla sostituzione interna – 3. Gli effetti dell'attivazione del rimedio sull'organizzazione amministrativa e il regime dell'atto tardivo – *Sezione III:* 1. La tutela risarcitoria per danno da ritardo: la disciplina positiva – 2. L'interesse tutelato dal risarcimento del danno da ritardo – 3.1. Il danno risarcito: tempo come bene autonomo o tardiva soddisfazione dell'interesse privato? – 3.2. Gli effetti del superamento della pregiudizialità sull'individuazione dell'interesse protetto – 3.3. Il risarcimento del danno da mero ritardo a compensazione della rigida applicazione della regola del *tempus regit actum* – 3.4. Ancora sull'utilità assicurata al privato: il *quantum* del risarcimento - 4. La natura della responsabilità e la situazione giuridica del privato – 5. La violazione dolosa o colposa de termine di conclusione del procedimento – 6. Riflessi della condanna sull'organizzazione amministrativa e regime dell'atto tardivo sopravvenuto – *Sezione IV:* 1. Brevi cenni alle forme di tutela indiretta: la responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del funzionario inadempiente e del dirigente

**Premessa. Studio e classificazione dei diversi strumenti di tutela forniti dall'ordinamento per contrastare il fenomeno dell'inerzia amministrativa**

L'inerzia dell'amministrazione, si è detto, rappresenta un problema particolarmente gravoso per la frequenza con cui i procedimenti amministrativi non vengono portati a compimento entro i termini. Dati i molteplici interessi coinvolti e la potenzialità lesiva dell'inadempimento per i cittadini che si rapportano con l'amministrazione (più precisamente: per quelli pregiudicati dall'inerzia), l'ordinamento ha predisposto una serie di tutele, ampliate e perfezionate nel tempo.

I rimedi offerti dal legislatore differiscono tra loro per molti aspetti, rispondendo alla necessità di fare fronte a problemi diversi, che richiedono interventi distinti. Nel presente Capitolo si procederà a uno studio delle forme di tutela previste, per operarne un confronto e una valutazione, al fine di esaminare i rapporti tra i vari strumenti e determinare quale sia quello in grado di tutelare maggiormente il privato. In particolare, alla luce delle considerazioni che si trarranno in relazione ai diversi rimedi, si verificherà la loro idoneità singola a tutelare il privato ovvero la necessità di cumularli in vista di una protezione maggiore.

L'intento è, al contempo, quello di individuare una chiave ricostruttiva in grado di orientare il cittadino nella scelta dei mezzi a disposizione, dati i continui interventi, soprattutto negli ultimi anni, del legislatore sul tema prescelto. Vi è, infatti, il rischio che lo sforzo fatto dall'ordinamento nel rimediare al problema dell'inerzia amministrativa, dotando il privato di diverse soluzioni, si sia tradotto in un *caos* regolamentare che può confondere il cittadino circa le possibili tutele cui accedere.

Per offrire, dunque, un giudizio in merito all'efficacia e all'utilità effettiva degli strumenti previsti, si procederà nella loro analisi, con particolare riguardo a quattro ambiti specifici di ricerca.

Dopo, infatti, una breve ricostruzione dell'istituto di volta in volta esaminato, si individuerà, per prima cosa, l'interesse che quel rimedio mira a tutelare, che, peraltro, come si vedrà, tende a coincidere con le diverse funzioni cui è finalizzato il termine di conclusione del procedimento, oggetto della trattazione precedente.

In secondo luogo, si avrà cura di esaminare l'utilità finale che ciascun rimedio è in grado di fornire al privato, anche al fine di valutarne la sufficienza a soddisfare la pretesa del cittadino ovvero la necessità di integrare la tutela mediante il ricorso agli altri strumenti.

Il terzo aspetto su cui si concentrerà la ricerca riguarda, invece, le problematiche applicative dei diversi istituti soprattutto in termini di tempi e costi, oltre gli effetti che l'attivazione del rimedio produce sull'organizzazione amministrativa. Come si avrà modo di approfondire, infatti, alcuni dei mezzi di protezione utilizzabili comportano uno



spostamento della competenza interna, rendendo, peraltro, necessario un richiamo al problema dell'esauribilità o meno del potere amministrativo a causa della mancata conclusione del procedimento nei tempi.

Collegato a questo profilo, è, quindi, l'ultimo aspetto che sarà trattato, relativo ai rapporti sussistenti tra i rimedi contro l'inerzia amministrativa e il provvedimento adottato successivamente alla decorrenza infruttuosa del termine. In particolare, saranno esaminate le differenze in ordine alla validità dell'atto tardivo, a seconda che sopravvenga spontaneamente ovvero costituisca l'utilità assicurata dal rimedio attivato per superare l'inadempimento dell'amministrazione competente.

Definiti, dunque, gli spunti di ricerca che dovranno essere sviluppati nell'esame dei singoli strumenti, sembra opportuno, prima di procedere nell'analisi individuale, operare una loro classificazione, distinguendoli tra quelli diretti, la cui utilità è percepita in maniera immediata dal privato, ovvero indiretti, nel senso che, pur trattandosi di rimedi comunque volti a contrastare il problema dell'inerzia, proteggono il singolo cittadino che si relaziona con l'amministrazione solo in via derivata, in quanto appartenente alla collettività, ma non gli forniscono un'utilità immediata, spendibile nel rapporto particolare.

Tra i mezzi idonei a tutelare in maniera diretta e immediata il privato devono, allora, essere annoverati lo speciale ricorso avverso il silenzio, il meccanismo di sostituzione interno al procedimento, introdotto con la c.d. "riforma Monti", la tutela risarcitoria per il danno da ritardo e la responsabilità del dipendente nei confronti del terzo. In tutti e quattro i casi riportati, il cittadino che sia stato leso dall'amministrazione può ottenere un'utilità immediata dai rimedi adoperati singolarmente ovvero anche dal loro utilizzo congiunto.

In ciascuna di queste ipotesi, infatti, spetta al privato stesso l'onere di attivare il meccanismo prescelto, al fine di ottenere immediatamente ristoro (il soddisfacimento della pretesa ovvero la riparazione per equivalente) per la lesione subita a causa dell'inerzia dell'amministrazione.

Diversamente, vi sono altri strumenti, normalmente cumulabili con quelli già nominati, che, pur diretti a combattere il fenomeno dell'inerzia amministrativa, non producono vantaggi immediati in favore del singolo cittadino, ma costituiscono, perlopiù, incentivi per le amministrazioni a concludere i procedimenti di loro competenza entro i termini di legge. Rientrano in questa seconda categoria le diverse forme di responsabilità che colpiscono i singoli dipendenti e dirigenti che abbiano, con i loro inadempimenti, causato il ritardo dell'amministrazione nell'adozione del provvedimento finale.

Il legislatore ha, infatti, previsto la configurabilità, in presenza dei vari presupposti, della responsabilità amministrativo-contabile, nonché quella disciplinare e dirigenziale per coloro che abbiano con la loro condotta provocato l'inerzia amministrativa. In tutti questi casi, l'obiettivo di limitare il fenomeno dell'inerzia viene perseguito mediante la previsione di strumenti che, pur non garantendo immediatamente al privato un risultato utile nel rapporto individuale, appaiono, però, idonei a promuovere un esercizio efficiente della funzione amministrativa, in osservanza dei termini procedurali, incidendo sulla responsabilità dei singoli che vi operano all'interno.

Entrambe le forme di tutela, sia quella diretta che indiretta, sono, dunque, volte a contrastare il problema dell'inerzia, ma differiscono in relazione all'interesse immediatamente perseguito e all'utilità concreta effettivamente garantita. Nel caso di tutela diretta, infatti, il legislatore mira a superare l'inadempimento dell'amministrazione nel rapporto con un cittadino individuato, al fine di consentirgli di ottenere comunque il provvedimento richiesto ovvero quantomeno una risposta alla sua domanda e/o un ristoro del danno subito a causa del ritardo. Nel caso di tutela indiretta, invece, lo scopo del legislatore è più generale, non limitato alla soluzione di una situazione specifica, ma finalizzato a ridurre il problema del silenzio non qualificato, in quanto ostacolo per la realizzazione dell'interesse pubblico e, dunque, per i cittadini considerati nella loro totalità. Il presente studio si concentrerà sui rimedi di tipo diretto, posto che la tesi mira a individuare la forma di tutela che maggiormente garantisce il privato che abbia subito un pregiudizio dalla violazione del termine in un dato procedimento.

Sotto il profilo metodologico, va aggiunto che gli istituti qui considerati, dopo un breve inquadramento anche storico, saranno trattati esclusivamente nei limiti in cui l'esame sia funzionale al ragionamento complessivo sviluppato nel corso del lavoro e, dunque, senza pretesa di esaustività.

## **Sezione I**

### **1. Il ricorso avverso il silenzio: ricostruzione dell'istituto**

La tutela giurisdizionale del privato a fronte del silenzio non qualificato dell'amministrazione è stata considerata imprescindibile fin dagli albori della giustizia amministrativa. Nonostante, però, si avvertisse la necessità di consentire al privato, lesa non già dall'illegittimità dell'attività, ma dal suo mancato esercizio, di accedere alla tutela

giurisdizionale<sup>222</sup>, vi erano due grandi ostacoli: da un lato, l'assenza di un provvedimento in un sistema caratterizzato dal profilo impugnatorio, dall'altro, la difficoltà di attribuire un significato univoco al silenzio.

Nel corso dei prossimi paragrafi, si procederà, dunque, in prima battuta, all'esame delle diverse ricostruzioni del fenomeno dell'inerzia, con particolare attenzione alla sua classificazione in termini attizi ovvero quale mero fatto, al fine sia di determinare le modalità della tutela<sup>223</sup>, sia di individuare il momento in cui si produce la lesione ai danni della situazione soggettiva del privato<sup>224</sup>.

Una volta superati gli ostacoli relativi all'ammissibilità della tutela giurisdizionale del silenzio, si analizzeranno le caratteristiche principali del ricorso, richiamando l'evoluzione che la sua disciplina ha subito nel corso degli anni, dall'introduzione pretoria del rito fino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

## **2.1. Le diverse interpretazioni del silenzio al fine di ammetterne la tutela giurisdizionale. Il silenzio come provvedimento di rifiuto implicito**

La prima interpretazione del silenzio amministrativo, nel "silenzio" del legislatore, è stata influenzata dalla letteratura civilistica. Sulla scia degli studi del silenzio in ambito

---

<sup>222</sup> A. FABRI, *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, fasc. 1, 113, afferma, infatti, che, pur essendo l'inerzia amministrativa una questione prettamente sostanziale, attenendo all'eventuale soddisfazione dell'interesse privato a seguito della valutazione di compatibilità con l'interesse pubblico effettuata dall'amministrazione, si nega la tutela sul piano del procedimento e si ammette su quello processuale. In questo modo, "alla mancata soddisfazione dell'interesse del cittadino per non avere l'amministrazione esercitato il potere, si pone, quale surrogato, il processo amministrativo". Tuttavia, preme anticipare che la tesi è stata superata dall'entrata in vigore del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, contenente Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo, che ha introdotto un meccanismo di tutela del privato leso dall'inerzia dell'amministrazione interno al procedimento. Ai sensi del nuovo comma 9-ter dell'art. 2 della l. n. 241/1990, infatti, "decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario". Si tratta, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, di una novità particolarmente rilevante, rappresentando il primo tentativo del legislatore di risolvere il problema dell'inerzia amministrativa nel corso dello stesso procedimento in cui si verifica, con importanti effetti deflattivi del contenzioso e il riconoscimento di una tutela certamente più rapida ed economica.

<sup>223</sup> L'importanza che la qualificazione del silenzio assume con riferimento alle esigenze di tutela del privato è sottolineata anche da M. ASPRONE, *La violazione del principio dell'obbligo di provvedere da parte della p.a.: profili sostanziali e processuali alla luce del d.lgs. 104/2010*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2011, fasc. 2-3, 203.

<sup>224</sup> Sul punto si v. P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 1999, Aggiornamento, III, 978, secondo il quale il primo profilo problematico nasceva dal fatto che il ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato si basava sull'impugnazione di un atto amministrativo, per cui "ci si chiedeva, pertanto, se ed in che modo fosse esperibile un rimedio nell'ipotesi in cui la lesione all'interesse del privato derivasse non dalla emanazione di un atto che non si sarebbe dovuto emanare, bensì dalla mancanza di un atto che, dal punto di vista del privato, si sarebbe dovuto emanare". Il secondo aspetto era, invece, legato al momento della formazione del silenzio giuridicamente rilevante. Secondo l'A., infatti, "in senso giuridico, invece, per poter attribuire un qualche rilievo al silenzio occorre che esso sia protratto per una certa durata. Il tempo è un elemento costitutivo, anzi essenziale, del silenzio, come istituto giuridico. Ma quanto tempo?" (p. 563).

contrattuale<sup>225</sup>, l'inerzia dell'amministrazione era stata equiparata inizialmente a una manifestazione tacita di volontà<sup>226</sup>, per cui al silenzio avrebbe dovuto essere attribuito il valore di un atto tacito, sul presupposto che l'inerzia null'altro sarebbe stata che un comportamento concludente, dal quale desumere l'intenzione dell'amministrazione di determinarsi in una certa maniera in relazione all'istanza del privato.

Si ammetteva, così, la possibilità che gli atti amministrativi fossero adottati anche mediante forme diverse da quella scritta, non richiedendosi necessariamente una dichiarazione espressa, ma considerando sufficiente la volontà emergente dal mantenimento prolungato del silenzio<sup>227</sup>. L'individuazione di un contenuto volitivo del silenzio poteva, però, desumersi soltanto se al fatto concludente, rappresentato dall'inerzia, si accompagnavano determinate circostanze e, in particolare, il dovere di adottare il provvedimento conclusivo<sup>228</sup>. Solo, dunque, interpretando il silenzio come manifestazione tacita di volontà, si consentiva al privato di rivolgersi al giudice in un sistema caratterizzato da un modello processuale tipicamente impugnatorio<sup>229</sup>.

In questo modo si superava, infatti, il problema dell'assenza di un provvedimento lesivo della situazione giuridica del privato, condizione necessaria per ricorrere al giudice amministrativo. Così, si garantiva il rispetto tanto dell'art. 24 del T.U. n. 1054 del 1924 sul Consiglio di Stato, che ammetteva il ricorso al giudice amministrativo contro atti e

---

<sup>225</sup> I primi a occuparsi del problema della qualificazione del silenzio sono stati certamente i civilisti, che hanno affrontato la questione in relazione alla volontà contrattuale, interpretando il silenzio come una manifestazione tacita di volontà ovvero un fatto concludente per il perfezionamento del contratto. In questo senso, si v. O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, vol. III.

<sup>226</sup> Sul silenzio come manifestazione tacita di volontà si v. A. AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in ID., *Scritti giuridici 1948-1957*, vol. III, Milano, 1999, 1257.

<sup>227</sup> In particolare, O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1921, 108, colloca il silenzio tra le "forme tacite" dell'atto, considerandolo, appunto, quale dichiarazione tacita di volontà, derivante dalla configurabilità in capo all'autorità di un dovere giuridico di dichiarazione.

<sup>228</sup> In termini, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, 576, il quale chiarisce che la volontà si ricava non soltanto dal fatto concludente del silenzio, ma da quest'ultimo affiancato all'obbligo di rispondere all'istanza del privato gravante sull'autorità.

<sup>229</sup> U. FORTI, *Il "silenzio" della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1993, vol. I, 532, chiarisce che nelle ipotesi in cui, in assenza di una specifica disposizione normativa, si attribuisce al silenzio il valore di dichiarazione tacita con il significato di rifiuto, lo si fa per meri effetti processuali. Peraltro, proprio perché l'unica ragione per cui si riconosce all'inerzia la stessa efficacia di un provvedimento negativo è di natura processuale, deve interpretarsi in maniera estensiva l'obbligo di provvedere la cui esistenza consente, appunto, di considerare rifiuto la mancata adozione dell'atto. Ciò non significa che non vi siano limiti, ossia casi in cui l'obbligo di provvedere non sussiste e di conseguenza il silenzio non assume alcun valore giuridicamente rilevante. Tuttavia, secondo l'A., l'obbligo verrebbe meno esclusivamente nelle ipotesi di incompetenza, dovendosi ravvisare in tutti gli altri casi proprio per la portata meramente processuale dell'equiparazione del silenzio al rifiuto. Sul rilievo processuale dell'attribuzione del significato di manifestazione tacita di volontà al silenzio, si v. anche O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., per il quale, nel caso di silenzio dell'amministrazione adita, è consentito al privato rivolgersi alla IV Sezione del Consiglio di Stato.

provvedimenti dell'amministrazione, tanto dell'art. 36 del medesimo testo di legge, per il quale insieme al ricorso era necessario depositare l'atto o il provvedimento impugnato<sup>230</sup>.

Vicina alla ricostruzione del silenzio in termini di manifestazione di volontà tacita, era la tesi a sostegno della sua natura espressa. Tuttavia, essa limitava la configurabilità di una precisa volontà alle fattispecie in cui non vi fossero circostanze idonee a porre in dubbio la portata della determinazione dell'amministrazione e, comunque, a condizione che quest'ultima non fornisse la prova della mancanza di volontà<sup>231</sup>.

Indipendentemente dall'orientamento accolto, ossia dalla ricostruzione del silenzio quale manifestazione tacita o espressa di volontà, ciò che rilevava era la qualificazione del silenzio come esternazione di provvedimento, come modalità alternativa all'adozione di un atto espresso che, oltre a produrre i medesimi effetti sul piano della realtà giuridica, era ugualmente impugnabile davanti al giudice amministrativo per la sua carica lesiva. Ovviamente una simile ricostruzione imponeva la necessità di stabilire il contenuto positivo o negativo dell'atto.

La dottrina maggioritaria escludeva che la scelta nell'uno o nell'altro senso potesse derivare semplicemente dalla sussistenza dell'obbligo di provvedere, non potendosi ravvisare nella necessità dell'amministrazione di esercitare il potere, al fine di perseguire il pubblico interesse, "un dovere di contenuto positivo"<sup>232</sup>.

E, infatti, la soluzione abbracciata dai più – e certamente meno problematica – era di attribuire al silenzio il valore di un atto tacito di contenuto negativo<sup>233</sup>. Nel silenzio serbato dall'amministrazione avrebbe, dunque, dovuto leggersi la volontà di respingere l'istanza del privato.

L'inerzia mantenuta a seguito della presentazione di un'istanza doveva essere considerata al pari di un rigetto espresso della domanda, esattamente come l'art. 5 del testo unico sulle leggi comunali e provinciali prescriveva per i ricorsi gerarchici. L'attribuzione di un

---

<sup>230</sup> Così, A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, per il quale l'*utilitas* cui fa riferimento U. FORTI, derivante dall'equiparazione del silenzio al provvedimento di rifiuto, si manifesta nella disciplina processuale applicabile al tempo, i cui contenuti sostanziali risultano, peraltro, invariati.

<sup>231</sup> A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della p.a.*, in *Foro it.*, 1949, III, col. 128.

<sup>232</sup> In questo senso, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964; F.G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, per il quale non è possibile trarre alcuna manifestazione univoca di volontà dall'inerzia dell'amministrazione. L'A. paventa il rischio di come una diversa interpretazione nel senso di riconoscere una portata volitiva all'inerzia, in virtù di un principio di affidamento del privato, sposterebbe l'attenzione dal dovere di provvedere dell'amministrazione alla pretesa del cittadino.

<sup>233</sup> Sul punto, si v. la ricostruzione di B. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio-rifiuto della p.a.: orientamenti giurisprudenziale*, in *Urb. e app.*, 1997, fasc. 9, 1039, che ricorda come la tutela contro il silenzio fosse così equiparata a quella contro gli atti negativi, con la conseguenza che il privato poteva anche far valere i vizi sostanziali del diniego tacito a sostegno della fondatezza della sua pretesa a un provvedimento positivo.

contenuto negativo al silenzio era, infatti, espressione di un principio generale dell'ordinamento, per cui di fronte all'inerzia si doveva presumere la volontà dell'autorità di respingere l'istanza, non potendosi diversamente configurare alcun contenuto positivo per la mera esistenza del dovere-potere dell'amministrazione ovvero per la posizione di affidamento del richiedente<sup>234</sup>.

Alla base di una simile interpretazione vi era la constatazione che il silenzio dell'amministrazione producesse i medesimi effetti di un rifiuto espresso, posto che in entrambi i casi la situazione giuridica del privato restava immodificata<sup>235</sup>.

All'interpretazione del silenzio in termini di manifestazione tacita o espressa di volontà, si contrapponeva la visione di quanti, invece, escludevano che potesse attribuirsi all'inerzia un contenuto volitivo, pur ammettendone comunque la valenza giuridica<sup>236</sup>.

Da un lato, dunque, si negava l'equiparazione dell'inerzia a una manifestazione di volontà, in quanto di contenuto volitivo si può parlare solo quando questo si esterna, seppure tacitamente, mediante comportamenti univoci, idonei comunque a esprimere la determinazione di un soggetto. Dall'altro, si riteneva che, nonostante il silenzio dovesse essere considerato un non atto, in presenza di determinate circostanze di fatto e di diritto, esso era idoneo a produrre alcune conseguenze giuridiche.

Affinché, però, si potesse sostenere che dietro il silenzio vi fosse lo svolgimento implicito della funzione, era necessario ricorrere a una finzione, di talché l'esercizio del potere era

---

<sup>234</sup> In questo senso, A. AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, cit. L'A., commentando una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (sez. un., 28 giugno 1948, n. 1014) con cui il silenzio serbato dall'amministrazione a fronte di una richiesta di autorizzazione a costruire era stato equiparato al rigetto dell'istanza, afferma che il valore negativo riconosciuto al silenzio trova il suo fondamento in un principio generale dell'ordinamento, necessariamente esistente per due ordini di ragioni. La prima è che certamente il legislatore del 1934 si è ispirato a un principio di carattere generale per dettare la disciplina del silenzio in materia di ricorsi gerarchici; la seconda è che la soluzione adottata è quella che incide in misura più lieve sulla posizione di supremazia di cui gode l'amministrazione nel nostro ordinamento. Secondo l'A., infatti, "è chiaro che l'attribuzione di un contenuto al comportamento di silenzio potrebbe sminuire quella supremazia e intaccare quella indipendenza, che riserva alle autorità amministrative di determinare il proprio comportamento. Ora l'attribuzione di un contenuto negativo a un comportamento di silenzio è quella che scalfisce in maniera minore quella supremazia e questa indipendenza del potere amministrativo, mentre più grave ne sarebbe l'intacco se si potesse far dire al silenzio ciò che il soggetto interessato richiedeva" (pp. 1264-1265).

<sup>235</sup> Anche se, a ben guardare, detta tesi non teneva conto delle ipotesi in cui il silenzio si formava a seguito, ad esempio, di una richiesta di rinnovo di un precedente provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato.

<sup>236</sup> D'altra parte, il riconoscimento di un contenuto volitivo del silenzio era strettamente correlato all'idea, vigente al momento delle prime ricostruzioni volte a interpretare l'inerzia amministrativa, per cui alla base della produzione degli effetti giuridici vi era, appunto, la volontà. Non si distingueva tra dovere e volontà, nel senso che dietro ogni atto avente valore giuridico vi era un atto volontario. Sul punto, si v. la ricostruzione offerta da A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, cit., il quale richiama S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915, 447, secondo cui "ogni atto giuridico deve considerarsi come atto volontario, essendo la volontà (...) la fonte di tutte le azioni umane". Solo in un secondo momento il dovere viene, invece, affiancato al potere attribuito dalla legge per il perseguimento di determinati interessi pubblici.

solo presunto<sup>237</sup>. La presunzione poteva assumere tanto il significato di assenso che quello di rifiuto rispetto all'interesse del privato.

Tuttavia, in applicazione di criteri logici rinvenibili all'interno dell'ordinamento si sosteneva che, salvo i casi di presunzione *iuris et de iure*, in cui era la stessa legge ad attribuire espressamente un significato determinato al silenzio, in tutte le altre ipotesi l'inerzia assumesse un contenuto negativo, di rigetto dell'istanza del privato. E questo per ragioni vuoi giuridiche vuoi pratiche.

Sotto il primo punto di vista, infatti, dovendosi escludere che l'amministrazione non avesse affatto preso in considerazione la domanda, sul presupposto della sua buona fede, si riteneva che l'inerzia celasse la valutazione dell'opportunità di non agire o, meglio, di negare la realizzazione dell'interesse del privato, in quanto contrario a quello pubblico predominante. Dal secondo punto di vista, invece, la ragione dell'attribuzione di un significato negativo si intravedeva nella minore gravità, ossia nelle più lievi conseguenze, della conservazione *in statu quo ante*, piuttosto che della modificazione della realtà giuridica<sup>238</sup>.

## 2.2. Segue. Il silenzio come mero inadempimento del dovere di provvedere

La tesi che riconosceva al silenzio una portata dinamica, idonea a incidere sulla realtà giuridica, seppure sempre in termini negativi, era contrapposta dall'opinione di quanti ritenevano, invece, che il silenzio, in assenza di una specifica disposizione di legge, non potesse assumere alcun significato, né positivo né negativo<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> La presunzione di esercizio della funzione in caso di silenzio troverebbe il suo fondamento nel potere discrezionale dell'amministrazione e, in particolare, nelle ipotesi in cui la discrezionalità riguardi la stessa emanazione dell'atto e non esclusivamente il suo contenuto. Secondo R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, IV, 1929, 106, non si può certamente parlare di silenzio né nei casi di attività vincolata, quando la legge impone all'Autorità un comportamento determinato per cui il silenzio potrebbe assumere qualsiasi significato tranne quello di esercizio della funzione, né in quelli in cui la discrezionalità ha per oggetto il mero contenuto del provvedimento. Se, infatti, l'ordinamento impone all'amministrazione l'emanazione dell'atto, lasciando alla sua discrezionalità il solo contenuto, "di silenzio non si può certo parlare (...) giacché, essendo obbligatoria l'emanazione dell'atto e solo a discrezione il contenuto, è evidente che né si potrà emanare un atto che non dice nulla, né si potrà non emanarlo senza violare l'obbligo specifico incombente alla Pubblica Amministrazione" (p. 108).

<sup>238</sup> In termini, R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, cit., per il quale alle ragioni sopra esposte si aggiunge il fatto che, spesso, la richiesta del privato non può essere esaudita semplicemente con un riscontro affermativo privo di specificazioni, cosicché, data la complessità della risposta, è più opportuno ritenere che la presunzione valga come rifiuto dell'istanza, piuttosto che come assenso.

<sup>239</sup> In questo senso, U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 252, per il quale è possibile attribuire un particolare significato (o di assenso o di rifiuto) al silenzio solo mediante la legge. Diversamente, laddove nessuna indicazione provenga dall'ordinamento, l'inerzia dell'amministrazione non ha alcun valore, nemmeno a fini processuali. Secondo l'A., infatti, "il silenzio che l'amministrazione conservi in rapporto all'istanza dell'interessato che l'abbia richiamata ad agire è per sua natura ambiguo ed equivoco e non vale, come fu detto, che a provare sé stesso: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*" (p. 255). E ancora, ID., *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'Amministrazione*, Città di Castello, 1931, afferma che, contrariamente

L'ambiguità dell'inerzia non avrebbe consentito, infatti, di individuare la volontà dell'ente pubblico, cosicché non avrebbe potuto essere attribuito al silenzio alcun valore specifico, non essendo possibile, peraltro, verificare se, a seguito dell'istanza, l'amministrazione avesse proceduto a una valutazione dell'interesse, e deciso conseguentemente di non agire, ovvero se non avesse nemmeno preso in considerazione la domanda del privato.

Ciò che veniva in rilievo, dunque, era la violazione del dovere di provvedere sussistente in capo all'amministrazione, tanto che l'inerzia assumeva il valore di mero inadempimento, a fronte del quale la situazione soggettiva del privato rimaneva inalterata, poiché in nessun modo il silenzio avrebbe potuto essere considerato esercizio del potere<sup>240</sup>.

Attribuire al silenzio i medesimi effetti di un provvedimento, seppure negativo, significava riconoscere comunque una portata modificatrice alla mera inattività dell'amministrazione, mentre, invece, l'alterazione della realtà giuridica avrebbe potuto verificarsi solo mediante il concreto esercizio del potere, salvo, come si è già visto, che fosse la stessa legge a prevedere determinate conseguenze in caso di silenzio.

In assenza, però, di un'espressa disposizione normativa che consentisse, tramite una finzione, di attribuire al silenzio i medesimi effetti di un provvedimento, la mancata conclusione del procedimento comportava semplicemente che la funzione amministrativa non fosse stata svolta, che l'amministrazione non avesse adempiuto al dovere di provvedere. Il silenzio, dunque, non assumeva alcun valore, né in senso positivo né negativo, ma si configurava semplicemente come violazione di quel dovere.

In questo senso si è espressa anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza 3 maggio 1960, n. 8, ha contribuito al superamento delle precedenti ricostruzioni del silenzio amministrativo, affermando che si tratta di un mero comportamento omissivo, al quale non è attribuibile nessun significato, né di assenso né di diniego, in assenza di una specifica disposizione normativa.

---

a quanto sostenuto dal Supremo Consesso con la decisione del 22 agosto 1902, non è possibile equiparare il silenzio serbato a fronte dell'istanza non ancora decisa a quello mantenuto sul ricorso gerarchico, perché nel secondo comunque vi è un provvedimento dell'autorità che viene semplicemente a considerarsi definitivo a seguito della tacita conferma. Diverso è il caso in cui, invece, non si evince alcun atto amministrativo. "Il nulla è nulla, e voler trovare in esso non solo il provvedimento, ma anche il provvedimento definitivo, a noi sembra in verità troppo audace" (p. 7). Pertanto, l'A. auspica un intervento normativo, l'unico in grado di attribuire al silenzio un significato che diversamente non potrebbe avere, nemmeno per scopi meramente processuali.

<sup>240</sup> Così A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della p.a.*, cit. E', però, contrario a considerare il silenzio come inadempimento U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., il quale, pur sostenendo, come si è avuto già modo di ricordare, che il silenzio non può assumere alcun significato in mancanza di una disposizione che lo preveda espressamente, nega la sussistenza di un dovere di provvedere in capo all'autorità. O meglio, secondo l'A. (che scrive ovviamente molto tempo prima della codificazione del dovere di provvedere avvenuta con l'entrata in vigore dell'art. 2 della l. n. 241/1990), dal momento in cui nessuna legge impone all'amministrazione l'obbligo di provvedere, quest'ultimo potrebbe avere, al più, natura politica o morale, ma non certo giuridica.



Un importante filone dottrinale ha, pertanto, classificato il silenzio come inadempimento, proprio a significare che all'inerzia dell'amministrazione non può riconoscersi alcun carattere volitivo o idoneità a incidere sulla realtà giuridica, consistendo in una mera omissione, dalla quale altro non può derivare che la sua valutazione in termini di inadempimento del dovere di provvedere<sup>241</sup>.

L'emersione di questa nuova tesi trova il suo fondamento logico nella constatazione che dal comportamento inerte in presenza del dovere di provvedere non si desume necessariamente la volontà dell'amministrazione di determinarsi in maniera negativa rispetto all'istanza del privato. Il silenzio non è, infatti, in assoluto incompatibile con l'accoglimento della pretesa.

Come si è già avuto modo di ricordare, vero è che il dovere di provvedere non ha un contenuto positivo, per cui il silenzio serbato a fronte dell'istanza non può essere automaticamente considerato come accoglimento implicito. È altrettanto vero, però, che anche una decisione negativa è frutto di esercizio del potere e non si può, pertanto, sostenere che l'amministrazione abbia optato per un provvedimento negativo semplicemente rimanendo inerte.

### **3.1. La formazione del silenzio giuridicamente rilevante. Le elaborazioni precedenti all'introduzione della disciplina positiva del ricorso avverso il silenzio**

La ricostruzione dell'inerzia provvedimentale in termini di atto tacito ovvero mero inadempimento presuppone che il silenzio dell'amministrazione si sia già formato. Finora, infatti, l'analisi si è concentrata sulle diverse interpretazioni offerte della giurisprudenza e dalla dottrina circa gli effetti che possono derivare dalla mancata adozione del provvedimento.

All'opera di qualificazione del silenzio deve, però, necessariamente e logicamente precedere l'individuazione del momento preciso in cui l'attesa (fisiologica) del

---

<sup>241</sup> In questo senso, A. M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, fasc. 2, 169, per il quale, quando la legge non assegna alcun valore all'inerzia, questa rileva esclusivamente come inadempimento dell'obbligo di pronunciarsi sull'istanza. Si v. anche F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, 360, secondo cui "l'omissione si pone appunto come fatto di inadempimento del dovere". Esclusi, dunque, i casi in cui la legge attribuisce al silenzio valore provvedimentale, mediante una finzione, l'inerzia non può avere valore diverso da una semplice omissione, che si configura come inadempimento della posizione di vincolo dell'amministrazione. E questo non soltanto nelle ipotesi di attività amministrativa vincolata, ma anche in quella discrezionale, sussistendo comunque in entrambi i casi un dovere di provvedere. In presenza di poteri discrezionali è comunque dovuta, infatti, l'attività di apprezzamento che deve risultare da una pronuncia motivata. La tesi è accolta anche da A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, il quale, pur continuando a utilizzare l'espressione silenzio-rifiuto in luogo di silenzio-inadempimento, conferma che non può più attribuirsi all'inerzia alcun valore né alcun effetto di rifiuto del provvedimento.

provvedimento diviene silenzio illegittimo, pertanto giuridicamente rilevante. Se, infatti, con la legge sul procedimento amministrativo, è stato introdotto espressamente il termine di conclusione del procedimento, vincolando, così, almeno potenzialmente l'amministrazione ad agire tempestivamente – e comunque consentendo di individuare in maniera chiara e precisa il momento a partire dal quale il silenzio assume rilievo giuridico - prima della riforma del 1990, l'amministrazione era considerata sovrana del suo tempo<sup>242</sup>.

Il momento dell'adozione del provvedimento era tradizionalmente legato alle esigenze proprie dell'organizzazione amministrativa, nonché alle eventuali vicende accorse nell'ambito dell'istruttoria procedimentale. L'amministrazione, salvo casi eccezionali in cui la legge stabiliva il termine per l'emanazione dell'atto conclusivo, aveva assoluta discrezionalità sul *quando*, potendo decidere autonomamente e liberamente il momento in cui terminare il procedimento e adottare il provvedimento finale.

In una situazione di totale incertezza circa la durata del procedimento, il ricorso a criteri generali quale, ad esempio, la ragionevolezza dei tempi di attesa del provvedimento, non consentiva di assicurare al privato una tutela effettiva, rendendosi, pertanto, necessario un *escamotage* per rendere giuridicamente rilevante l'inerzia<sup>243</sup>.

In assenza, di indicazioni normative circa il termine di conclusione del procedimento, la giurisprudenza e, in particolare, il Consiglio di Stato, riconosceva la possibilità di limitare la discrezionalità temporale dell'amministrazione, ammettendo che il privato le intimasse di provvedere entro un determinato termine, a seguito del quale l'eventuale mancato adempimento, ossia il silenzio, avrebbe avuto rilievo giuridico, nel senso di consentire al cittadino di rivolgersi al giudice per ottenere tutela.

Solo dopo l'atto di diffida e la scadenza infruttuosa del termine così imposto, il silenzio serbato dall'amministrazione acquisiva valore giuridico e poteva essere qualificato come volontà espressa o tacita oppure atto negativo implicito ovvero mero inadempimento, a seconda della ricostruzione accolta tra quelle sopra esposte.

Mediante l'atto di diffida, il dovere di provvedere da generico diveniva, quindi, specifico, restringendo la discrezionalità dell'amministrazione nelle modalità dell'azione e trasformando la situazione fisiologica di attesa del provvedimento in momento patologico

---

<sup>242</sup> In questo senso, N.W.M. SUCK, *L'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il termine nel procedimento amministrativo*, cit.

<sup>243</sup> Per un esame dell'evoluzione dell'istituto della diffida nel giudizio avverso il silenzio, si v. G. GUCCIONE, *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a.: la necessità della diffida ad adempiere e la recente riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

dell'attività amministrativa<sup>244</sup>. Solo così si rendeva, infatti, manifesta e certa la portata lesiva del silenzio serbato dall'amministrazione competente.

La diffida consentiva di raggiungere *ex post* il medesimo risultato che oggi garantisce – *ex ante* - la previsione di uno specifico termine di conclusione del procedimento<sup>245</sup>, anche se un ruolo fondamentale era così svolto dal privato, divenendo una sua responsabilità quella di sollecitare l'adozione del provvedimento o comunque di mettersi in condizione di potere adire il giudice.

Era, dunque, il privato a dovere stabilire quando il silenzio protratto poteva considerarsi irragionevole, richiedendo, poi, l'intervento giurisdizionale per imporre all'amministrazione di esercitare il potere<sup>246</sup>.

La giurisprudenza, pur nella consapevolezza dell'opportunità di una riforma legislativa che si facesse carico del problema dell'inerzia e della necessità, prima ancora di predisporre una specifica tutela processuale, di risolvere la questione dell'incertezza e di determinare il momento rilevante per l'inadempimento, consentiva, così, l'applicabilità in via analogica al silenzio di alcuni istituti già presenti nell'ordinamento.

In particolare, il modello della diffida trovava originariamente il suo fondamento nell'art. 5 del T.U. delle leggi comunali e provinciali del 3 marzo 1934, n. 383, che disciplinava il silenzio rigetto in materia di ricorsi amministrativi. La norma disponeva che, una volta scaduto infruttuosamente il termine di centoventi giorni dalla presentazione dell'istanza e quello di sessanta giorni dalla notificazione dell'atto di diffida, il silenzio serbato dall'autorità gerarchicamente superiore avrebbe dovuto essere interpretato al pari di un rigetto, aprendo, così, la via alla tutela giurisdizionale.

---

<sup>244</sup> In questo senso, E. STICCHI DAMIANI, *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2002, fasc. 12, 4205, per il quale, al fine di individuare il momento in cui l'inerzia assumeva portata lesiva era necessario stabilire un parametro oggettivo sulla base del quale "l'incertezza sui termini del procedimento, da fisiologica situazione di attesa, si trasformava in una situazione patologica di silenzio di cui poter lamentare l'illegittimità". Solo mediante la diffida, infatti, poteva configurarsi in capo al privato un dovere specifico di provvedere che consentiva di "sublimare – in virtù di una *fiction iuris* – la non scelta della p.a. in scelta-del-non, vale a dire in rifiuto di provvedere da parte di quest'ultima".

<sup>245</sup> In termini, E. STICCHI DAMIANI, *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, cit.

<sup>246</sup> Sembra opportuno ricordare come, contrariamente alla giurisprudenza e alle tesi della dottrina richiamate, per U. BORSI, *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'amministrazione*, cit., nemmeno l'introduzione del meccanismo della diffida era idoneo a fondare il dovere dell'amministrazione di provvedere. Nonostante la nota pronuncia del Consiglio di Stato del 22 agosto 1902, che ammetteva l'estensione dell'atto di diffida previsto per i ricorsi gerarchici anche al silenzio formatosi a seguito di un'istanza su cui ancora l'amministrazione non si era mai espressa, l'A. afferma che solo la legge può imporre all'amministrazione di adottare un provvedimento, attribuendo diversamente al privato la valutazione circa la ragionevolezza del tempo in cui il soggetto pubblico è rimasto inerte. Secondo l'A., infatti, pur non potendosi disconoscere il rischio che l'amministrazione abusi della sua discrezionalità nel *quando*, "non ci pare ammissibile che essa debba sottostare all'intimazione di rispondere o provvedere nel termine che piace all'interessato di fissare, indipendentemente da ogni obbligo di legge" (p. 5).

La necessità di un simile meccanismo si giustificava, infatti, per la condizione della definitività degli atti amministrativi cui era subordinato l'accesso alla tutela davanti al giudice amministrativo. Al fine di evitare che i cittadini fossero privati, come spesso accadeva, della possibilità di rivolgersi al giudice avverso un provvedimento lesivo, per la mancata decisione sul ricorso gerarchico (in quel tempo necessario appunto per ottenere la definitività dell'atto), la legge del 1934 aveva introdotto una serie di adempimenti a carico del soggetto interessato, affinché si formasse il silenzio rigetto.

Nonostante l'istituto fosse stato creato, dunque, in relazione ai ricorsi amministrativi, la giurisprudenza ne estendeva l'applicabilità in via analogica anche al silenzio che seguiva alla presentazione di un'istanza, proprio allo scopo di determinare il momento a partire dal quale poteva ritenersi illegittimo e di conseguenza lesivo degli interessi del privato.

In occasione, però, della riforma del sistema delineato dal T.U. delle leggi comunali e provinciali, avvenuta per opera del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, e, in particolare, dell'art. 6 (che modificava il meccanismo originariamente previsto, stabilendo un termine espresso di novanta giorni a seguito dei quali, in mancanza di una decisione esplicita, il silenzio si qualificava come rigetto del ricorso, con immediato accesso alla tutela giurisdizionale senza che fossero necessari ulteriori inadempimenti), il Consiglio di Stato negava l'estensione dell'istituto alla mancata adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, chiarendo che la norma era volta esclusivamente a disciplinare la materia dei ricorsi amministrativi. Tuttavia, ammetteva, al contempo, l'applicabilità al silenzio rifiuto di un ulteriore meccanismo di diffida, quello previsto dall'art. 25 del T.U. sugli impiegati civili dello Stato, n. 3 del 1957<sup>247</sup>.

La norma disciplinava le modalità della diffida ad adempiere entro un termine non inferiore a trenta giorni, che poteva essere notificata, tramite ufficiale giudiziario, decorsi sessanta giorni dalla presentazione di un'istanza ovvero dall'avvio di un procedimento d'ufficio<sup>248</sup>. Nel caso di decorrenza infruttuosa dell'ulteriore termine posto, così, a

---

<sup>247</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 10 marzo 1978, n. 10, in *Cons. Stato*, 1978, I, 335.

<sup>248</sup> Anche A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, cit., ritiene applicabile la disciplina prevista dal T. U. degli impiegati civili dello Stato al silenzio inadempimento, affermando che "la normativa dell'art. 25, st. imp. Civili rende poi ugualmente sostenibile che, quando per l'emanazione del provvedimento richiesto non sia previsto un procedimento articolato in più atti, la messa in mora possa esser notificata dopo soli sessanta giorni dall'istanza". L'A., inoltre, nello stesso scritto, sostiene che la riforma del 1971 ha avuto effetto solo in materia di ricorsi amministrativi, non eliminando la possibilità del meccanismo previsto dalla disciplina precedente per il silenzio inadempimento. Secondo l'A., infatti, l'abrogazione delle disposizioni del 1934 si è avuta solo con riferimento ai ricorsi amministrativi perché derivata dall'incompatibilità con la nuova disciplina, mentre per il caso di silenzio resta ferma la necessità della proposizione della diffida, rispondendo all'esigenza di attribuire valore legale a un comportamento omissivo in assenza di un'apposita previsione normativa. Pertanto, dal momento che la legge del 1971 non si è occupata affatto del silenzio inadempimento, la disciplina prima applicabile, seppure ricavata per analogia ovvero in base a principi generali dell'ordinamento, non può ritenersi incompatibile con

disposizione dell'amministrazione, il cittadino era legittimato ad adire il giudice amministrativo.

### **3.2. Segue. La necessità della diffida e il suo superamento**

La previsione della diffida come passaggio necessario ai fini della formazione del silenzio inadempimento non è stata superata nemmeno con l'avvento della l. n. 241/1990 (fonte che, tra l'altro, interrompendo la tradizione che affidava alla giurisprudenza e alla dottrina il compito di "disciplinare" il silenzio soprattutto a fini di tutela processuale, lo ha considerato in chiave sostanziale e di semplificazione, regolando il silenzio assenso), che ha reso il fattore temporale un elemento fondamentale nel rapporto tra amministrazione e cittadini.

Nonostante, infatti, la limitazione puntuale del tempo a disposizione dell'autorità per adottare il provvedimento eliminasse il problema dell'individuazione del momento dell'inadempimento, la giurisprudenza, peraltro ancora in mancanza di una specifica disciplina del ricorso avverso il silenzio, continuava a subordinare la tutela giurisdizionale alla previa diffida.

A fronte delle critiche, perlopiù dottrinali, che sostenevano la superfluità e inutilità della diffida una volta introdotto il termine di conclusione del procedimento, da solo idoneo a garantire la certezza dell'azione o comunque a determinare il momento rilevante per l'accertamento dell'inadempimento, la giurisprudenza, soprattutto del Consiglio di Stato, ne confermava la necessità.

In particolare, secondo il Supremo Consesso, la sopravvivenza della diffida si giustificava in virtù della sua efficacia deflattiva del contenzioso<sup>249</sup> e della sua idoneità a tutelare maggiormente il privato, nella cui disponibilità restava, così, il momento dal quale fare decorrere il termine per proporre ricorso. Diversamente, infatti, sarebbe decorso

---

la nuova e, di conseguenza, mantiene la sua validità con riferimento al silenzio serbato dall'amministrazione a fronte dell'istanza del privato. Tuttavia, il fatto che il legislatore abbia, seppure in materia di ricorsi amministrativi, ridotto a novanta giorni il termine rilevante per attribuire valore al silenzio, fa sì che l'acceleramento delle procedure debba essere considerato un principio dell'ordinamento, di talché "appare perciò tutt'altro che azzardato ritenere che ormai sia da considerare sufficiente, in via di principio, per il formarsi del silenzio-inadempimento, che l'interessato lasci trascorrere solo novanta giorni dalla propria istanza prima di mettere in mora l'Amministrazione, e che nell'atto di messa in mora assegni a quest'ultima un termine di soli trenta giorni" (p. 192).

<sup>249</sup> Sul punto, si v. E. STICCHI DAMIANI, *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, cit., per il quale in questo modo la diffida era concepita "non come atto di volontà finalizzato alla formazione di uno pseudo-atto di rifiuto impugnabile, né come atto di accertamento volto a "cristallizzare" ed asseverare l'inadempimento della p.a., bensì come una sorta di tentativo obbligatorio di conciliazione *ante causam* imposto in via pretoria al privato nei confronti dell'amministrazione, al fine di "provocare" l'adozione di un atto espresso da impugnare, poi, in via eventuale, secondo il classico e rassicurante schema demolitorio" (p. 4212).

automaticamente alla scadenza del termine di conclusione del procedimento, potenzialmente ignoto al cittadino nella sua precisa e concreta individuazione.

Anche a seguito della codificazione del ricorso avverso il silenzio, per opera della l. n. 205 del 2000, nonostante la formulazione della norma non facesse riferimento alla necessità della previa diffida, la giurisprudenza continuava a richiederne l'esperimento come vera e propria condizione di ammissibilità dell'azione. Per cui, prima di ricorrere al giudice, il privato leso dal silenzio dell'amministrazione, pure in presenza di uno specifico termine di conclusione del procedimento, avrebbe dovuto diffidare l'amministrazione ad adempiere, consentendole un'ulteriore possibilità prima di avviare il giudizio<sup>250</sup>.

Conferma in questo senso è pervenuta anche dalla sentenza n. 1 del 2002, pronunciata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>251</sup>, che, pure nella vigenza della disciplina formale del ricorso avverso il silenzio, sosteneva che per la formazione del silenzio rilevante fosse necessario attivare la procedura di cui all'art. 25, c. 1, t.u. n. 3 del 1957, con cui si imponeva all'amministrazione di adottare il provvedimento entro un termine alla scadenza del quale sarebbero poi decorsi i sessanta giorni per impugnare<sup>252</sup>.

Si è dovuto attendere la riforma del 2005 per superare in maniera definitiva la diffida. Con legge 11 febbraio 2005, n. 15, il legislatore ha, infatti, espressamente eliminato la necessità della diffida quale condizione per accedere alla tutela giurisdizionale<sup>253</sup>, scelta, peraltro, confermata con la legge 14 maggio 2005, n. 80.

L'atto di messa in mora, dunque, che per molto tempo, nonostante la previsione di una specifica limitazione temporale del procedimento, aveva continuato a condizionare il

---

<sup>250</sup> Si v., ancora, E. STICCHI DAMIANI, *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, cit., per il quale la stessa formulazione dell'art. 2, l. n. 205/2000, avrebbe ostacolato la sopravvivenza della diffida. Secondo l'A., infatti, dal momento che il rito avverso il silenzio consente al privato di fare assegnare all'amministrazione un termine per provvedere, prima dell'intervento eventuale del commissario *ad acta*, non avrebbe senso "sforzarsi di recuperare pretoriamente la messa in mora stragiudiziale e preventiva, se è già prevista dalla legge la messa in mora giudiziale e successiva" (p. 4216).

<sup>251</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *www.giustamm.it*, per il cui esame puntuale si rinvia alla trattazione successiva.

<sup>252</sup> Sul punto, sempre E. STICCHI DAMIANI, *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, cit., per cui una simile ricostruzione rischiava di trasformare il silenzio da fenomeno patologico dell'azione amministrativa a fisiologico. Infatti, "adottando lo schema ermeneutico dell'adunanza plenaria n. 1 del 2002 e della giurisprudenza del Consiglio di Stato ad essa seguita, dovrebbe giungersi ad una conclusione davvero paradossale: che l'art. 2, l. n. 205 del 2000, in luogo di sanzionare il mancato rispetto della norma di cui all'art. 2, l. n. 241 del 1990 attraverso la previsione di una garanzia processuale, ne abbia addirittura favorito ed incentivato l'elusione" (p. 4217).

<sup>253</sup> La l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha, infatti, introdotto all'art. 2 della l. n. 241/1990 il comma 4-*bis* che recitava, testualmente, "decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, può essere proposto anche senza la necessità della diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di cui ai commi 2 e 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti".

ricorso alla tutela giurisdizionale, è divenuto ora un passaggio meramente facoltativo e la valutazione circa la sua opportunità è riservata in via esclusiva al privato<sup>254</sup>.

D'altra parte, neanche la giustificazione per cui la diffida sarebbe necessaria per consentire al privato di conoscere il *dies a quo* per il computo dei termini per ricorrere ha più ragione di essere, posto che, non solo l'art. 2, l. n. 241/1990, prevede uno specifico termine finale, ma il legislatore è intervenuto, altresì, sull'art. 8 della medesima legge, ai sensi del quale la comunicazione di avvio deve contenere l'indicazione della data entro cui il procedimento deve concludersi, i diversi rimedi attivabili in caso di inerzia, nonché, nei procedimenti a istanza di parte, la data di presentazione della stessa.

#### **4. Il ricorso avverso il silenzio. Dall'elaborazione pretoria dell'istituto al codice del processo amministrativo**

Esaminato il momento a partire dal quale il silenzio è considerato illegittimo e si apre la via per la tutela giurisdizionale, è necessario analizzare la disciplina del ricorso avverso il silenzio, le cui origini devono rinvenirsi nella tradizione pretoria. La legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (l. 31 marzo 1889, n. 5982) non si occupava, infatti, di definire le modalità della tutela dei privati a fronte del mancato esercizio del potere amministrativo, creando un sistema di giustizia basato sull'impugnazione di un atto.

Nonostante l'assenza di una normativa specifica, però, fin dagli albori dell'attività della sezione neocostituita, era chiara la portata lesiva dell'inerzia dell'amministrazione ed era avvertita l'esigenza di assicurare la tutela giurisdizionale anche per queste ipotesi.

Si è detto, però, che erano diversi gli ostacoli che si presentavano al privato che volesse ricorrere al giudice amministrativo per ottenere tutela a fronte della mancata adozione del provvedimento. Tuttavia, tramite prima l'elaborazione del silenzio-rigetto e poi l'estensione della sua disciplina anche al silenzio serbato sull'istanza del privato, come chiarito nei paragrafi precedenti, la giurisprudenza ha finito col riconoscere la possibilità di rivolgersi al giudice pure in assenza di una previsione espressa.

La lacuna normativa è stata superata con la riforma avviata con la l. 21 luglio 2000, n. 205. Per quanto rileva in questa sede, infatti, l'art. 2 della citata norma, foriera di importanti e diverse modifiche del sistema di giustizia amministrativa, ha introdotto nella l. 6 dicembre

---

<sup>254</sup> In termini, F. LACAVA, *La nuova disciplina del silenzio inadempimento dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), per il quale la diffida, da passaggio obbligatorio e defatigante per il privato leso dall'inerzia amministrativa, si è trasformata in un atto facoltativo volto a favorire il dialogo con l'amministrazione.

1971, n. 1034, c.d. legge Tar, l'art. 21-*bis*, dedicato, appunto, al ricorso avverso il silenzio<sup>255</sup>.

Il legislatore, certamente obbligato a inserire la disposizione in esame dato il radicato riconoscimento giurisprudenziale, è stato, però, abbastanza cauto, nel senso che si è limitato a prevedere un'azione volta a ottenere la condanna, entro termini brevi, ad adottare il provvedimento finale<sup>256</sup>, senza preoccuparsi dei profili legati alla legittimità della scelta spettante all'amministrazione e lasciando aperto il dibattito esistente circa i poteri cognitori del giudice<sup>257</sup>.

Fin dalla formulazione originaria, invece, la disciplina del ricorso avverso il silenzio comprendeva anche una fase esecutiva, con la previsione della nomina di un commissario *ad acta* per l'ipotesi di perdurante inerzia dell'amministrazione a questo punto condannata ad adempiere.

Mentre è rimasta pressoché invariata la disciplina del rito e la fase dell'ottemperanza, diverse modifiche sono intervenute, come si vedrà, in relazione ai poteri cognitori del giudice, seguendo un'evoluzione anche in questo caso precedentemente giurisprudenziale. La prima importante riforma del ricorso avverso il silenzio si è avuta, infatti, con la l. 14 maggio 2005, n. 80, che, pur intervenendo sull'art. 2 della l. n. 241/1990 e, dunque, sulla disciplina sostanziale del silenzio inadempimento, prevedeva che, nel caso di azione contro il silenzio, il giudice amministrativo potesse conoscere della fondatezza dell'istanza.

---

<sup>255</sup> “Art. 21 *bis* – 1. I ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Nel caso che il collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla notificazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio d'appello si seguono le stesse regole.

2. In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa.

3. All'atto dell'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo con la decisione prevista dal comma 2.”

<sup>256</sup> Si ricordi, invece, che già a partire dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/1978 era stata riconosciuta la possibilità per il giudice amministrativo (seppure soltanto nei casi di attività vincolata) di non limitarsi a condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento qualunque, ma di pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa del privato.

<sup>257</sup> In questo senso, si v. B. TONOLETTI, *Art. 2 (Ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, fasc. 3-4, 575, per il quale il ricorso avverso il silenzio come disciplinato dalla legge che lo ha introdotto “è soltanto un potenziamento procedurale dell'azione dichiarativa dell'obbligo di provvedere”, non richiamando né il modello dell'azione di adempimento tedesca né l'azione di accertamento autonomo del rapporto pure elaborata a livello dottrinale.



Con la stessa legge, come si è visto, si eliminava la necessità della diffida ai fini della formazione del silenzio inadempimento, aprendo le porte alla tutela giurisdizionale immediatamente dopo la scadenza del termine di conclusione.

Ripercorsa, così, per grandi linee l'evoluzione normativa del ricorso avverso il silenzio, l'ultimo intervento riformatore, che, coinvolgendo l'intero sistema di giustizia amministrativa, si è ovviamente occupato anche del rito in esame, si è avuto con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, all'interno del quale si rinviene oggi la disciplina puntuale dell'azione avverso il silenzio.

Va tra l'altro osservato che il "paradigma" dell'azione avverso il silenzio è stato utilizzato dal c.d. secondo correttivo per definire la latitudine dei poteri del giudice in relazione alla c.d. azione di adempimento. L'art. 34 c.p.a., infatti, prevede che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto sia esercitata nei limiti di cui all'art. 31, c. 3.

Il rilievo pare di interesse, perché mostra il valore centrale che l'elaborazione in tema di silenzio riveste in relazione alla delicata questione della definizione dell'assetto del rapporto tra tutela giurisdizionale e rispetto della sfera di discrezionalità dell'amministrazione. Da ciò deriva che i risultati cui può condurre l'analisi dei rimedi in tema di inerzia potrebbe essere di qualche utilità al fine di definire altri istituti processuali in ordine ai quali la medesima esigenza affiora (si pensi al giudizio di ottemperanza o ai rimedi cautelari).

In ogni caso, per riprendere il filo del ragionamento, va osservato che il d.lgs. n. 104/2010 si occupa del ricorso avverso il silenzio in più disposizioni. La prima è contenuta nell'art. 31, dedicato sia all'azione in esame che alla declaratoria di nullità; la seconda nell'art. 117 rubricato, appunto, "Ricorsi avverso il silenzio".

Tralasciando per ovvie ragioni la parte dell'art. 31 relativa all'azione di nullità, preme in questa sede verificare quali siano le indicazioni provenienti dal legislatore circa le modalità di avvio del ricorso e le condizioni che ne legittimano l'esperimento. Prima di tutto, quindi, è necessario individuare il momento a partire dal quale l'azione può essere esercitata, esaminando quanto risulta dal combinato disposto delle due norme richiamate.

Per ciò che concerne il *dies a quo*, l'art. 31 chiarisce che chiunque vi abbia interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, una volta decorsi i termini per la conclusione del procedimento. Il termine *a quo*, dunque, può essere individuato soltanto facendo riferimento alla disciplina sostanziale applicabile a ciascun procedimento, sulla base di quanto detto nel secondo Capitolo in relazione alle modalità di fissazione del termine finale.

Seppure, però, manchi nell'art. 31 una chiara indicazione del momento a partire dal quale il ricorso può essere presentato, dovendosi sempre richiamare le disposizioni di tipo sostanziale che regolano il procedimento di specie, la formulazione della norma è idonea a confermare la possibilità di ricorrere al giudice immediatamente dopo la scadenza del termine, senza la necessità della previa diffida, come, d'altra parte, confermato anche dall'art. 117 e in linea con la disciplina previgente all'entrata in vigore del codice.

Nessuna novità neanche con riferimento al *dies ad quem*. Il secondo comma dell'art. 31 consente, infatti, l'esercizio dell'azione fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine per provvedere. Per quanto attiene, invece, alle specifiche modalità, perché il termine per agire sia correttamente osservato, è necessario che il ricorrente notifichi il ricorso, ai sensi dell'art. 117, all'amministrazione e ad almeno un controinteressato.

#### **5. L'interesse tutelato con l'azione *contra silentium***

Dall'esame dell'evoluzione della disciplina del rito avverso il silenzio, già emergono le ragioni che hanno spinto la giurisprudenza prima e il legislatore poi a elaborare uno strumento di tal fatta. Richiamando la classificazione operata nel corso del secondo Capitolo, in questa sede, ci si limiterà a un mero chiarimento in ordine all'interesse tutelato, in vista della comparazione e valutazione finale.

Invero, si è detto che il ricorso *de quo* è stato plasmato per consentire al privato di ottenere una condanna, in tempi più o meno brevi, dell'amministrazione ad adottare il provvedimento finale. L'interesse sotteso, dunque, al rimedio in esame è di assicurare al privato la definizione dei suoi interessi mediante una pronuncia espressa (con importanti differenze, come si vedrà, a seconda che il potere sia vincolato o discrezionale)

Richiamando, allora, le diverse funzioni che il termine di conclusione del procedimento assume e i correlati interessi protetti dall'ordinamento (v. Cap. II), sembra che nel caso di specie non rilevino le ragioni legate all'amministrazione, come ad esempio l'efficienza della sua azione e organizzazione, ma la necessità di garantire al privato una decisione amministrativa.

Il rimedio mira in prima battuta a fornire al privato una composizione dei suoi interessi e, solo indirettamente, a promuovere un diverso atteggiamento delle strutture pubbliche,

mediante il sistema di responsabilità che deriva dall'accoglimento del ricorso avverso il silenzio<sup>258</sup>.

### **6.1. L'utilità assicurata al privato. L'evoluzione dei poteri del giudice dall'introduzione pretoria del rito alla sua codificazione**

Così emerse le ragioni della nascita del rito speciale ed esaminata per grandi linee la sua disciplina, è ora opportuno procedere nel verificare l'effettiva utilità che l'istituto garantisce al privato, al fine di fornire le basi per una comparazione con gli altri rimedi oggetto di studio, in vista della valutazione finale, riservata alla parte conclusiva della tesi, circa lo strumento in grado di proteggere maggiormente il privato.

Si è avuto modo più volte di affermare che il ricorso avverso il silenzio è stato introdotto allo scopo di eludere il problema della mancanza di un atto lesivo di una posizione giuridica soggettiva, così da consentire la tutela del privato anche nel caso di mancato esercizio del potere. Lo strumento processuale in parola è sorto, dunque, per permettere l'accesso alla tutela giurisdizionale nelle ipotesi in cui il privato fosse leso dal mancato svolgimento della funzione amministrativa<sup>259</sup>.

Ciò cui mirava l'azione era, dunque, prima di tutto la condanna dell'amministrazione a emanare l'atto conclusivo del procedimento. Posto, infatti, che la lesione in questi casi derivava dal mancato esercizio del potere e non già dalle modalità del suo utilizzo, la soluzione offerta dalla giurisprudenza era costituita, appunto, dalla condanna a esercitare il potere, a emanare un provvedimento, il solo idoneo a incidere sulla realtà giuridica.

Nulla si diceva, invece, circa il contenuto di quell'atto, che avrebbe potuto, al limite, venire in rilievo nella fase dell'esecuzione ovvero in una ancora successiva, nell'eventualità in cui, a seguito della condanna e dell'esercizio del potere, le modalità fossero state tali da ledere l'interesse del privato.

---

<sup>258</sup> A tal proposito, si ricordi che il nuovo art. 2 della l. n. 241/1990 prevede al comma 8 che "le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti". Sarebbe stato, invero, più opportuno imporre l'obbligo di trasmissione delle sentenze nell'ipotesi di condanna al risarcimento del danno da ritardo, non essendo idonee quelle in materia di silenzio a fondare una responsabilità erariale. Salvo non ammettere, come si è già suggerito, che anche il tempo costituisca una risorsa pubblica da utilizzare razionalmente, il cui dispendio produce per l'amministrazione conseguenze valutabili economicamente, a fronte delle quali è possibile immaginare una responsabilità erariale dei singoli funzionari e dirigenti che abbiano, con le loro condotte, contribuito a causare l'inadempimento. Sull'opportunità di prevedere il sistema di comunicazione delle sentenze alla condanna risarcitoria, anziché al giudizio sul silenzio, si v. P. SANTORO, *Il danno da ritardo diventa danno erariale*, in *www.giustamm.it*.

<sup>259</sup> In questo senso, B. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio-rifiuto della p.a.: orientamenti giurisprudenziali*, cit., per cui "l'istituto del silenzio-rifiuto è nato come risposta ad un bisogno specifico di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione" (p. 1040).

Tuttavia, già nel 1978, ragioni di economicità processuale ed effettività della tutela avevano portato il Supremo organo giurisdizionale amministrativo a mutare orientamento e a spingersi fino a riconoscere il potere del giudice di pronunciarsi anche in ordine alla fondatezza della domanda, seppure nei limiti dell'attività vincolata. Con la nota sentenza n. 10/1978<sup>260</sup>, infatti, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ammetteva la possibilità per il giudice di non limitarsi alla declaratoria dell'illegittimità del silenzio e alla mera condanna a provvedere, consentendo, altresì, l'esame della pretesa, a condizione che non si trattasse di attività discrezionale.

Pur tenendo conto che allora si discuteva di un rimedio incardinato nell'ambito del giudizio ordinario (e non già di un rito speciale e semplificato, come accade oggi), questo era, dunque, l'orientamento maggioritario, nonostante già prima della codificazione del rito avverso il silenzio coesistesse anche un secondo filone giurisprudenziale che, invece, restringeva l'ambito di cognizione del giudice, limitandolo alla legittimità del silenzio. A fronte, infatti, di pronunce più garantiste, che estendevano i poteri cognitori per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, resisteva ancora un indirizzo più tradizionalista, che limitava la cognizione del giudice, al fine di conservare la prerogativa dell'amministrazione di determinare le modalità di esercizio del potere.

Il contrasto giurisprudenziale sull'oggetto del giudizio avverso il silenzio non si è sopito, ma, anzi, ha ricevuto nuova linfa con l'introduzione della disciplina positiva del rito speciale per opera della l. n. 205/2000.

La riforma, infatti, non si preoccupava di chiarire la portata dei poteri cognitori del giudice, disponendo che questi potesse condannare l'amministrazione ad adempiere entro un certo termine, senza riferimento alcuno alla possibilità di incidere sul contenuto del provvedimento.

In assenza di indicazioni normative, continuavano a contrapporsi due filoni dottrinali e giurisprudenziali distinti. Il primo a favore di un'interpretazione restrittiva, sul presupposto che la scelta del legislatore di non prevedere espressamente la possibilità di conoscere anche della fondatezza della domanda non fosse casuale, ma indicativa della volontà di limitare l'ambito cognitorio alla legittimità del silenzio. Il secondo, invece, maggiormente permissivo, per cui, una volta avviato il giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere, il giudice avrebbe potuto esaminare la fondatezza dell'istanza e, conseguentemente, pronunciarsi in ordine al contenuto del provvedimento.

---

<sup>260</sup> Cons. Stato, Ad. Plenaria, 10 marzo 1978, n. 10, in *Cons. Stato*, 1978, I, 335.

Nel silenzio della legge, la giurisprudenza si alternava, allora, tra decisioni favorevoli a riconoscere un intervento del giudice più incisivo e altre più caute, che ammettevano solo l'accertamento del dovere di provvedere<sup>261</sup>.

A fondamento del primo orientamento vi era principalmente una motivazione legata a profili di economia processuale, per cui non avrebbe avuto senso rinviare il giudizio (però eventuale) sulla spettanza del bene a un momento successivo, quantomeno in presenza di un'attività vincolata, dato che comunque non sarebbero residuati margini di scelta in capo all'amministrazione.

Altre ragioni venivano, però, richiamate a supporto della tesi estensiva, tra cui *in primis* quelle di natura letterale.

La prima motivazione di carattere testuale riguardava la previsione della possibilità di accogliere soltanto parzialmente il ricorso. Di accoglimento parziale o totale avrebbe potuto parlarsi, infatti, solo laddove il giudice avesse conosciuto anche della fondatezza della domanda, mentre, nel caso in cui il giudizio fosse stato limitato all'accertamento del dovere di provvedere, avrebbero potuto esserci solo un accoglimento o un respingimento totali.

Ancora una ragione di ordine formale concerneva, invece, l'istruttoria. Già dall'originaria formulazione dell'art. 21-*bis* della legge Tar, si prevedeva che, qualora il collegio avesse disposto ulteriori adempimenti istruttori, sarebbe stato prorogato il termine per la conclusione del giudizio<sup>262</sup>.

La possibilità di disporre un'istruttoria più complessa sembrava incompatibile con la ricostruzione dell'oggetto del giudizio limitata alla legittimità del silenzio, in favore di un'interpretazione che ammettesse anche l'esame della fondatezza della pretesa<sup>263</sup>. Inoltre,

---

<sup>261</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 376/2004, con nota di G. VIZZARI, *Sul ricorso avverso il silenzio della p.a.*, in *Foro amm. Cds*, 2004, 855. Nel caso di specie, il Supremo Consesso aveva annullato la decisione del tribunale di prime cure per non essersi limitato ad accertare la violazione dell'obbligo di provvedere, procedendo anche nell'esame del merito della questione, ossia della fondatezza della pretesa del ricorrente. L'A., però, critica la decisione annotata, aderendo alla tesi che ammette la possibilità per il giudice del silenzio di conoscere della fondatezza della domanda, seppure esclusivamente nei casi di attività vincolata.

<sup>262</sup> Il primo comma dell'art. 21-*bis* disponeva, infatti, che "i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Nel caso che il collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori. La decisione è appellabile entro trenta giorni dalla notificazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio d'appello si seguono le stesse regole."

<sup>263</sup> In questo senso, F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 4, 936. In ogni caso, al di là degli aspetti processuali per cui non avrebbe senso limitare la cognizione alla legittimità del silenzio, vi sarebbe una ragione di carattere sostanziale, legata alla necessità, espressa anche a livello costituzionale dall'art. 24, di una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive. E invero, secondo l'A., nonostante la giurisdizione amministrativa sia stata ormai riconosciuta definitivamente come soggettiva, quella offerta dal ricorso avverso il silenzio, laddove limitata

sempre con riferimento alla fase istruttoria, non avrebbe avuto senso consentire al giudice di ricorrere a determinati mezzi probatori, particolarmente idonei a consentire un esame approfondito della questione - quale, ad esempio, la consulenza tecnica - e, contestualmente, privarlo del potere di determinare il contenuto del provvedimento vincolato<sup>264</sup>.

Ancora, un'ulteriore ragione di natura processuale a sostegno di un ampliamento dei poteri del giudice si evinceva dall'applicabilità della tutela cautelare pure al rito in esame. Perché, nel caso gli fosse stato riconosciuto il mero potere di accertare la legittimità del silenzio, la decisione cautelare sarebbe coincisa necessariamente con la definizione del giudizio anche nel merito<sup>265</sup>.

Qualora, infatti, l'oggetto del giudizio fosse stato limitato alla verifica del dovere di provvedere, la semplice condanna già in sede cautelare sarebbe stata idonea a soddisfare la pretesa del ricorrente a ottenere una decisione amministrativa<sup>266</sup>.

Tuttavia, alle tesi più favorevoli ad ammettere un sindacato più incisivo, continuavano a contrapporsi, come già detto, pronunce di senso opposto. In particolare, queste ultime

---

alla declaratoria dell'illegittimità del silenzio, assumerebbe i caratteri propri di una tutela oggettiva, "in cui l'interesse fatto valere dal privato e che si sostiene violato diviene solo pretesto per rilevare il comportamento formalmente illegittimo serbato dall'amministrazione e da cui si può ricavare solo il riconoscimento di un mero obbligo astratto ad adempiere". Una simile limitazione non può, allora, essere giustificata nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, soprattutto alla luce della riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi. È ovvio, infatti, che in queste ipotesi si può ammettere la tutela risarcitoria solo laddove il giudice abbia avuto la possibilità di accertare la pretesa sostanziale del ricorrente, per cui "nel caso del silenzio, il risarcimento in forma specifica può avere il solo significato di riconoscere al giudice la possibilità di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere rimasto inutilizzato, sia pure nel limite, ribadito anche dall'art. 21-bis, l. Tar, della riserva all'amministrazione del potere di provvedere". Secondo l'A., infatti, "la *causa petendi* può certo incidere sulle forme in cui viene assicurata la tutela specifica, ma non può essere elemento discriminante per l'efficacia degli strumenti giurisdizionali, il cui fine ultimo è garantire comunque il rispetto degli interessi protetti dall'ordinamento, che si colleghino a beni giuridici concreti" (pp. 950-951).

<sup>264</sup> Secondo L. TARANTINO, *L'epilogo del silenzio. O sancta simplicitas!*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 4, 420, non si possono, infatti, trascurare le maggiori possibilità riconosciute al giudice del silenzio di accedere al fatto oggetto del giudizio, anche attraverso atti d'ufficio, in attuazione del c.d. metodo acquisitivo che regola l'istruttoria processuale nel giudizio amministrativo.

<sup>265</sup> Sull'ammissibilità della tutela cautelare nei giudizi avverso il silenzio, si v. F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e soggettiva*, cit., per il quale non sussistono ragioni per ritenere inapplicabile la previsione dell'art. 21, l. Tar, anche ai giudizi avverso il silenzio. Sulla tutela cautelare nei ricorsi avverso il silenzio si v. anche C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 41.

<sup>266</sup> In proposito, si v., però, E.M. BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, fasc. 11-12, 3526, per il quale, nel caso di silenzio, il cautelare potrebbe consistere esclusivamente "nell'effetto paralizzante di modifiche di piano, derivante dalla notificazione dell'ordinanza di sospensione, con la conseguente acquisizione del diritto alla pronuncia amministrativa ora per allora". Non sarebbe, invece, possibile fissare con l'ordinanza cautelare un termine entro cui l'amministrazione debba adempiere perché sarebbe poi difficile stabilire le conseguenze in caso di un'eventuale perdurante inerzia. Non si potrebbe prevedere, infatti, un commissario già in questa fase, perché quella del commissario sarebbe la prima valutazione amministrativa, "che non trovando la propria giustificazione in un giudicato da eseguire si configurerebbe come una indebita interferenza della giurisdizione nell'amministrazione" (p. 3530).

giustificavano il nuovo orientamento in virtù delle peculiarità introdotte dal legislatore con la l. n. 205 del 2000, in sede di codificazione del rito. La brevità del giudizio, nonché la decisione con sentenza succintamente motivata, non sarebbero state adeguate per un esame della fondatezza della pretesa, dovendosi desumere, dalla scelta di prevedere un rito camerale e particolarmente rapido, l'intenzione di limitare la tutela alla verifica del dovere di provvedere<sup>267</sup>.

## **6.2. Segue. Dalla negazione giurisprudenziale del potere di conoscere la fondatezza della pretesa al riconoscimento normativo**

Sul contrasto giurisprudenziale sorto sui poteri del giudice è, dunque, intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza 9 gennaio 2002, n. 1<sup>268</sup>, ha avallato la tesi riduttiva, chiarendo che il rito avverso il silenzio è stato elaborato al solo scopo di accertare la violazione del dovere di provvedere, ragion per cui, finanche nei casi

---

<sup>267</sup> Le ragioni sottese ai due diversi orientamenti in ordine alla portata dei poteri cognitori del giudice si ritrovano, peraltro, ben esplicate anche nell'ordinanza di rimessione n. 3803 del 2001, con cui la sesta sezione del Consiglio di Stato ha sollevato la questione davanti all'Adunanza plenaria del Supremo Consesso. In particolare, nell'ordinanza si dava conto dei due diversi filoni interpretativi. Il primo, più restrittivo, che superava l'indirizzo formatosi a seguito della decisione n. 10 del 1978 dell'Adunanza plenaria in virtù del carattere acceleratorio del rito speciale che sarebbe compatibile esclusivamente con una decisione limitata al dovere di provvedere. Il secondo, invece, che per ragioni di effettività della tutela ed economia processuale sosteneva la necessità di consentire al giudice l'esame della pretesa, perché la specialità del rito non sarebbe affatto di ostacolo a una simile interpretazione, dato che anche in altre ipotesi si prevede un giudizio accelerato senza che per questo possa dirsi mutato l'oggetto del giudizio. Sul punto si v. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, e R. LEONARDI, *Il difficile rapporto tra esegesi letterale e buon senso: l'adunanza plenaria limita i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della pubblica amministrazione (art. 21-bis l. n. 1034 del 1971)*, in *Giust. civile*, 2002, 815, che ricorda come all'obiezione dell'incompatibilità del rito speciale con l'accertamento della pretesa sostanziale è stato risposto che sono, in realtà, diverse le ipotesi in cui il merito del giudizio viene definito in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata e termini ridotti e che, in ogni caso, è il giudice ad assicurare il rispetto dei diritti di difesa e dei principi di integrità del contraddittorio e completezza dell'istruttoria. Invece, conferma l'inidoneità di una sentenza succintamente motivata a concludere un giudizio sul merito della pretesa, N. SAITTA, *Ricorsi contro il silenzio della p.a.: quale silenzio*, in *www.giustamm.it*, per il quale "è, infatti, scontata la sufficienza di una sentenza succintamente motivata (ex quarto comma del nuovo art. 26 legge Tar), ossia un sintetico riferimento al punto di fatto e di diritto od il richiamo di un precedente conforme, per accertare e dichiarare la sussistenza del diritto del richiedente al provvedimento e l'ingiustificatezza del comportamento omissivo della amministrazione ritualmente interpellata e per l'emanazione dell'ordine di provvedere. Non sarebbe, invece, sufficiente una sentenza del genere se al giudice del silenzio fosse demandato il compito di considerare anche il merito, ossia la fondatezza della pretesa sottesa alla domanda rivolta dal ricorrente all'amministrazione" (p. 7). D'altronde, è ferma la posizione dell'A. nel ritenere che il provvedimento che non è stato emanato sarà adottato a seguito della condanna dalla stessa amministrazione competente ovvero dal commissario, con le medesime prospettive che si aprivano al momento della originaria domanda del cittadino, senza che il giudice del silenzio possa in alcun modo indicare il contenuto del provvedimento.

<sup>268</sup> Per un esame della sentenza, si v. tra i numerosi commenti, M. CIAMMOLA, *L'oggetto del giudizio amministrativo nel silenzio-inadempimento: l'adunanza plenaria fa un passo indietro*, in *Il Nuovo Diritto*, 2002 fasc. 7-8, pt. 2, pp. 625; F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e soggettiva*, cit.; F. SATTÀ, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, fasc. 1, 49; L. TARANTINO, *L'epilogo del silenzio. O sancta simplicitas!*, cit.; A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, parte III, col. 227; M. VERONELLI, *L'inerzia della pubblica amministrazione davanti all'Adunanza plenaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, fasc. 7, 762.

di attività vincolata, il giudice non avrebbe potuto sostituirsi all'amministrazione, dovendosi limitare a condannare quest'ultima all'emanazione dell'atto.

Il Supremo Consesso ha addotto diverse ragioni a sostegno dell'interpretazione restrittiva, prima fra tutte quella letterale per cui la legge prevedeva che "il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere", senza ulteriori specificazioni rispetto al contenuto del provvedimento.

Tra gli altri argomenti di natura testuale, tre erano gli aspetti su cui si soffermava la motivazione della plenaria. In primo luogo, il fatto che l'oggetto del ricorso fosse identificato con il mero inadempimento, senza alcun richiamo alla pretesa del privato. Pertanto, posto che i poteri del giudice andavano individuati sulla base della disciplina del ricorso, se ne doveva dedurre che fossero circoscritti al silenzio.

Il secondo aspetto riguardava, invece, la nomina del commissario nell'ipotesi di perdurante inerzia. La previsione della sostituzione commissariale era, infatti, idonea a dimostrare che la situazione di inadempimento, in cui si fosse trovata l'amministrazione a seguito della pronuncia del giudice del silenzio, non sarebbe stata differente da quella precedente la condanna. Ciò confermava che la decisione del giudice non avrebbe aggiunto nulla di nuovo al preesistente dovere dell'amministrazione di provvedere.

Infine, anche l'utilizzo dell'espressione "ordina di provvedere" faceva riferimento a un'attività tipicamente amministrativa - qual è l'esercizio della funzione - che sarebbe stata privata della sua essenza qualora il giudice avesse potuto indicare il contenuto del provvedimento, posto che in quel caso l'amministrazione si sarebbe limitata a svolgere un'attività meramente esecutiva<sup>269</sup>.

A queste motivazioni si aggiungeva la considerazione che, in caso di perdurante inerzia, la nomina del commissario sarebbe stata un atto dovuto, non disponendo il giudice, a differenza di quanto avveniva nel giudizio di ottemperanza, della possibilità di scegliere se sostituirsi direttamente ovvero nominare un commissario. Nel caso del silenzio, dunque, il giudice non avrebbe mai potuto sostituirsi all'amministrazione, dovendo eventualmente

---

<sup>269</sup> Sul punto, si v. la ricostruzione di C. BENETAZZO, *Il potere del giudice amministrativo di "conoscere della fondatezza dell'istanza" nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto della p.a.*, in *Foro amm. Tar*, 2010, fasc. 2, 501. In senso contrario all'attribuzione di un valore significativo al termine "provvedere" ai fini di determinare la portata dei poteri del giudice del silenzio, si v. L. TARANTINO, *L'epilogo del silenzio. O sancta simplicitas!*, cit., per il quale l'unico chiarimento proveniente dal riferimento al potere di provvedere dell'amministrazione è nel senso della natura non costitutiva della sentenza del giudice e della persistenza del potere fino all'intervento del commissario.



ricorrere al commissario e confermando, così, che la sua cognizione avrebbe dovuto arrestarsi alla legittimità del silenzio<sup>270</sup>.

Al di là del dato formale, altre ragioni supportavano una linea più restrittiva. In particolare, l'attribuzione di un potere più ampio non si conciliava con la natura fortemente acceleratoria del rito avverso il silenzio, caratterizzato da termini più brevi rispetto al giudizio ordinario e, conseguentemente, da minori tutele. Peraltro, la decisione del giudice, adottata secondo il modello della sentenza succintamente motivata, non consentiva di ammettere un potere di accertamento più pregnante<sup>271</sup>.

Infine, vi era anche una motivazione di carattere sistematico a impedire di conoscere la fondatezza della domanda. Non vi sarebbero stati, infatti, elementi sufficienti per sostenere, pure in assenza di una previsione normativa, l'attribuzione del potere di scendere all'esame della pretesa sostanziale, posto che, nel giudizio ordinario, il potere del giudice era limitato alla verifica della legittimità dell'atto e al suo eventuale annullamento, non potendo incidere nella fase successiva (sempre ovviamente eventuale) di nuovo esercizio del potere<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> Così, S. DEL GATTO, *Giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: verifica della pretesa o controllo del calendario?*, in *Giust. civ.*, 2002, fasc. 3, p. 804.

<sup>271</sup> Si v., sul punto, A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, cit., per il quale è difficile ammettere una decisione in forma semplificata a conclusione dell'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale, richiedendo verifiche molto più articolate che devono emergere compiutamente nella motivazione della sentenza. Peraltro, lo stesso discorso vale con riferimento all'attività amministrativa vincolata, essendo necessario anche in questo caso un accertamento puntuale della situazione di fatto, che risulti sempre dalla motivazione della sentenza. La tesi è, però, confutata dalla previsione anche nel giudizio ordinario di casi in cui il processo può concludersi con una sentenza succintamente motivata senza che ciò vada a intaccare i poteri cognitori del giudice. L'art. 9 della l. 205 del 2000 ha, infatti, introdotto la possibilità che, nei casi di manifesta fondatezza oppure di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice amministrativo si pronunci con una decisione in forma semplificata, indicando il punto di fatto o di diritto risolutivo. Sui riti abbreviati si v. A. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, fasc. 4, 1288. Peraltro, secondo F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e soggettiva*, cit., la disposizione appena richiamata troverebbe applicazione anche nei giudizi avverso il silenzio, non sussistendo alcuna ragione impeditiva. Ciò, però, confermerebbe la necessità di estendere i poteri del giudice anche alla conoscenza della fondatezza della pretesa, altrimenti la previsione di cui al citato art. 9 troverebbe un'applicazione soltanto parziale, posto che sarebbe ammessa "solo nei casi in cui il ricorso si riveli manifestamente irricevibile, inammissibile o improcedibile, attenendo l'accertamento della fondatezza al sindacato sostanziale della pretesa della domanda" (p. 948).

<sup>272</sup> In senso opposto, G. GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 1, 1, che, anzi, già prima della sua introduzione espressa con la riforma del 2005, ammetteva il potere del giudice di conoscere della fondatezza della pretesa sul presupposto che detto accertamento, a seguito del riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi anche in forma specifica, doveva sempre essere assicurato in presenza di interessi pretensivi, per cui tanto più una simile tutela andava garantita nel caso del silenzio. Secondo l'A., infatti, la tutela degli interessi legittimi pretensivi passa necessariamente attraverso un giudizio di accertamento della fondatezza, con conseguente condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto. Pertanto, "se ciò è vero in linea generale per qualunque interesse legittimo pretensivo, non si può poi pensare di restringere la tutela del medesimo, allorché la lesione è operata non già da un provvedimento negativo, sibbene dal silenzio. Perché sarebbe illogico, discriminatorio e contrastante con i più elementari principi, anche di parità di tutela processuale delle medesime posizioni giuridiche

Ancora, secondo il Consiglio di Stato la cognizione del giudice avrebbe dovuto essere limitata all'accertamento dell'illegittimità del silenzio perché, altrimenti, vi sarebbe stata una disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui il privato fosse stato pregiudicato dalla mancata adozione del provvedimento e quella in cui, invece, la lesione fosse derivata da un provvedimento illegittimo<sup>273</sup>. Ammettendo, infatti, un'estensione dei poteri del giudice, il privato avrebbe potuto ottenere una decisione sulla pretesa sostanziale molto più facilmente rispetto al caso di un provvedimento illegittimo, soggetto ai tempi e ai limiti del giudizio ordinario<sup>274</sup>.

Sulla scia della decisione dell'Adunanza plenaria, diversi giudici hanno, dunque, confermato l'orientamento restrittivo, avallato in parte anche dalla dottrina, intenta soprattutto a evitare che il riconoscimento di maggiori poteri al giudice potesse ridurre le facoltà di cui, invece, godono i privati nel corso del procedimento amministrativo. In particolare, infatti, l'opportunità di rinviare all'amministrazione la decisione circa il

---

sostanziali, ritenere che la tutela risulti affievolita, fino a rasentare il carattere dell'effimero, proprio nel caso in cui più grave è l'inadempimento dell'Amministrazione, perché non solo ha omesso di adottare il provvedimento richiesto (in ipotesi, fondamentale), ma ha omesso anche di pronunciarsi, così rendendo la tutela del cittadino non solo ritardata (per il più lungo procedimento per la formazione del silenzio impugnabile), ma anche più difficoltosa (per la necessità di fornire al giudice tutti gli elementi della fattispecie, senza alcuna collaborazione, sia pure dialettica, da parte dell'Amministrazione)" (p. 7).

<sup>273</sup> Sul punto, si v. M. VERONELLI, *L'inerzia della pubblica amministrazione davanti all'Adunanza plenaria*, cit., per la quale se da una parte è vero che la previsione di un rito speciale non può comportare una disparità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive in virtù delle peculiarità del potere amministrativo, dall'altra il processo amministrativo deve assicurare una tutela differenziata che sia adeguata alla consistenza delle pretese di volta in volta fatte valere in giudizio.

<sup>274</sup> A tal proposito, sembra opportuno ricordare che, seppure non fosse stata poi prevista espressamente la possibilità del giudice del silenzio di scendere all'esame della fondatezza della domanda, l'ultima obiezione riportata sarebbe in ogni caso stata superata con la recente introduzione, per opera del secondo correttivo al codice del processo amministrativo, d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160, che ha inserito nel nostro ordinamento l'azione di adempimento atipica, per cui anche nel giudizio di annullamento il giudice può esaminare la fondatezza della pretesa, condannando l'amministrazione all'emanazione di uno specifico atto, seppure entro gli stessi limiti previsti nel giudizio avverso il silenzio. Sul regime differenziato tra inerzia e diniego, si v. D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 9, per la quale le differenze riguardano tanto la fase di cognizione, semplificata e sommaria per il rito avverso il silenzio, tanto quella di esecuzione, posto che nel caso di diniego espresso, a seguito dell'annullamento e in caso di perdurante inerzia, sarebbe necessario esperire il normale ricorso per ottemperanza. Nel caso del silenzio, invece, vi sarebbe nel medesimo giudizio la nomina di un commissario *ad acta*. alcuna differenza vi sarebbe, però, con riferimento alla tutela effettiva della pretesa sostanziale del privato, dal momento che non sembra si possa riconoscere al giudice del silenzio il potere di conoscere anche della fondatezza della domanda, tanto più che non vi è alcuna indicazione in questo senso nel testo normativo e che il richiamo al semplice ordine di provvedere e la sommarietà del rito non sembrano permettere al giudice di ricostruire i presupposti di diritto e di fatto della questione. Tuttavia, l'A. auspica un'evoluzione normativa nel senso di assicurare maggiormente l'effettività della tutela sia nell'ordinario giudizio di legittimità che nel rito avverso il silenzio. In particolare, in relazione al primo, "le aspettative riguardano la capacità dei giudici di misurarsi, anche sul piano del giudizio di legittimità, con le prospettive aperte dalla nuova tutela risarcitoria, e più precisamente di cimentarsi in quella sede in un giudizio di accertamento del rapporto sostanziale implicato dalla vicenda sulla quale verte il ricorso, che vada al di là del mero controllo di legittimità del diniego e delle sue ragioni. Per quanto riguarda l'intervento dei giudici in caso di silenzio ci si può aspettare che, ripercorrendo la strada già compiuta in precedenza, quando il silenzio non aveva una sua disciplina, il giudice pervenga a risultati non diversi, e che dunque, chiamato ad accertare l'esistenza, in concreto, dell'obbligo di provvedere – come presupposto dell'inadempimento dell'obbligo stesso – si avventuri di nuovo sul terreno sostanziale dell'accertamento della pretesa del ricorrente" (p. 40).

contenuto dell'atto da adottare era sostenuta al fine di assicurare la più ampia partecipazione di tutti i soggetti interessati alla formazione del provvedimento<sup>275</sup>. In caso contrario, sarebbe stato difficilmente immaginabile che, anche in virtù dei tempi brevi del rito, le amministrazioni portatrici di interessi secondari, nonché gli eventuali controinteressati sostanziali, avessero voluto prendere parte al giudizio, così da rendere l'istruttoria processuale più completa e simile a quella che avrebbe potuto, invece, svolgersi in sede procedimentale<sup>276</sup>.

Inoltre, secondo questo orientamento nemmeno l'attribuzione di significativi poteri istruttori al giudice del silenzio sarebbe stata idonea ad ampliare l'ambito cognitorio, dovendosi piuttosto ricondurre detta possibilità a una automatica (e involontaria) trasposizione da parte del legislatore di quanto previsto per il rito in materia di accesso ai documenti<sup>277</sup>.

Nonostante l'arresto del Supremo Consesso e il conseguente filone giurisprudenziale derivatone, non sono mai mancate pronunce di senso opposto. All'orientamento dominante si è contrapposta una corrente minoritaria che riconosceva al giudice la possibilità di

---

<sup>275</sup> La questione è affrontata da S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, fasc. 2, 423, per il quale uno dei principali problemi del rito speciale è rappresentato proprio dalla necessità di recuperare in sede processuale la partecipazione che è mancata nel corso del procedimento. Secondo l'A., infatti, "la richiesta del ricorrente al giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza, con la relativa produzione documentale, è un mero surrogato dell'apporto partecipativo che avrebbe dovuto essere fornito nel corso del procedimento. Non solo perché in sede procedimentale si possono prospettare questioni di merito di cui il giudice amministrativo non avrà mai contezza; ma perché nel procedimento la qualificazione di un interesse, come interesse giuridicamente rilevante di natura pubblica, avviene a seguito di valutazione comparativa che manca nel processo; nel processo il giudice interviene quando l'interesse è stato già qualificato come pubblico. Il ricorrente, nel chiedere al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, prospetta la situazione esistente *ex ante*, vale a dire al momento dell'avvio del procedimento, e non quella *ex post*". Tuttavia, ciò non può portare a ritenere che il giudice del silenzio debba arrestarsi alla cognizione della legittimità del silenzio, che non avrebbe alcuna utilità una volta che l'art. 2 della l. n. 241/1990 ha imposto la conclusione del procedimento entro un termine determinato. Pertanto, si deve, da un lato, consentire al giudice di conoscere della fondatezza della pretesa, dall'altro, assicurare anche in fase processuale una partecipazione analoga a quella propria del procedimento. Secondo l'A., infatti, "occorrerebbe trasformare l'istruttoria processuale, tradizionalmente preposta all'accertamento dei fatti, in una sede idonea anche all'acquisizione degli interessi".

<sup>276</sup> Sul punto, si v. D. MARRAMA, *Nuovo rito e oggetto antico nel giudizio sul silenzio non significativo della pubblica amministrazione*, in *Il Consiglio di Stato*, 2001 fasc. 11, pt. 2, pp. 1987, per il quale l'interpretazione restrittiva è l'unica compatibile con le disposizioni in materia di partecipazione procedimentale. Infatti, "accettare l'impostazione estensiva equivarrebbe a sradicare la partecipazione dei terzi dalla sede naturale (il procedimento) per innestarla (nella più ottimistica delle ipotesi) nella fase processuale". Tra l'altro, non varrebbe alcuna distinzione tra attività discrezionale e vincolata, posto che anche con riferimento a quest'ultima deve essere assicurata la partecipazione. Pertanto, risulta compatibile con le regole a presidio della partecipazione procedimentale una pronuncia giudiziale limitata ad accertare l'esistenza del dovere di provvedere in capo all'Amministrazione, consentendo a quest'ultima di predisporre la necessaria attività istruttoria (p. 1996).

<sup>277</sup> In questo senso, si v. ancora D. MARRAMA, *Nuovo rito e oggetto antico nel giudizio sul silenzio non significativo della pubblica amministrazione*, cit. In generale, sul fatto che il legislatore abbia modellato il rito sul silenzio su quello in materia di accesso, senza preoccuparsi in maniera attenta delle importanti differenze tra i due giudizi, si v. N. SAIITA, *Ricorsi contro il silenzio della p.a.: quale silenzio*, cit.; ID., *I provvedimenti monocratici nel processo amministrativo*, Milano, 2002.

scendere all'esame della fondatezza della domanda<sup>278</sup>. In particolare, essa evidenziava l'inopportunità di limitare i poteri del giudice quantomeno nelle ipotesi di manifesta fondatezza o infondatezza della domanda, soprattutto per ragioni di economia processuale e di effettività della tutela<sup>279</sup>.

Peraltro, non sarebbe stata in discussione la compatibilità del giudizio abbreviato con un esame più approfondito, dato che la decisione in camera di consiglio e con sentenza succintamente motivata era prevista anche in altri casi in cui il giudice disponeva di poteri cognitori più ampi<sup>280</sup>.

Per risolvere il contrasto è stato, dunque, necessario attendere il dato positivo. Con la l. 14 maggio 2005, n. 80, (legge di conversione del d.l. n. 35/2005), il legislatore ha, infatti, introdotto in maniera esplicita il potere del giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza, intervenendo sull'art. 2 della l. n. 241/1990.

Prima di procedere con l'esame dei limiti cui è stato sottoposto in via pretoria, pare opportuno sottolineare come la scelta linguistica del legislatore (la norma recitava "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza") abbia, invero, dato origine ad alcune perplessità già in relazione alla possibilità di esaminare la fondatezza della pretesa nei procedimenti a iniziativa d'ufficio. Nonostante, infatti, il rito speciale fosse esperibile tanto con riferimento ai procedimenti avviati su domanda di parte che a quelli iniziati d'ufficio, la seconda fase del giudizio, volta a individuare il contenuto del provvedimento da adottare, veniva da alcuni ammessa esclusivamente per i procedimenti

---

<sup>278</sup> In particolare, secondo F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 2, 239, la tesi del riconoscimento del potere di scendere all'esame della fondatezza della pretesa sarebbe più compatibile con i principi di efficienza della giustizia ed effettività della tutela. Anche perché, per l'A., non vi sarebbe molta distanza tra questa interpretazione della norma e quella che, invece, limita l'oggetto del giudizio all'accertamento della legittimità del silenzio, posto che anche per dichiarare il mero dovere di provvedere il giudice dovrebbe comunque conoscere la domanda presentata dal privato e i suoi profili formali e sostanziali. Pertanto, al fine di garantire al privato una tutela effettiva e "nei limiti in cui può individuare le disposizioni applicabili e ricostruire autonomamente il fatto, con salvezza delle sole valutazioni (quali che esse siano) riservate all'amministrazione", bisognerebbe consentire al giudice di "arricchire il contenuto della sentenza (breve) resa nel giudizio avverso il silenzio rendendo intangibili, nella successiva attività amministrativa, le conclusioni ivi raggiunte, e in tal modo indirizzando (e restringendo anche i margini del) l'azione del commissario eventualmente nominato a seguito della constatazione dell'(ulteriore) inadempimento dell'amministrazione" (p. 266). Restano, invece, salvi i profili discrezionali, che devono essere valutati dall'amministrazione nel rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

<sup>279</sup> Sul punto, M CIAMMOLA, *L'oggetto del giudizio amministrativo nel silenzio-inadempimento: l'Adunanza plenaria fa un passo indietro*, cit., per il quale restringere i poteri cognitori del giudice significherebbe ridurre le difese del cittadino, con conseguente "sostanziale mancanza di giustizia". Secondo l'A., infatti, "sarebbe irrazionale e contraddittorio ritenere che, in un contesto generale teso a rafforzare e ampliare gli spazi di tutela del cittadino, il Legislatore avesse poi stabilito, in una isolata e singola disposizione, di seguire tutt'altro criterio, sottraendo garanzie a quello stesso soggetto, parte debole del rapporto in contestazione" (p. 633).

<sup>280</sup> Sul punto si v. quanto detto in precedenza.

di parte<sup>281</sup>, proprio in virtù del riferimento testuale all'istanza. Diversamente, una seconda interpretazione, pure confermando l'equivocità del termine utilizzato dal legislatore, sosteneva che la locuzione fosse riferibile alla domanda fatta valere in giudizio e non a quella presentata in origine all'amministrazione<sup>282</sup>, perdendo, così, significato la distinzione tra procedimenti di parte e d'ufficio.

In ogni caso, in occasione della generale riforma del processo amministrativo, realizzata con l'introduzione del codice, questa disposizione è stata modificata. L'art. 31 del c.p.a. prevede, infatti, che il giudice possa conoscere della fondatezza della pretesa, così eliminando qualsiasi dubbio circa l'ambito di operatività della disposizione. Peraltro, la fondatezza, che può essere accertata soltanto in caso di attività vincolata, sembra senz'altro quella di natura sostanziale<sup>283</sup>.

Altri problemi si ponevano, però, all'attenzione degli interpreti in relazione ai poteri del giudice del silenzio. Nessun chiarimento, infatti, era contenuto nella legge del 2005 con riguardo al tipo di attività che avrebbe dovuto essere esercitata dall'amministrazione.

In assenza, dunque, di una puntuale indicazione normativa, si erano diffusi due orientamenti contrastanti. Il primo limitava la conoscenza della fondatezza della pretesa ai provvedimenti di natura vincolata, per i quali soltanto il giudice del silenzio avrebbe potuto determinare anche il contenuto concreto<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> In questo senso, E. STICCHI DAMIANI, *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 10, 3365, per il quale la fase che ha per oggetto il contenuto della condanna "è soltanto eventuale o, più esattamente, settoriale, atteso che non riguarda tutti i procedimenti, bensì solo quelli a istanza di parte". È, infatti, proprio l'istanza, cui riferisce espressamente l'art. 2, c. 5, della l. n. 241/1990, così come modificato nel 2005, a distinguere i procedimenti a iniziativa di parte da quelli d'ufficio.

<sup>282</sup> Così, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, per il quale "il giudice, una volta che la legge gli abbia assegnato il potere di accertare la spettanza al cittadino di un certo esito del procedimento, deve poterla accertare, su domanda di parte, anche se il silenzio si sia formato in un procedimento a iniziativa d'ufficio" (p. 223).

<sup>283</sup> Peraltro, la nuova formulazione del ricorso avverso il silenzio non avrebbe solo eliminato il dubbio circa l'ammissibilità del potere di conoscere la fondatezza della pretesa nei procedimenti d'ufficio, ma avrebbe, altresì, chiarito che l'apprezzamento del giudice non è più limitato al contenuto dell'istanza presentata dal privato all'ente competente, estendendosi alla cognizione dell'effettiva situazione giuridica del privato. Sul punto si v. M. OCCHIENA – F. SAIITA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, fasc. 5, 399, per i quali "non sembra allora più trovare spazio quella giurisprudenza che respingeva la domanda di accertamento della fondatezza dell'istanza quando il ricorrente non forniva alcun elemento utile dal quale desumere la sussistenza di tutte le condizioni occorrenti per il rilascio del titolo edilizio. Ciò in quanto, come accennato, il codice affida al giudice il potere/dovere di accertare la spettanza al cittadino dell'esito del procedimento avviato e mai concluso non alla luce della domanda presentata all'amministrazione rimasta inerte, bensì della situazione giuridico-soggettiva vantata dallo stesso istante" (p. 405).

<sup>284</sup> In termini, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 17 marzo 2006, n. 3099, in *www.giustamm.it*, per cui si deve escludere che il potere di conoscere della fondatezza della pretesa possa essere esteso anche all'attività discrezionale, poiché altrimenti si creerebbe una nuova ipotesi di giurisdizione di merito non prevista dalla legge (v. anche, *infra*, nel testo); Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 7 febbraio 2006, n. 332, *ivi*; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1723, in *Foro amm. Tar*, 2005, 10, 3315; Tar Lombardia, Milano,

Diversamente, nell'ipotesi in cui il procedimento fosse stato caratterizzato da discrezionalità, sia pura che tecnica, il giudice avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l'illegittimità del silenzio e a condannare l'amministrazione all'adozione di un provvedimento qualsiasi<sup>285</sup>.

Quanto al secondo orientamento, esso estendeva, invece, la possibilità di conoscere la fondatezza della pretesa all'attività discrezionale, proprio in virtù dell'assenza di limiti normativi<sup>286</sup>.

Sulla scia di questo secondo filone interpretativo, peraltro, alcuni giudici amministrativi avevano avanzato l'idea che la riforma avesse inciso anche sui confini esterni della giurisdizione, introducendo una nuova ipotesi di giurisdizione di merito<sup>287</sup>. Tesi, tuttavia, non condivisibile stante la natura eccezionale della giurisdizione di merito e la conseguente necessità di una previsione espressa da parte del legislatore<sup>288</sup>.

L'attribuzione al giudice del potere di conoscere della fondatezza della domanda deve essere interpretata, infatti, alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, di quello della separazione dei poteri<sup>289</sup>, di talché la ponderazione degli interessi pubblici, che

---

sez. II, 28 luglio 2005, n. 3479, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 20 giugno 2005, n. 3044, in *www.giustamm.it*.

<sup>285</sup> Così, Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, n. 5586/2005, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 7/8, 2423, in cui si legge che la possibilità di conoscere anche della fondatezza della pretesa "può essere intesa solo entro i limiti, che il principio della separazione dei Poteri consente, ovvero - ad avviso del Collegio - limitatamente ad atti vincolati, cui non sia riconducibile alcun margine di discrezionalità sia amministrativa che tecnica, con conseguente preclusione, nel caso di specie, per una pronuncia del Giudice Amministrativo che affronti il merito dell'istanza proposta dall'attuale ricorrente: una istanza, di cui non è valutabile da parte del Giudice stesso la "fondatezza", dipendendo il relativo accoglimento da valutazioni non di legittimità, ma di opportunità, queste ultime rimesse in via esclusiva all'Amministrazione, secondo parametri direttamente riconducibili all'art. 97 della Costituzione".

<sup>286</sup> In questo senso, Tar Veneto, sez. III, 19 dicembre 2005, n. 4304, in *www.giustamm.it*, in cui si legge che la possibilità per il giudice di pronunciarsi sul contenuto dell'atto da adottare vale anche con riferimento agli ambiti di attività caratterizzati da discrezionalità, non essendo previsto alcun limite nella legge, volta a semplificare e snellire l'azione amministrativa e a garantire tutela effettiva al privato.

<sup>287</sup> Così, CGA Regione Sicilia, sez. giur., 4 novembre 2005, n. 726, in *www.giustamm.it*.

<sup>288</sup> Peraltro, a questo proposito il Supremo Consesso (sez. VI, 10 ottobre 2007, n. 5310, in *www.giustizia-amministrativa.it*), aveva avuto modo di ribadire che, qualora l'art. 2 della l. n. 241/1990 fosse stato interpretato nel senso di introdurre un'ipotesi di giurisdizione di merito, non avrebbe superato il giudizio di legittimità costituzionale, in quanto avrebbe previsto una giurisdizione di merito potenzialmente senza confini, non limitata a specifiche materie ma ammessa in tutte le ipotesi in cui operasse il silenzio-rifiuto. Sul punto, si v. anche V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 7-8, 2798, per cui sicuramente deve escludersi che il legislatore abbia voluto disciplinare una nuova ipotesi di giurisdizione di merito. Secondo l'A., infatti, "il g.a. nel giudizio sul silenzio non solo non può sostituire la sua valutazione a quella effettuata dall'amministrazione, ma neppure utilizzare quegli strumenti probatori non ammessi nella giurisdizione di legittimità, visto che se l'istruttoria dovesse essere completata in misura sostanziale, mancherebbero i presupposti per addivenire all'esame della fondatezza della pretesa" (p. 2801).

<sup>289</sup> Critico nei confronti del richiamo al principio della separazione dei poteri per limitare il potere cognitorio del giudice è, però, A.D. CORTESI, *Il potere del g.a. di conoscere la fondatezza dell'istanza del cittadino*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 4, 477, per il quale "il principio di separazione non è fine a se stesso, bensì all'esigenza di realizzare un sistema equilibrato dei Poteri in cui ognuno controlli l'altro. Se si accoglie

costituisce l'essenza della discrezionalità, deve essere riservata all'amministrazione, senza che il giudice possa sostituirsi in detta scelta.

Un chiarimento in tal senso si è avuto con l'adozione del codice del processo amministrativo. L'art. 31 del d.lgs. n. 104/2010, infatti, ha specificato che "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".

### **6.3. Segue. Atti discrezionali e atti vincolati: una distinzione ancora attuale?**

L'odierna disciplina del ricorso avverso il silenzio, pure confermando il potere del giudice di conoscere la fondatezza della pretesa, specifica, a differenza della legge del 2005, quali sono i limiti cui detto potere deve sottostare. Mentre, infatti, vigente la l. n. 80/2005, l'esclusione dei casi di attività discrezionale era frutto di elaborazione giurisprudenziale, con la conseguenza che si ravvisavano, come si è avuto modo di vedere, anche pronunce in senso opposto, il codice del processo amministrativo ha chiaramente limitato il potere del giudice alle ipotesi di attività vincolata o quando risulta che non residuino ulteriori margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori a carico dell'amministrazione.

La scelta del legislatore (come anticipato, estesa al momento di definire i confini della c.d. azione di adempimento) è stata, dunque, nel senso di assicurare il rispetto del principio di separazione dei poteri, consentendo al giudice di ingerirsi (mediante una condanna che presupponga l'accertamento della fondatezza della pretesa) nell'azione amministrativa solo laddove vincolata, sottraendogli, invece, la possibilità di svolgere quella funzione tipicamente amministrativa, consistente nella ponderazione dei diversi interessi in gioco che è l'essenza della discrezionalità.

Le ragioni di effettività della tutela giustificano, infatti, un'estensione dell'ambito cognitorio del giudice limitato, però, ai casi in cui non sussista una riserva di amministrazione, diversamente configurandosi un caso di giurisdizione di merito non ammissibile in assenza di una specifica disposizione normativa.

In linea con la trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, il codice ha confermato la possibilità per il giudice di non limitarsi alla

---

questa premessa, si manifesta in pieno l'esigenza che il giudice approfondisca il sindacato proprio sull'esercizio dell'attività amministrativa maggiormente suscettibile di convertirsi in arbitrio, in quanto più libera, e cioè appunto quella che è esercizio del potere discrezionale" (p. 484).

declaratoria sulla legittimità del silenzio, ma di andare oltre, fino a esaminare la fondatezza della pretesa sostanziale<sup>290</sup>, sul presupposto che l'interesse formale a ottenere un provvedimento espresso da parte dell'amministrazione non possa essere scisso dall'interesse sostanziale sotteso alla domanda del privato. Tuttavia, deve restare fermo il limite della natura dell'attività discrezionale, per cui qualora residuino margini di discrezionalità il giudice del silenzio deve arrestarsi e rinviare la questione all'amministrazione.

Le ragioni di economia processuale, ma, soprattutto, di effettività della tutela, non consentono, dunque, di superare la tradizionale ripartizione dei poteri, per cui in nessun modo, in mancanza di un'attribuzione espressa, il giudice può sostituirsi all'amministrazione.

D'altra parte, è vero che il giudice amministrativo può sindacare anche l'attività discrezionale qualora in contrasto con il principio di logicità-congruità, ma è altrettanto vero che in questi casi il giudice si limita ad annullare una decisione illegittima, non anche a indirizzare direttamente e compiutamente l'amministrazione nell'esercitare nuovamente il potere. Nel caso del silenzio, quindi, non essendosi ancora mai pronunciata l'amministrazione, il giudice non può in alcun modo conoscere dell'azione discrezionale, essendo rimessa all'ente pubblico qualsiasi valutazione circa le modalità che meglio consentano il perseguimento dell'interesse pubblico.

Diversamente si ricadrebbe, infatti, nel merito amministrativo, sottratto al sindacato giurisdizionale con la sola eccezione delle ipotesi espressamente e tassativamente individuate dalla legge.

Il rilievo è di interesse in quanto consente di marcare una netta linea distintiva con il giudizio di ottemperanza, ove la latitudine dei poteri del giudice amministrativo, anche a fronte dell'inerzia relativa al potere discrezionale, è assai più ampia: ciò deriva dal fatto

---

<sup>290</sup> Come si è già avuto modo di anticipare, dunque, il codice del processo amministrativo ha sostituito il termine "istanza" con "pretesa", così estendendo l'ambito di operatività della norma e il più incisivo potere cognitorio del giudice anche ai procedimenti d'ufficio. Sul punto, si v. M. OCCHIENA, *Art. 31, Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, II ed., per il quale, tra l'altro, la nuova formulazione, che consente al giudice del silenzio di conoscere della fondatezza della pretesa anche quando il silenzio si sia formato in un procedimento d'ufficio, collima con il fatto che l'azione in esame è esercitabile nei casi in cui non si forma il silenzio-assenso, tra i quali rientrano, appunto, oltre ai procedimenti relativi a interessi sensibili, quelli che iniziano d'ufficio. Per una diversa ricostruzione, si v., invece, C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, per la quale l'uso del termine pretesa in luogo di istanza, in realtà, riduce l'ambito di cognizione del giudice del silenzio, o meglio lo limita a quanto richiesto in sede processuale. Il ricorrente può, infatti, decidere di ripresentare in sede giurisdizionale la medesima istanza inoltrata all'amministrazione ovvero può limitarsi a riproporre solo alcune delle richieste. "La cognizione del giudice riguarda solo quanto dedotto in giudizio e non si può estendere a quella parte dell'istanza che il ricorrente, vuoi per trascuratezza, vuoi per strategia difensiva, vuoi per altra ragione, ha ritenuto di non coltivare in sede processuale" (p. 156).



che si versa in un caso - appunto - di giurisdizione di merito e , al contempo, dalla circostanza che l'inerzia segue una pronuncia giurisdizionale. Si ricava, dunque, da ciò che l'impossibilità di sostituirsi compiutamente all'amministrazione inerte vale soltanto - per così dire - in "prima battuta", con riferimento, cioè, ai casi in cui l'esercizio del potere discrezionale non si è concluso con l'emanazione di un provvedimento<sup>291</sup>. In altri termini, la necessità di contemperare interesse pubblico ed esigenza di tutela del privato trova un equilibrio caratterizzato dall'impossibilità per il giudice di definire esattamente e direttamente l'assetto di interessi soltanto quando si faccia questione dell'originario esercizio discrezionale del potere; "fallita" questa *chance*, la separazione dei poteri cede e diventa prevalente l'esigenza di tutela anche a fronte di un potere discrezionale. Il limite non esiste, invece, a fronte di meccanismi "interni" che, per definizione, non intaccano la separazione dei poteri (vedi sez. II).

Tornando, invece, ai poteri del giudice del silenzio in presenza di attività discrezionale, non si può tacere, nonostante la tesi restrittiva, che limita la conoscenza della pretesa all'attività vincolata, sia quella maggiormente diffusa, tanto a livello dottrinale che giurisprudenziale, l'esistenza di orientamenti diversi che, invece, proprio in virtù della necessità di assicurare una tutela piena ed effettiva per gli interessi del privato, permettono al giudice di interferire nell'esercizio dell'attività discrezionale<sup>292</sup>. A sostegno di queste opinioni (che però non si confrontano con la nuova disciplina del silenzio, introdotta con il codice del processo amministrativo), vi sarebbe il fatto che, diversamente opinando, l'ambito di applicazione del rito speciale sarebbe troppo ristretto, posto che le materie in cui non si forma il silenzio-assenso sono per la maggior parte caratterizzate da ampia discrezionalità<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> In generale rimane poi il divieto per il giudice di pronunciarsi prima che il circuito della dinamica giuridica che segna l'esercizio del potere sia stato attivato. Grande valore sistematico, al riguardo, ha l'art. 34, c. 2, c.p.a., ai sensi del quale in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

<sup>292</sup> Per una maggiore estensione dei poteri del giudice del silenzio, si v. G. ABBAMONTE, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 23, e E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, 305. Secondo M. MASCIA, *Novità nel giudizio contro il silenzio della p.a.: superamento della diffida e giudizio sulla fondatezza della domanda*, in *Giur. Merito*, 2006, fasc. 1, 171, invece, il giudice del silenzio non può spingersi fino alla valutazione dell'opportunità e della convenienza del provvedimento, riservata all'amministrazione, ma una maggiore apertura potrebbe riguardare la discrezionalità tecnica, "che, nonostante sia tradizionalmente inquadrata nell'ambito del merito amministrativo, non implica ponderazione di interessi ma una valutazione di tipo tecnico, che potrebbe ritenersi sindacabile dal giudice quando, a seconda delle regole scientifiche usate, sia in grado di condurre a risultati certi, o quantomeno, che non ammettono la formulazione di più giudizi" (p. 176).

<sup>293</sup> In questo senso, E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, fasc. 1, 1, per il quale dall'esame delle tipologie di provvedimenti per cui si forma il silenzio-inadempimento emerge la natura discrezionale del potere, di talché, seguendo l'orientamento tradizionale, il giudice non potrebbe conoscere anche della fondatezza della domanda, "con conseguente

Un altro argomento addotto dai fautori dell'orientamento più estensivo richiama, invece, le recenti riforme normative indirizzate a contrastare l'inerzia amministrativa. In particolare, propenderebbero in favore dell'ampliamento dei poteri cognitori le disposizioni introdotte con la l. n. 69 del 2009, che ha ridotto il termine di conclusione del procedimento, così evidenziando la necessità di garantire al privato una decisione amministrativa rapida sulla pretesa avanzata. Non ammettere, dunque, la cognizione della fondatezza della pretesa in caso di attività discrezionale significherebbe procrastinare in misura rilevante il momento dell'adozione del provvedimento in un numero elevato di fattispecie<sup>294</sup>.

La soluzione offerta, quindi, sarebbe di consentire, anche con riferimento all'attività discrezionale, una valutazione *ex ante* della legittimità di un eventuale provvedimento di accoglimento, che si tradurrebbe nel contenuto specifico del provvedimento da adottare. Il giudice, che in un ordinario giudizio di legittimità sarebbe chiamato a sindacare un provvedimento "reale", nel caso del silenzio dovrebbe, invece, valutare la legittimità di un provvedimento "virtuale", corrispondente all'istanza presentata dal privato<sup>295</sup>.

La tesi non sembra, però, meritevole di accoglimento. Invero, nel caso in cui il provvedimento sia vincolato nell'*an* e discrezionale nel *quomodo*, il giudice potrebbe sì condannare all'adozione di un provvedimento positivo, ma non intervenire sulle modalità

---

evidente pregiudizio per gli interessi pubblici e privati connessi alla sollecita conclusione di siffatti procedimenti" (p. 6).

<sup>294</sup> Sul punto, si v. ancora E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit., che richiama anche un ulteriore profilo sistematico, oltre la linearità con le riforme intervenute. In particolare, secondo l'A., posto che comunque al commissario va riconosciuto l'esercizio dei poteri discrezionali, sarebbe contrario alle logiche dello schema generale del processo amministrativo prevedere una marcata differenza tra i poteri del giudice e quelli del commissario. Dato, infatti, che la figura del commissario, che anteriormente alla prima codificazione, avvenuta proprio con la disciplina del giudizio sul silenzio, era di matrice giurisprudenziale, "è stata stabilmente caratterizzata nelle sue varie esplicazioni (giudizio di ottemperanza, di esecuzione della sentenza di primo grado e di ordinanza cautelare) dall'attribuzione allo stesso di un potere discrezionale, quale quello di merito, di contenuto analogo a quello del giudice che lo ha nominato", sarebbe contraria allo schema generale del processo amministrativo la divaricazione dei poteri del giudice e del commissario che si avrebbe impedendo al giudice "di poter esaminare, anche solo per quanto attiene alla legittimità del provvedimento richiesto, la fondatezza di pretese riferite a provvedimenti discrezionali" (pp. 13-14).

<sup>295</sup> La tesi è sostenuta da E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit., per cui non vi sarebbe differenza tra l'esame di un provvedimento discrezionale reale e uno virtuale, anche perché quest'ultimo andrebbe a coincidere con la proposta di decisione contenuta nell'istanza del privato. Secondo l'A., dunque, l'unica differenza starebbe nel fatto che "nel giudizio di legittimità l'accertamento dell'uso illegittimo del potere discrezionale è finalizzato all'eventuale annullamento del provvedimento impugnato e quindi, trattandosi di interessi pretensivi, alla conformazione dei provvedimenti esecutivi della sentenza, mentre nel giudizio sul silenzio, esso avrebbe solo un effetto direttamente conformativo rispetto a un'amministrazione fino a quel momento silente" (p. 16). La tesi è accolta anche da V. SPAGNA, *Giudizio avverso il silenzio-rifiuto ed esigenze di effettività di tutela: aspettative deluse dal nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, fasc. 4, 985, per la quale consentire al giudice di pronunciarsi in ordine alla fondatezza della pretesa anche in caso di attività discrezionale non significherebbe estendere le ipotesi di giurisdizione di merito, bensì permettere al giudice di effettuare una valutazione preventiva della legittimità del provvedimento. Secondo l'A., infatti, il giudice si limiterebbe "ad impartire indicazioni conformative sotto il profilo della legittimità, lasciando, poi, al commissario *ad acta* l'esercizio del vero e proprio merito amministrativo" (p. 491).

di esercizio del potere. L'amministrazione, infatti, potrebbe agire in maniera legittima, ma, allo stesso tempo, non pienamente satisfattiva dell'interesse del privato, senza che questi possa in alcun modo lamentare una lesione.

E ancora, la discrezionalità potrebbe riguardare anche l'*an* del provvedimento, ossia la stessa opportunità di adottare un atto di assenso ovvero di diniego, con la conseguenza che un'eventuale pronuncia del giudice in un senso piuttosto che in un altro travalicherebbe certamente i confini della giurisdizione di legittimità.

#### **6.4. Segue. L'esame della fondatezza della pretesa: potere o dovere del giudice?**

L'ultimo profilo problematico, relativo all'esame della fondatezza della pretesa del privato, riguarda la qualificazione in termini di facoltà ovvero dovere del potere del giudice di indicare all'amministrazione inadempiente il contenuto del provvedimento da adottare.

E' necessario, dunque, domandarsi se, nelle ipotesi di attività vincolata o qualora non residuino margini di discrezionalità e non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori, il giudice del silenzio sia tenuto a esaminare anche la fondatezza della pretesa ovvero possa scegliere tra limitarsi a condannare genericamente l'amministrazione a emanare l'atto ovvero determinarne anche il contenuto.

E invero, la legge nulla dice circa la natura di dovere o facoltà della pronuncia sostanziale del giudice, cosicché sembra necessario richiamare i principi regolatori del processo per interpretare la disposizione nell'uno o nell'altro senso.

Nessun dubbio, infatti, sussiste nel caso in cui vi sia una specifica richiesta da parte del privato, configurandosi diversamente un vizio di omessa pronuncia<sup>296</sup>.

In presenza, dunque, di apposita domanda da parte del privato, il giudice non può esimersi dal valutarne anche la fondatezza<sup>297</sup>, sempre ovviamente nei limiti in cui l'attività sia vincolata ovvero non residuino ulteriori margini di discrezionalità o non siano necessari adempimenti istruttori, in conformità a quanto previsto dal codice del processo amministrativo<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Così, M. MASCIA, *Novità nel giudizio contro il silenzio della p.a.: superamento della diffida e giudizio sulla fondatezza della domanda*, cit., per la quale il vizio di omessa pronuncia può configurarsi solo nel caso in cui vi sia stata un'esplicita richiesta da parte del privato. Diversamente, infatti, il testo normativo non impone alcun obbligo di decidere anche sulla fondatezza della pretesa, trattandosi, pertanto, di una mera facoltà.

<sup>297</sup> In questo senso, C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui la cognizione della fondatezza della pretesa non è una facoltà, ma un vero e proprio dovere ogniqualvolta sia espressamente richiesta dal ricorrente.

<sup>298</sup> A proposito della possibilità per l'istante di chiedere al giudice di scendere anche all'esame della pretesa, non si può trascurare che le parti processuali sono almeno due, per cui è necessario chiedersi se anche l'amministrazione possa proporre un'estensione dell'ambito cognitorio, fermi sempre restando ovviamente i limiti previsti dalla disciplina positiva. In senso favorevole, si è, infatti, espresso G. D'ANGELO, *Il giudizio*

La questione, allora, riguarda le ipotesi in cui, invece, il privato non abbia domandato espressamente di determinare il contenuto del provvedimento alla cui emanazione si chiede che venga condannata l'amministrazione inadempiente.

Da una parte, allora, si potrebbe sostenere che le ragioni di economia processuale giustificano la sussistenza di un vero e proprio dovere del giudice, indipendentemente da un'istanza in questo senso<sup>299</sup>. Dall'altra, però, vi è la necessità di conciliare i poteri del giudice con il principio del chiesto e pronunciato, per cui questi non potrebbe decidere oltre i limiti della domanda presentata, dovendosi limitare ad accertare l'illegittimità del silenzio in assenza di una specifica richiesta<sup>300</sup>.

Tuttavia, quest'ultimo ostacolo potrebbe essere superato, ritenendo che sia sufficiente la presentazione del ricorso perché il giudice eserciti tutti i poteri che gli sono attribuiti espressamente dalla legge, comprensivi, a seguito della riforma del 2005, confermata

---

*sul silenzio fra novità giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 4, 989, per il quale anche l'amministrazione potrebbe avere interesse ad ampliare la cognizione del giudice del silenzio, sussistendo qualche perplessità solo in ordine alle modalità da seguire per proporre tale eccezione, ossia mediante un ricorso incidentale ovvero semplice memoria di costituzione. La tesi appena sostenuta non sembra, però, poter essere accolta, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre adottare il provvedimento nelle more del giudizio, per cui non pare si possa riconoscere un interesse qualificato dell'amministrazione a che sia il giudice a determinare il contenuto dell'atto finale.

<sup>299</sup> A favore della configurabilità di un vero e proprio dovere per il giudice di procedere, laddove possibile, all'accertamento non solo del dovere di provvedere, bensì anche della fondatezza della pretesa, si v. A. GIUFFRIDA, *Rito speciale avverso il silenzio-rifiuto della p.a. e ragioni di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. Tar*, 2009, fasc. 1, 214; R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005. In giurisprudenza, si v., invece, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 febbraio 2006, n. 1883, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it).

<sup>300</sup> Secondo C. COSTAGLIOLA, *Il silenzio della p.a. come novellato dalla l. n. 80 del 2005 ed il sindacato del giudice amministrativo: il cammino della giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2006, fasc. 11, 2521, per la quale il "può" contenuto nella norma legittima il giudice a pronunciarsi sulla fondatezza della domanda solo qualora vi sia un'esplicita richiesta in questo senso da parte del privato. Il giudice è, infatti, tenuto a rispettare il principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., che vincola il giudice a statuire nei limiti della domanda e non oltre. Si v. anche L. TARANTINO, *Chiedi al silenzio*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 8, 890, secondo cui la giustizia amministrativa è comunque soggetta al principio della domanda di parte, il cui corollario è la delimitazione del *thema decidendi* per opera delle parti. Ne consegue la necessità di escludere che il giudice del silenzio possa condannare l'amministrazione all'adozione di un determinato provvedimento d'ufficio, potendo il ricorrente limitare la sua richiesta all'accertamento del mero decorso del termine procedimentale, salvo che l'amministrazione non eccepisca in giudizio l'infondatezza della pretesa. "In questo caso dovrebbe valere lo stesso tipo di meccanismo forgiato dal legislatore della L. 15/2005 nel nuovo art. 21-*octies*, L. 241/90, secondo il quale l'amministrazione può dimostrare in giudizio a fronte della contestazione di violazioni formali, quale la mancata comunicazione d'avviso del procedimento che il contenuto del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso. In entrambi i casi la sterile riedizione del potere da parte dell'amministrazione può essere evitata attraverso una contestazione in giudizio da parte del resistente delle ragioni sostanziali del ricorrente" (p. 895). Nel senso di ammettere la cognizione della pretesa sostanziale solo in presenza di un'apposita domanda ovvero di un'eccezione, si v. V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005, n. 80*, cit., per cui, tenendo presente il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, è difficile ammettere che il giudice possa valutare la fondatezza della pretesa anche in assenza di una specifica domanda in tal senso. Per la stessa ragione, invece, il giudice è tenuto a procedere all'esame della pretesa laddove vi sia una richiesta di parte, dovendo, però, comunque prima verificare l'assenza di profili discrezionali che rappresentano un limite all'attività cognitoria del giudice.

anche dal codice del processo amministrativo, della possibilità di scendere a esaminare la fondatezza della pretesa.

Né costituirebbe un impedimento la necessità di tutelare gli eventuali controinteressati. Così come normalmente essi prendono parte al momento della formazione del provvedimento mediante gli istituti della partecipazione procedimentale, anche nell'ipotesi in cui il contenuto dell'atto sia determinato dal giudice è assicurata la valutazione degli interessi di cui sono portatori<sup>301</sup>.

Più nel dettaglio, indipendentemente dal fatto che la cognizione del giudice sia estesa su istanza di parte o su eccezione dell'amministrazione resistente ovvero ancora perché rientrando tra i poteri officiosi del giudice, deve essere garantito il contraddittorio con i controinteressati sostanziali, che potrebbero subire una lesione dall'adozione di quel determinato provvedimento<sup>302</sup>. Per cui, ferma ovviamente l'applicazione del comma 1 dell'art. 117, che impone la notifica del ricorso almeno a un controinteressato, il contraddittorio deve essere esteso a tutti i controinteressati sostanziali, coincidenti con coloro ai quali dovrebbe essere stata inviata la comunicazione di avvio del procedimento poi rimasto inconcluso<sup>303</sup>.

La conclusione in favore della sussistenza di un potere-dovere del giudice, anche in assenza di una specifica domanda, è, però, fortemente messa in discussione dalla nuova formulazione dell'art. 34 c.p.a., nel quale, come anticipato, è stata inserita l'azione di adempimento atipica. Come si avrà modo di vedere anche nel paragrafo successivo, la norma prevede che l'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole debba essere esercitata contestualmente all'impugnazione del provvedimento illegittimo ovvero alla presentazione del ricorso avverso il silenzio.

---

<sup>301</sup> La questione è affrontata da F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, cit., per il quale si confrontano due diversi orientamenti: da un lato, quello per cui l'assenza del provvedimento impedirebbe sempre la tutela dei controinteressati; dall'altro, quello che ritiene che i controinteressati debbano essere tutelati almeno ogniqualvolta emergano con chiarezza interessi contrapposti, riconoscendo, così, la possibilità anche al giudice di integrare il contraddittorio processuale.

<sup>302</sup> Sul punto, si v. G. D'ANGELO, *Il giudizio sul silenzio fra novità giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 4, 989, che paventa il rischio che l'estensione della cognizione del giudice del silenzio possa ledere la posizione di soggetti che siano portatori di un interesse qualificato e contrario rispetto a quello dell'istante. Pertanto, secondo l'A., "se la domanda giudiziale del ricorrente si estende alla fondatezza dell'istanza, il ricorso va notificato anche ai soggetti controinteressati (purché ovviamente individuati o facilmente individuabili) o, comunque, deve essere ammesso nel corso del giudizio l'intervento *iussu iudicis*" (p. 992).

<sup>303</sup> Già D. CORLETTI, *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 106, che ha scritto prima dell'introduzione nel codice del processo amministrativo dell'intervento *iussu iudicis* (art. 51), riteneva che si dovesse ricorrere all'art. 107 c.p.c. per consentire al giudice d'ufficio, ma anche su segnalazione delle parti, di chiamare nel processo i terzi sostanzialmente controinteressati all'accoglimento del ricorso.

È innegabile, dunque, che il dato positivo appaia confermare la necessità di una specifica richiesta affinché il giudice possa condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento favorevole, tanto nel caso di giudizio di annullamento, tanto in quello sul silenzio.

A meno di non volere riconoscere alle esigenze di tutela del privato, nei limiti in cui sia pregiudicato dall'inerzia amministrativa, una forza tale da consentire un parziale superamento del principio della domanda.

Si potrebbe, invero, ipotizzare una rigida interpretazione della disposizione solo con riferimento al rito ordinario<sup>304</sup>, sul presupposto che l'art. 34 c.p.a. presenta portata innovativa (per quanto concerne i poteri del giudice) esclusivamente per il giudizio di annullamento. Come si chiarirà poi, infatti, la norma consente al giudice dell'annullamento di condannare l'amministrazione all'adozione di un atto particolare, superando, così, l'orientamento previgente per cui avrebbe dovuto limitarsi a eliminare il provvedimento illegittimo. Mentre nel caso del silenzio, si è visto, la possibilità di conoscere la fondatezza della pretesa non rappresenta un'acquisizione recente, mancando soltanto il riferimento alla necessità di una specifica domanda del privato.

Al di là, però, delle facili obiezioni che potrebbero essere mosse a una simile interpretazione in virtù del già richiamato principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sembra che né ragioni di economia processuale, né la necessità di tutelare il privato in maniera piena ed effettiva, possano consentire il superamento di quanto oggi prescritto anche dalla legge, per cui "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

### **6.5. La natura dell'azione avverso il silenzio**

Per concludere il discorso circa l'utilità effettivamente assicurata al privato dall'attivazione del rito avverso il silenzio, è utile un approfondimento in ordine alla natura dell'azione, che, invero, appare da subito complessa.

È fuor di dubbio, infatti, che essa presenti almeno due anime: una che ha l'aspetto proprio di un'azione di accertamento (espressamente richiamata dall'art. 31 c.p.a.), mirando *in*

---

<sup>304</sup> Per quanto riguarda la necessità di una specifica domanda nel giudizio di annullamento, si v. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. L'A., già prima dell'introduzione espressa dell'azione di adempimento atipica, per opera del secondo correttivo al codice, sosteneva che la condanna all'adozione del provvedimento favorevole – che avrebbe trovato fondamento nella previsione per cui il giudice poteva comunque condannare all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio – potesse essere disposta solo in presenza di una specifica domanda.

*primis* alla declaratoria della illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione oltre i termini; un'altra che assume, invece, le sembianze di un'azione di condanna, con cui il giudice impone all'amministrazione di adottare il provvedimento finale.

Alla luce di quanto si è detto prima in relazione ai poteri cognitori, è ormai chiaro che il primo onere del giudice è di verificare la sussistenza del dovere di provvedere in capo all'amministrazione e, di conseguenza, l'illegittimità del silenzio serbato oltre i termini del procedimento.

Dato, però, che alcuna utilità deriverebbe al privato dal mero accertamento della violazione del dovere di provvedere, la pronuncia del giudice comprende, altresì, la condanna ad adottare l'atto finale. Una distinzione è necessaria con riferimento a questo ulteriore contenuto della pronuncia del giudice.

Si è visto nei paragrafi precedenti che la natura dell'attività che avrebbe dovuto essere esercitata dall'amministrazione rimasta inadempiente è idonea a incidere significativamente sulla sentenza. Nel caso di attività discrezionale, al giudice è preclusa la determinazione del contenuto del provvedimento, per cui egli si limita a condannare in via generica l'amministrazione all'adozione dell'atto.

Diversa è, però, la situazione in presenza di un'attività vincolata, o comunque nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia già esaurito nel corso dell'istruttoria procedimentale tutti i profili di discrezionalità. In questo caso, il giudice condanna l'amministrazione all'adozione di un atto determinato, ossia, si potrebbe sostenere, a un *facere* specifico.

Prima dell'introduzione dell'azione di adempimento atipica, mediante il secondo correttivo al codice del processo amministrativo (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), l'azione avverso il silenzio rappresentava, dunque, un caso espressamente previsto dalla legge in cui si ammetteva la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto<sup>305</sup>.

Il ricorso avverso il silenzio sembra, allora, assumere, quantomeno con riferimento all'attività vincolata, i contorni propri di un'azione di adempimento<sup>306</sup>, per cui il giudice

---

<sup>305</sup> In questo senso, si v. M. OCCHIENA, *Art. 31 – Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, cit., per cui l'art. 31 “ha sostanzialmente recuperato una parte della sforbiciata disciplina sull'azione di adempimento di cui all'art. 40 del progetto di Codice e, in particolare, quella relativa all'ipotesi di mancata emanazione del provvedimento richiesto” (p. 583).

<sup>306</sup> Così, A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it), il quale, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 160/2012, affermava che “è pacifico che il processo amministrativo italiano ammetta già oggi, in ipotesi particolari, un'azione di adempimento. Queste ipotesi corrispondono ad alcuni casi in cui è controverso se si tratti di azione di adempimento a tutela di interessi legittimi, o invece di azione di condanna a tutela di diritti soggettivi (si pensi al giudizio sull'accesso – art. 116 c.p.a.), e a un caso più importante e coinvolgente, che è quello del giudizio sul silenzio (art.31 c.p.a.)” (p. 5). Sulla riconducibilità dell'azione contro il silenzio a quella di esatto adempimento, si v. anche P. PATRITO – M. PROTTO, *Rito del silenzio*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 985, in *Urb. e app.*, 2012, fasc. 8/9, 960.

condanna l'amministrazione al rilascio dell'atto domandato dal privato. Il che sembra, peraltro, trovare conforto nella previsione contenuta nell'attuale formulazione dell'art. 34 c.p.a.<sup>307</sup>, che, si è detto, consente l'esercizio dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole sia nel giudizio di annullamento sia in quello avverso il silenzio.

### **7.1. I limiti di operatività del ricorso. L'esclusione del silenzio significativo dall'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio**

Nella parte introduttiva del presente lavoro si è chiarito che la ricerca è finalizzata all'esame delle ipotesi di inerzia provvedimento idonee a ledere la situazione giuridica del privato. Sono stati, dunque, espressamente esclusi tutti quei casi in cui, pur assumendo rilievo l'inattività amministrativa, non si pongono problemi di tutela del cittadino, perché la mancata adozione del provvedimento conclusivo è presa in considerazione dallo stesso ordinamento quale alternativa fisiologica all'emanazione dell'atto.

È stato, infatti, richiamato l'istituto del silenzio significativo, caratterizzato dall'attribuzione al silenzio dell'amministrazione dei medesimi effetti di un provvedimento esplicito. In particolare, si è ricordato che il nostro ordinamento è retto, nell'ambito dei procedimenti a istanza di parte, dalla regola del silenzio assenso, per cui, qualora a seguito della domanda del privato l'amministrazione non adotti l'atto conclusivo entro il termine, si produrranno comunque gli stessi effetti di un accoglimento.

L'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio deve, dunque, essere ricavato *a contrario* da quanto previsto dal legislatore all'art. 20 della l. n. 241/1990, dedicato all'istituto del silenzio assenso. La norma, oltre a stabilire che il silenzio equivale a un provvedimento positivo solo in caso di procedimenti avviati su istanza di parte, elenca una serie di materie in cui la particolarità degli interessi in gioco non consente detta equiparazione.

Queste eccezioni (costituite dai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, quelli in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché i procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti) rappresentano, dunque,

---

<sup>307</sup> Si ricordi che l'introduzione dell'azione di adempimento nel giudizio amministrativo si è avuta soltanto con il secondo correttivo al codice, d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, proprio inserendo la disposizione riportata nell'art. 34.



tutte ipotesi di silenzio inadempimento, in cui la situazione giuridica del privato è lesa dall'inerzia amministrativa, restando la domanda del privato inevasa e i suoi interessi privi di una definizione certa.

Da quanto appena affermato deriva che il privato sicuramente subisce un pregiudizio quando, avendo presentato un'istanza relativa agli interessi sopra elencati, non abbia ottenuto alcuna risposta entro il termine del procedimento (o anche successivamente alla scadenza). Il ricorso avverso il silenzio costituisce, allora, lo strumento che l'ordinamento pone a disposizione del privato per far valere l'inadempimento dell'amministrazione e ottenere dal giudice la condanna all'adozione del provvedimento finale.

L'ambito di applicazione dell'azione avverso il silenzio coincide, dunque, con le eccezioni al silenzio assenso, potendo essere esercitata ogniqualvolta il silenzio serbato dall'ente pubblico a fronte della domanda del privato non assuma il significato di un provvedimento di accoglimento, ovvero di rigetto nei casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge.

Peraltro, a conferma che il ricorso in esame non possa essere avviato nell'ipotesi di silenzio significativo vi sarebbe un argomento di carattere testuale. Dal momento, infatti, che l'art. 31 c.p.a. espressamente prevede che l'azione possa essere esercitata "fintanto che perdura l'inadempimento", ne deriva l'impossibilità di utilizzare il rito in esame in tutte le ipotesi in cui il silenzio produca gli effetti propri di un atto<sup>308</sup>. Anche perché in questi casi l'amministrazione non potrebbe essere condannata ad adottare un provvedimento, altrimenti le si consentirebbe di esercitare nuovamente il potere, senza prima eliminare gli effetti prodotti dalla formazione del silenzio significativo<sup>309</sup>.

## **7.2. Segue. Gli interessi sensibili e il rito *contra silentium***

Si è detto che l'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio coincide con le eccezioni alla regola del silenzio assenso, ossia con i procedimenti che iniziano d'ufficio<sup>310</sup>

---

<sup>308</sup> In questo senso, M. OCCHIENA, *Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, cit., per il quale dall'utilizzazione del termine "inadempimento" deriva "che l'azione *de qua* non è strumento di difesa del cittadino nei confronti del silenzio amministrativo genericamente inteso, essendo esperibile solo contro il silenzio inadempimento/silenzio rifiuto" (p. 586).

<sup>309</sup> E invero, il silenzio significativo equivale in tutto a un provvedimento espresso. Ne consegue che esso soggiace al regime di impugnazione, nonché agli eventuali poteri di ritiro in autotutela, tipici di tutti gli atti amministrativi. Sul punto, si v. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>310</sup> Anche nel caso di procedimenti d'ufficio è ravvisabile in capo al privato quell'interesse qualificato che solo legittima l'esercizio dell'azione. Secondo B. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio-rifiuto della p.a.: orientamenti giurisprudenziali*, cit., detto interesse, infatti, può sussistere pure con riferimento a quegli "atti che producono effetti diretti nella sfera di terzi, ma dai quali il richiedente possa ottenere un vantaggio indiretto" (p. 1040).

e con quelli che riguardano interessi particolarmente sensibili, per i quali la necessità che l'amministrazione adotti un provvedimento espresso, da cui risulti chiaramente l'*iter* logico seguito, risulta preponderante rispetto alle ragioni di speditezza ed efficienza sottese all'istituto del silenzio assenso.

Il legislatore, che pure ha ritenuto di dovere semplificare l'azione amministrativa, ammettendo, come regola generale, la conclusione dei procedimenti su istanza di parte con il semplice silenzio, ha escluso che i principi di efficienza ed economicità alla base degli istituti di semplificazione potessero prevalere su quelli di trasparenza, pubblicità e, soprattutto, sulla necessità di motivare l'operato dell'amministrazione in presenza di c.d. interessi critici.

Da un lato, la scelta di sottrarre al meccanismo del silenzio-assenso materie la cui delicatezza impone maggiore attenzione è certamente condivisibile, posto che detto strumento di semplificazione ha fatto sì che nella pratica molte amministrazioni non svolgano l'istruttoria procedimentale, cosicché in ogni caso il procedimento sarà considerato concluso una volta scaduti i termini<sup>311</sup>. È chiaro, invece, che rispetto a interessi particolarmente sensibili, quali il patrimonio culturale, quello paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la salute, la pubblica sicurezza, l'incolumità, la cittadinanza, l'immigrazione e l'asilo, l'ordinamento non può correre il rischio di una mancata valutazione da parte dell'amministrazione.

Dall'altro, però, in questo modo l'interesse a una decisione celere è certamente frustrato dato che, trattandosi di materie perlopiù caratterizzate da discrezionalità, nemmeno la pronuncia del giudice del silenzio sarà sufficiente per raggiungere la composizione degli interessi in gioco, essendo comunque sempre necessaria la loro ponderazione a cura dell'amministrazione o, al più, del commissario nel caso di perdurante inerzia<sup>312</sup>.

D'altronde, sarebbe stato un controsenso sottrarre le materie prima richiamate al meccanismo di semplificazione del silenzio-assenso in virtù della loro rilevanza e

---

<sup>311</sup> Il rischio che le amministrazioni "approfittino" del meccanismo del silenzio-assenso è confermato anche da M. OCCHIENA – F. SAIITA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, cit., che, a proposito del silenzio significativo nel procedimento di sanatoria edilizia, affermano che "l'autore dell'illecito edilizio ha la certezza che, presentata la domanda e in presenza dei presupposti costitutivi stabiliti dalla fattispecie dettata, a seconda dei casi, dal legislatore statale o regionale, otterrà la sanatoria – i cui effetti devono apprezzarsi anche dal punto di vista penale e civile – a prescindere dall'effettivo esercizio del relativo potere amministrativo da parte dei competenti organi del comune interessato. I quali ultimi, anzi, stante la generale complessità tecnica e la delicatezza politico-sociale delle pratiche in questione, spesso rimettono artatamente alla formazione silenziosa decisioni espresse – di accoglimento, ma anche di diniego – che sarebbe oltremodo complesso adottare".

<sup>312</sup> Sul punto, E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit., per il quale, da un esame analitico delle materie in cui non opera la regola del silenzio-assenso, si evince nella maggior parte dei casi l'assenza di vincolatezza, con conseguente impossibilità del giudice di conoscere della fondatezza della pretesa ed evidente pregiudizio dell'interesse alla sollecita conclusione del procedimento.

sensibilità e, poi, consentire al giudice del silenzio di pronunciarsi anche con riferimento a interessi particolarmente critici<sup>313</sup>. Si tratta, infatti, di materie per le quali trova spesso applicazione la riserva di amministrazione, cosicché, nonostante il riconoscimento espresso del potere del giudice di conoscere anche della fondatezza della pretesa, si riduce di molto l'ambito cognitorio del giudice<sup>314</sup>.

Con riguardo a detti interessi, quindi, sarà quasi sempre necessaria una determinazione di tipo amministrativo, che deve essere adottata dall'amministrazione competente nelle more del giudizio ovvero a seguito della condanna, oppure dal commissario *ad acta* appositamente nominato nel caso di perdurante inerzia.

### **7.3. Segue. L'esclusione dei diritti soggettivi**

Nel corso della trattazione dedicata all'analisi del dovere di provvedere, non è mancata l'occasione per esaminare anche la posizione giuridica vantata dal privato a fronte del dovere/potere dell'amministrazione.

In quella sede, si è giunti alla conclusione che il cittadino che si rivolge all'amministrazione per ottenere un dato provvedimento è titolare di un interesse legittimo alla conclusione tempestiva del procedimento e, tra le varie ragioni addotte a sostegno di questa tesi, è stata richiamata anche la giurisprudenza amministrativa che ha sempre riservato l'esperibilità del rito avverso il silenzio alle ipotesi in cui il privato fosse titolare di una posizione di interesse legittimo.

Dall'analisi delle principali sentenze in materia emerge, infatti, che il rito speciale avverso il silenzio presuppone la titolarità di una situazione soggettiva di interesse legittimo, a fronte del quale l'amministrazione dispone di una potestà pubblica. Diversamente, il ricorso non è ammissibile quando il privato risulta titolare di un diritto soggettivo, come, ad esempio, nelle ipotesi di pretese economiche vantate dal cittadino nei confronti dell'ente ovvero in ogni altro caso in cui l'amministrazione agisca sullo stesso piano del privato<sup>315</sup>.

Quest'aspetto necessita ora di maggiore approfondimento.

---

<sup>313</sup> In questo senso, F. MANZONI, *La tutela giurisdizionale del silenzio rifiuto tra attività vincolata e discrezionale: spunti di riflessione*, in *Foro amm. Tar*, 2010, 775.

<sup>314</sup> Secondo L. TARANTINO, *Chiedi al silenzio*, cit., "qui il legislatore ha probabilmente prodotto inconsapevolmente un corto circuito, perché a stretto rigore la fondatezza dell'istanza potrà essere conosciuta dal g.a. proprio nei procedimenti che hanno per oggetto i citati interessi sensibili, ossia proprio in quei casi in cui l'amministrazione esercita ordinariamente un maggior tasso di discrezionalità" (p. 893).

<sup>315</sup> In questo senso, si v., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 novembre 2007, n. 1095, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 7 dicembre 2006, n. 3886, in *Giur. merito* 2007, fasc. 2, 520, per cui è inammissibile il ricorso proposto avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sulla diffida all'assunzione presentata dal concorrente risultato idoneo a un concorso; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 419, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, fasc. 2, 30; sez. V, 10 febbraio 2004, n. 497, *ivi*, 2004, 452; sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3408, *ivi*, 2003, 1849.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario ha sempre escluso che il ricorso avverso il silenzio potesse essere esperito per far valere una posizione giuridica di diritto soggettivo, soprattutto in considerazione della limitazione dei poteri del giudice che, almeno secondo l'orientamento dominante al momento dell'entrata in vigore del rito speciale, non comprendevano la possibilità di accertare anche la fondatezza della pretesa.

L'estensione dei poteri del giudice, avvenuta nel 2005, ha rinnovato le perplessità circa la natura della posizione giuridica tutelata dallo strumento processuale in esame, imponendo alla dottrina e alla giurisprudenza una nuova riflessione concentrata su due profili. Il primo, di più facile soluzione, è relativo all'idoneità della previsione normativa, che attribuisce al giudice il potere di conoscere della fondatezza della pretesa, ad ampliare l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo. Il secondo, invece, pur partendo dal presupposto che il ricorso sarebbe esperibile solo laddove vi fosse certamente la giurisdizione amministrativa (che comprende, però, non solo la giurisdizione generale di legittimità, bensì anche quella esclusiva, oltre che ovviamente quella di merito), concerne l'utilizzabilità del rito nei casi di giurisdizione esclusiva.

Con riferimento al primo aspetto, non sembra che il ricorso avverso il silenzio possa essere interpretato come un rimedio per ogni possibile situazione di inerzia dell'amministrazione. Soprattutto non si può ritenere che l'attribuzione di maggiori poteri al giudice sia idonea a incidere sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, con la conseguente necessità di escludere l'esperibilità del rito per tutti i casi in cui assuma rilievo una posizione di diritto soggettivo non prevista all'interno delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>316</sup>.

Concentrandosi sul secondo aspetto, la tendenza è stata nel senso di escludere l'azione *contra silentium* anche con riferimento ai diritti soggettivi relativi a materie riservate alla giurisdizione esclusiva<sup>317</sup>. E invero, pure a seguito dell'estensione dei poteri del giudice, non sembra ci si possa discostare dall'orientamento richiamato.

---

<sup>316</sup> A. SCIRÈ, *Il rito contra silentium a tutela dei diritti soggettivi?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, fasc. 3, 1019, richiama l'orientamento giurisprudenziale maggioritario per cui la disciplina del rito avverso il silenzio deve essere considerata "assolutamente neutra sotto il profilo della giurisdizione esauendo la propria portata sul piano squisitamente processuale".

<sup>317</sup> Così, L. TARANTINO, *L'epilogo del silenzio. O sancta simplicitas*, cit., per il quale non solo il giudizio non può essere avviato nel caso di giurisdizione ordinaria, ma nemmeno in presenza di diritti soggettivi nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Una simile conclusione, infatti, rischierebbe di limitare notevolmente la tutela di tutte quelle posizioni giuridiche passate nella giurisdizione del giudice amministrativo, posto che finirebbero "per ottenere mere pronunce di accertamento dell'esistenza dell'obbligo formale di provvedere o di condanna ad un generico provvedere, piuttosto che pronunce sull'esistenza dell'obbligo sostanziale di adempiere o di condanna ad adempiere secondo le modalità concrete esistenti a livello legale o negoziale" (p. 422).

Vero è che il giudice può conoscere anche della fondatezza della domanda, qualora non residuino margini di discrezionalità, ma è altrettanto vero che il fine del ricorso è di condannare l'amministrazione ad adempiere, poiché solo l'esercizio del potere è idoneo a tutelare l'interesse del privato. Pertanto, sarà comunque sempre necessario l'intervento dell'amministrazione, o al massimo del commissario *ad acta*, affinché la pretesa possa dirsi pienamente soddisfatta.

Questo, però, è quanto avviene per gli interessi legittimi. Diversamente, in presenza di un diritto soggettivo, è sufficiente la pronuncia di accertamento del giudice perché sia garantita la soddisfazione della situazione giuridica soggettiva. Non si spiegherebbe, dunque, l'utilizzo del ricorso avverso il silenzio in luogo di un'azione di accertamento in sede di giurisdizione esclusiva<sup>318</sup>. Salvo volersi appigliare alla brevità del rito.

Vi è, infine, un elemento testuale – per quanto tenue – che conferma la tesi qui sostenuta: l'art. 31, c.p.a., parla di accertamento dell'obbligo di provvedere, così come l'art. 117 c.p.a. si riferisce all'adozione di un provvedimento (c. 4); un provvedimento è concepibile a fronte di un interesse legittimo, posto che in caso di diritto soggettivo il giudice si limiterebbe ad accertare un obbligo dell'amministrazione.

#### **7.4. Segue. La tesi dell'applicabilità del rito al silenzio “endoprocedimentale”**

In sede di delimitazione dell'ambito di applicazione del ricorso, una considerazione merita anche la possibilità di utilizzare lo strumento in esame per contrastare il problema dell'inerzia nell'adozione di pareri e valutazioni tecniche.

Molto spesso, affinché l'amministrazione procedente possa giungere a una decisione consapevole, necessita, come si è detto nel secondo Capitolo, di ulteriori fattori di conoscenza provenienti da altri soggetti pubblici. Si dà il caso dei pareri e delle valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990.

Si è avuto già modo di parlare della soluzione ideata dal legislatore per le ipotesi in cui gli enti preposti non rilascino il parere obbligatorio o facoltativo ovvero la valutazione tecnica nei termini prescritti. È stata, infatti, richiamata la classificazione dottrinale del silenzio

---

<sup>318</sup> In questo senso, A. SCIRÈ, *Il rito contra silentium a tutela dei diritti soggettivi?*, cit., che motiva l'impossibilità di ricorrere ex artt. 31 e 117 c.p.a. a tutela dei diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva richiamando profili di istruzione probatoria. In particolare, secondo l'A. al processo amministrativo avente per oggetto diritti soggettivi devono applicarsi le regole proprie del processo civile, ivi comprese quelle concernenti l'onere della prova. Posto, infatti, che il diritto soggettivo è tutelato mediante l'accertamento dei fatti costitutivi o impeditivi, modificativi ed estintivi eventualmente opponibili, chi vanta una determinata pretesa è tenuto a provarne i fatti costitutivi. Ora, dato che nel giudizio avverso il silenzio è l'amministrazione a dovere dimostrare l'inesistenza dell'obbligo di provvedere, nonché l'infondatezza della pretesa, qualora fosse ammessa la possibilità di esercitare l'azione *contra silentium* anche a tutela di diritti soggettivi l'onere della prova verrebbe invertito contrariamente a quanto disposto dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.

devolutivo, la cui formazione consente all'amministrazione competente di proseguire nel normale *iter* procedimentale anche in assenza dei pareri richiesti o delle valutazioni tecniche necessarie.

Tuttavia, anche con riferimento a queste ipotesi, si è visto che la presenza di alcuni peculiari interessi (ambiente, salute, paesaggio e territorio) impedisce al meccanismo devolutivo di funzionare, con la conseguenza che in mancanza dei relativi pareri o valutazioni il procedimento si arresta e non può continuare il suo normale andamento. In tali casi, l'amministrazione competente non può adottare il provvedimento finale, derivandone al privato una lesione che potrebbe essere fatta valere solamente mediante l'esperimento di un ricorso avverso il silenzio. L'azione verrebbe, però, così esercitata nei confronti di un soggetto che non può comunque superare l'assenza della valutazione o del parere presupposti<sup>319</sup>. Parrebbe, allora, più corretto adottare la diversa soluzione suggerita da parte della dottrina<sup>320</sup>, già ricordata, per cui potrebbe farsi ricorso al rito speciale sul silenzio anche nei confronti dell'inerzia dei soggetti che, preposti alla tutela dell'ambiente, della salute o paesaggistico-territoriale, non abbiano adottato l'atto richiesto, impedendo la normale prosecuzione del procedimento.

Se è vero, infatti, che contro una simile ricostruzione si pone l'interpretazione letterale della disciplina del ricorso avverso il silenzio, che fa espressamente riferimento al dovere dell'amministrazione di "provvedere", mentre i pareri e le valutazioni tecniche costituiscono atti endoprocedimentali, è altrettanto vero che la lesione della posizione giuridica del privato deriva sì dall'assenza del provvedimento finale, ma questa a sua volta è causata dal mancato rilascio del parere o della valutazione.

Né potrebbe sostenersi che il legislatore abbia voluto assicurare una riserva di valutazione in capo ai soggetti preposti alla cura degli interessi particolari che impediscono il meccanismo devolutivo. Contro una simile obiezione, infatti, potrebbero addursi almeno due ragioni.

La prima è che il ricorso avverso il silenzio non comporta un'automatica e immediata sostituzione dell'organo competente, posto che la condanna dell'amministrazione ad

---

<sup>319</sup> In questo senso, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., per il quale il giudice del silenzio ordina all'amministrazione di provvedere, presupponendo, così, che si trovi nella possibilità di provvedere, situazione in cui non versa l'amministrazione procedente. "L'inerzia da rimuovere è quella del soggetto chiamato a esprimere valutazioni o pareri, e non già quella dell'amministrazione che deve emanare il provvedimento, sicché risulta arduo ipotizzare un ordine rivolto al soggetto che non può comunque ovviare alla mancanza dell'atto" (p. 73).

<sup>320</sup> La tesi è di F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit.

adempiere le fornisce un'ulteriore occasione per provvedere, restando la nomina del commissario eventuale e relegata all'ipotesi di perdurante inerzia<sup>321</sup>.

La seconda sembra, invece, doversi rinvenire nel fatto che l'eccezione al silenzio devolutivo, prevista per gli interessi sensibili, risponde alla stessa *ratio* alla base delle deroghe al silenzio assenso. Tant'è vero che gli interessi considerati dagli artt. 16 e 17 rientrano nell'insieme più ampio di cui all'art. 20, per i quali è sicuramente esperibile l'azione avverso il silenzio.

L'unica censura di pregio pare, dunque, il riferimento alla natura provvedimentale dell'atto mancante, anche se, negando un'interpretazione estensiva della norma, si rischia davvero di privare il cittadino di una tutela effettiva, posto che a nulla varrebbe la condanna dell'amministrazione procedente ad adempiere nell'impossibilità di rendere coercitivo il dovere anche per i soggetti competenti al rilascio di pareri e valutazioni tecniche<sup>322</sup>.

Peraltro, non sono da sottovalutare gli effetti di una simile situazione anche in sede di valutazione del danno da ritardo. L'amministrazione procedente non potrebbe, infatti, essere chiamata a risarcire un danno causato dall'inerzia assoluta o dal ritardo di un altro soggetto, venendo meno il nesso di causalità. Si potrebbe, invece, ammettere l'esperibilità dell'azione direttamente nei confronti dell'amministrazione che non abbia rilasciato il parere o la valutazione. Interpretazione questa che, seppure ostacolata dal fatto che l'art. 2-bis fa espresso riferimento all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, sembra più coerente con lo schema di cui all'art. 2043 cod. civ., su cui, come si vedrà, è modellata la tutela risarcitoria per danno da ritardo.

### **7.5. Segue. Il ricorso avverso il silenzio in caso di s.c.i.a.**

Un cenno merita, al fine di completare l'analisi di tutti i casi in cui può sorgere un problema di tutela a fronte dell'inerzia, l'istituto della s.c.i.a. L'ambito di applicazione del rito avverso il silenzio è stato, infatti, di recente inciso dalle modifiche intervenute in materia di segnalazione certificata di inizio attività, di cui all'art. 19 della legge sul procedimento amministrativo.

---

<sup>321</sup> F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit.

<sup>322</sup> A tal proposito, si v. ancora F. FRACCHIA, *Riti a rilevanza endoprocedimentale*, cit., per il quale la proponibilità del ricorso nel caso di silenzio endoprocedimentale dovrebbe essere ammessa data l'idoneità di pareri e valutazioni a incidere sulla situazione giuridica del privato. "Nel caso di inerzia qui esaminata, infatti, la lesione deriva dal fatto che il mancato rilascio degli stessi configura un ostacolo alla conclusione positiva del procedimento, insuscettibile di essere rimosso dal soggetto procedente". Secondo l'A, dunque, al più ci si dovrebbe interrogare circa il momento a partire dal quale riconoscere l'azionabilità del ricorso che, per ragioni di celerità, sarebbe più logico far coincidere con la scadenza del termine del subprocedimento finalizzato all'adozione del parere o della valutazione, rendendosi manifesta già a partire da quel momento l'impossibilità per l'amministrazione procedente di emanare il provvedimento finale.

In particolare, l'art. 6, c. 1, del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, ha introdotto nella disciplina della s.c.i.a. il comma *6-ter* che, dopo aver chiarito che essa non costituisce un provvedimento tacito direttamente impugnabile, prevede che “gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

Conseguentemente il secondo correttivo al codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 195/2011, ha modificato il primo comma dell'art. 31, disponendo che chi abbia interesse può richiedere l'accertamento del dovere di provvedere non soltanto una volta decorsi i termini per la conclusione del procedimento, ma anche negli altri casi previsti dalla legge. Il riferimento va, allora, certamente a quanto stabilito dall'art. 19, nella parte in cui è stato riscritto, che estende l'applicabilità del rito avverso il silenzio al caso in cui sia stata presentata una s.c.i.a.

Il legislatore, dunque, non recependo quanto suggerito a livello giurisprudenziale dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 15/2011, si era occupata, tra l'altro, della tutela del terzo in caso segnalazione certificata<sup>323</sup>, ha scelto di ampliare il raggio d'azione del rito avverso il silenzio, ammettendone l'esperibilità, ogniqualvolta, sollecitata dal terzo a esercitare i suoi poteri repressivi, l'amministrazione sia rimasta inerte<sup>324</sup>.

Ora, sicuramente il riconoscimento espresso di uno strumento di tutela per il terzo leso dalla s.c.i.a. contribuisce positivamente a superare lo stato di confusione previgente. Tuttavia, diverse appaiono le difficoltà applicative.

Non è chiaro, infatti, a partire da quale momento il privato possa rivolgersi al giudice amministrativo. Già non sembra del tutto logico che il terzo possa incitare l'amministrazione a intervenire prima del trascorrere dei sessanta giorni di tempo, ma ciò

---

<sup>323</sup> Cons. Stato, Ad. plenaria, 29 luglio 2011, n. 15, in *Riv. giur. edilizia* 2011, 2-3, I, 513, in cui si consente al terzo, che subisca una lesione prima del decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio dei poteri inibitori, di esercitare l'azione di accertamento per la verifica dell'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa.

<sup>324</sup> La medesima soluzione era stata comunque già proposta in giurisprudenza. In particolare, già Tar Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397, in *Foro amm.*, 2001, aveva affermato l'applicabilità del rito di cui al vecchio *21-bis* della l. n. 1034/1971 al silenzio serbato a fronte di una denuncia di inizio attività. Tuttavia, come sottolineato da S. BINI, *Il rito del silenzio applicato alla d.i.a.*, in *Urb. e app.*, 2001, fasc. 10, 1119, la decisione appariva in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'ambito di applicazione del rito speciale. Secondo il Tar Lombardia, infatti, da un lato, il silenzio andava qualificato in termini di autorizzazione implicita – alla stregua, dunque, di un silenzio-assenso –, dall'altro si consentiva al terzo pregiudicato dal silenzio di ricorrere al giudice amministrativo con il rito in esame, mentre “l'orbita di azione dell'art. 21-*bis* è rappresentata dalle ipotesi del silenzio-inadempimento e del silenzio-rifiuto, con la conseguenza che ne rimarrebbero esclusi oltre l'ipotesi del silenzio-rigetto, i casi di silenzio-significativo” (p. 1122).



potrebbe trovare giustificazione nella necessità di tutelare l'affidamento del soggetto che abbia avviato l'attività a che non vengano adottati provvedimenti repressivi troppo tempo dopo la presentazione della s.c.i.a.

Anche ad ammettere una simile soluzione, resterebbe, però, il problema di capire di quanto tempo disponga l'amministrazione per attivarsi a seguito della sollecitazione, nonché in quale momento il terzo, la cui richiesta di intervento sia rimasta inevasa, possa rivolgersi al giudice amministrativo presentando ricorso avverso il silenzio.

La soluzione potrebbe, allora, consistere nel ritenere che, a fronte della sollecitazione, l'amministrazione competente sia tenuta ad avviare un procedimento ordinario, per cui, decorsi infruttuosamente i trenta giorni fissati dalla legge, il terzo potrebbe agire per fare accertare il dovere dell'amministrazione di provvedere.

Resterebbe, però, ancora una perplessità relativa al fatto che la condanna del giudice potrebbe intervenire – o forse sarebbe questa la regola – anche successivamente alla scadenza dei sessanta giorni a disposizione dell'amministrazione, decorsi i quali questa perderebbe il potere di inibire l'attività del privato o di chiederne la conformazione, mantenendolo solo in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci (anche se potrebbe sempre intervenire in via di autotutela).

L'eventuale pronuncia del giudice in favore del richiedente sarebbe, allora, idonea a consentire nuovamente all'amministrazione l'esercizio dei poteri inibitori. L'incidenza dell'azione sulla "sostanza" del procedimento, dunque, sarebbe in questo caso ancora più significativa, a ulteriore conferma del fatto che l'istituto del ricorso avverso il silenzio presenta un risvolto procedimentale di tutto rilievo, forse non sufficientemente posto in risalto dalla dottrina.

**8.1. Riflessi dell'attivazione del rito sull'organizzazione amministrativa** L'ultima parte della trattazione del ricorso avverso il silenzio, al pari di quanto avverrà anche in relazione agli altri strumenti, è dedicata all'esame degli effetti che l'attivazione di questo rimedio produce sull'organizzazione amministrativa.

A tal proposito, si farà specificatamente riferimento all'ipotesi in cui, anche a seguito della condanna all'adozione del provvedimento, l'amministrazione competente continui a restare inerte, rendendosi necessaria una sua sostituzione in favore di un commissario *ad acta* appositamente nominato.

È chiaro, allora, come a seguito dell'esperimento del rimedio giurisdizionale, possano prodursi degli effetti anche sull'organizzazione amministrativa, posto che vi sarà uno

spostamento della competenza a emanare il provvedimento dall'organo originariamente preposto al commissario nominato dal giudice del silenzio per fronteggiare la perdurante inerzia dell'amministrazione. Il commissario entra, dunque, a fare parte dell'organizzazione amministrativa, qualificandosi, per le ragioni che si avrà modo di chiarire nel paragrafo immediatamente successivo, quale organo straordinario dell'amministrazione.

Il discorso si ricollega, poi, a quanto già detto in ordine all'utilità finale garantita dal ricorso avverso il silenzio, dal momento che ai fini del suo effettivo conseguimento rilevano anche i compiti del commissario. Questi, infatti, ogniqualvolta l'amministrazione condannata non si attivi per dare esecuzione alla pronuncia, deve emanare l'atto, con il contenuto individuato dal giudice laddove abbia potuto conoscere della fondatezza della pretesa, ovvero procedendo egli stesso alla ponderazione degli interessi in gioco in presenza di attività discrezionale.

La nomina del commissario si configura, quindi, quale fase esecutiva interna allo stesso giudizio sul silenzio, evitando, per ragioni certamente di economia processuale, ma anche di semplificazione ed effettività della tutela del privato, che questi debba avviare un ulteriore processo al fine di ottenere la decisione amministrativa.

## **8.2. La nomina del commissario *ad acta***

Come si è avuto modo di affermare nel paragrafo precedente, il ricorso avverso il silenzio garantisce una tutela piena per il privato, consentendo al giudice di conoscere anche della fondatezza della domanda, con l'unico limite rappresentato dall'attività discrezionale. Affinché, però, l'interesse privato sia concretamente soddisfatto è necessario, altresì, che alla pronuncia del giudice segua l'effettiva adozione del provvedimento.

Al fine di evitare che un'eventuale perdurante inerzia dell'amministrazione possa vanificare i risultati raggiunti con il giudizio, il legislatore, si è detto, ha inserito all'interno della disciplina del ricorso la possibilità di nominare un commissario *ad acta*, per il caso in cui l'amministrazione non emani il provvedimento. Peraltro, questa fase eventuale di ottemperanza interna allo stesso giudizio è stata prevista fin dalla elaborazione pretoria del rito, per cui, indipendentemente dalla tesi accolta sui limiti dei poteri cognitori del giudice prima dell'introduzione della disposizione espressa con la riforma del 2005, si garantiva

comunque al privato una decisione sulla pretesa sostanziale mediante, appunto, la nomina del commissario *ad acta*<sup>325</sup>.

Per capire quale sia, però, il rapporto tra il commissario e l'amministrazione competente, è necessario ricordare che il primo interviene solo laddove la seconda perduri nell'inadempimento, anche a seguito della condanna del giudice. Nonostante, infatti, il commissario possa essere nominato in via preventiva insieme alla sentenza con cui si definisce il giudizio<sup>326</sup>, ciò non significa che venga meno la possibilità dell'amministrazione di emanare il provvedimento.

Ne consegue che il commissario assume rilievo al fine di garantire tutela effettiva al privato solo laddove l'amministrazione continui a mantenere un comportamento inerte. La nomina del commissario risponde, infatti, all'esigenza di assicurare al privato la decisione amministrativa, la sola in grado di incidere sulla sua sfera giuridica, in tutte quelle ipotesi in cui l'amministrazione competente non si attivi nemmeno a seguito della pronuncia giurisdizionale.

È chiaro, però, che la portata dei poteri del commissario è strettamente correlata al contenuto della sentenza<sup>327</sup>. Tanto più il giudice del silenzio abbia potuto conoscere della fondatezza della pretesa, minore sarà il margine di discrezionalità riservato al commissario. Laddove, infatti, il giudice abbia determinato in maniera puntuale il contenuto dell'atto, perché in presenza di un'attività vincolata ovvero perché non residuavano margini di discrezionalità e non erano necessari ulteriori adempimenti istruttori, il commissario si limita a dare attuazione alla pronuncia, emanando in concreto il provvedimento dovuto. Diversamente, nell'ipotesi di procedimenti discrezionali, la cui istruttoria risulti ancora incompleta, il commissario, una volta insediatosi e verificata la perdurante inerzia<sup>328</sup>, dovrà sostituirsi all'amministrazione nella ponderazione degli interessi e nella conseguente adozione del provvedimento ritenuto opportuno.

---

<sup>325</sup> In questo senso, A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, cit.. Si v. anche G. MARI, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2003, fasc. 2, 750, per la quale la soluzione raggiunta in ordine all'oggetto del giudizio sul silenzio incide anche sulla natura del commissario *ad acta*.

<sup>326</sup> Ai sensi del comma terzo dell'art. 117 c.p.a., infatti, il giudice può nominare il commissario sia successivamente alla decisione su istanza della parte interessata, sia contestualmente alla sentenza con cui definisce il giudizio. In relazione al momento della nomina del commissario, si v. M. DE PALMA, *La nomina del commissario ad acta nel rito speciale sul silenzio della p.a.*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 7, 835.

<sup>327</sup> Così G. MARI, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'amministrazione*, cit.

<sup>328</sup> Nonostante, infatti, la previsione espressa per cui il commissario doveva accertare che l'amministrazione fosse ancora inadempiente sia stata espunta dalla disciplina del rito, si ritiene, a rigore di logica, che egli sia ancora tenuto a tale verifica.

Il commissario assume, così, i medesimi poteri dell'amministrazione, qualificandosi come vero e proprio organo straordinario<sup>329</sup> e sostituto dell'amministrazione – come ancora si dirà – differenziandosi nettamente dalla figura del commissario nel giudizio per l'ottemperanza. In assenza di puntuali indicazioni sul tipo di atto che deve essere adottato, il commissario conosce per la prima volta il merito della questione e svolge la medesima attività che avrebbe dovuto essere posta in essere dall'amministrazione competente.

Anche da questo punto di vista si coglie l'estrema rilevanza che l'azione riveste in ordine al regime del “farsi” dell'azione amministrativa, nel senso che la nomina del commissario (così come l'azione di spontaneo adempimento posta in essere dall'amministrazione) dovrebbe aprire la via a una fase in cui siano rispettate pienamente le garanzie procedurali<sup>330</sup>.

Il giudice del silenzio non può provvedere direttamente, dovendo, pertanto, nominare un commissario che si sostituisca all'amministrazione inadempiente e acquisisca la competenza con riferimento a quel particolare procedimento. In questo senso, si può sostenere che il rimedio in esame incida anche sull'organizzazione interna all'amministrazione, provocando uno spostamento della competenza dall'organo originariamente preposto a quello straordinario nominato dal giudice per quella specifica circostanza.

Il commissario si sostituisce, così, all'amministrazione, a differenza di quanto avviene nel giudizio di ottemperanza, in cui è il giudice, trattandosi di giurisdizione di merito, a sostituirsi, con la conseguenza che il commissario si configura quale mero esecutore della pronuncia. Nel giudizio avverso il silenzio, invece, i limiti al potere cognitorio sono quelli propri del giudizio di legittimità, per cui il merito è sempre riservato all'amministrazione ovvero al commissario che la sostituisce in caso di ulteriore inerzia.

Questa è la ragione per cui si è soliti distinguere la figura del commissario nei due giudizi. In quello di ottemperanza, infatti, egli assume le vesti di ausiliario del giudice, limitandosi a compiere materialmente quanto da lui deciso. Nel caso del silenzio, invece, i poteri del

---

<sup>329</sup> In questo senso, A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, cit., secondo il quale il commissario viene nominato per sostituire un organo amministrativo, configurandosi, pertanto, quale organo straordinario dell'amministrazione, in ciò distinguendosi dal commissario del giudizio di ottemperanza che, invece, è considerato un ausiliario del giudice. Peraltro, con una conseguenza importante, ossia che gli atti del commissario del silenzio sono eventualmente impugnabili secondo le modalità ordinarie e non, invece, mediante contestazione al giudice che lo ha nominato.

<sup>330</sup> A tal proposito, si v. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., per il quale “se l'esecuzione in via surrogatoria va collocata in una dimensione amministrativa, sembra tuttavia corretto ipotizzare che questa fase debba essere assoggettata alla disciplina di cui al procedimento amministrativo, con la conseguenza che il commissario debba osservare le disposizioni dettate dalla l. n. 241/1990, dovendo assicurare la partecipazione degli interessati e potendo anche riconsiderare gli atti endoprocedimentali già posti in essere dall'amministrazione originariamente legittimata” (p. 93).

giudice sono ridotti e solo il commissario può sostituire l'amministrazione nell'esercizio della funzione, cosicché egli si qualifica come organo amministrativo straordinario<sup>331</sup>.

Discussa è, però, la questione se il commissario del silenzio rivesta sempre il ruolo di organo straordinario dell'amministrazione ovvero solo laddove sia tenuto a effettuare una valutazione discrezionale<sup>332</sup>. La tesi restrittiva, in particolare, troverebbe il suo fondamento sul presupposto che, qualora il giudice del silenzio conoscesse anche la pretesa, la sentenza indicherebbe rigorosamente il contenuto dell'atto, per cui il commissario si limiterebbe a eseguire la pronuncia, al pari di quanto avviene nel giudizio di ottemperanza<sup>333</sup>.

La qualificazione nell'uno o nell'altro senso non è certo priva di importanza. E invero, la differenza tra i due ruoli, oltre ad assumere rilievo in relazione all'organizzazione amministrativa, ha significative conseguenze per quanto riguarda la possibilità di opporsi agli atti posti in essere dal commissario. Se si riconosce la natura di organo straordinario, questi sono impugnabili al pari di un qualsiasi atto amministrativo, diversamente, invece, in caso di qualificazione in termini di organo ausiliario, avverso gli atti del commissario è possibile esclusivamente presentare reclamo al giudice che lo ha nominato, come avviene per l'ottemperanza.

Nel primo caso, infatti, ogni valutazione spettante all'amministrazione diviene di competenza del commissario, che è il primo a conoscere il merito della questione, per cui gli atti posti in essere sono soggettivamente e oggettivamente amministrativi. Nel secondo, invece, il commissario si configura quale mero organo esecutivo, con il compito di adottare

---

<sup>331</sup> Sulla differenza tra i commissari dei due giudizi, si v. E. QUADRI, *Art. 117. Ricorsi avverso il silenzio*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, 1773; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 2, 239.

<sup>332</sup> Secondo G. MARI, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'amministrazione*, cit., se si riconosce al giudice il potere di esaminare anche la fondatezza della domanda, allora il commissario non è libero nella sua valutazione, ma vincolato alla decisione del giudice. In questo caso, dunque, il commissario assume nuovamente il ruolo di organo giudiziario ausiliario, "attore di una fase *extra iudicium*, ma pur sempre giurisdizionale" (p. 768).

<sup>333</sup> Sul punto si v. F. FIGORILLI – A. GIUSTI, *Articolo 2, Conclusione del procedimento*, in PAOLANTONIO N. – POLICE A. – ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, per i quali "l'accertamento compiuto dal giudice sulla fondatezza della pretesa, nelle ipotesi di attività integralmente vincolata, si traduce in una pronuncia giudiziaria che individua i presupposti e le caratteristiche che l'emanando provvedimento dovrà assumere, anche in sede di sostituzione dell'amministrazione rimasta inerte. In tale prospettiva, pertanto, è possibile affermare la riconduzione del ruolo e della natura del commissario nell'alveo tradizionale dell'ausiliario del giudice, incaricato, cioè, di svolgere una funzione meramente esecutiva, tenuto conto della completa predeterminazione della sua futura azione ad opera della norma o dell'avvenuta consumazione della potestà discrezionale in una fase antecedente rispetto a quella in cui è chiamato ad intervenire. Diversamente, laddove la fattispecie non permetta una puntuale attuazione di quanto prefigurato dalla norma o dal *dictum* del giudice, rimarrà immutata la figura di organo straordinario dell'amministrazione (inadempiente) cui affidare la cura concreta degli interessi coinvolti dal procedimento, in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale che si limiti a rilevare il mero obbligo dell'amministrazione ad emanare il provvedimento finale".

atti il cui contenuto è già stato deciso dal giudice, potendo, pertanto, essere considerato una sua *longa manus*.

Al fine di determinare quale delle due interpretazioni sia più corretta è utile esaminare il dato normativo e porre a confronto la disciplina del ricorso avverso il silenzio con il giudizio di ottemperanza, così da verificare se i due commissari possano essere equiparati nel caso di attività discrezionale.

Le prime disposizioni che potrebbero suggerire una risposta positiva riguardano la previsione, contenuta con riferimento a entrambi i riti, che il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto (ovvero all'ottemperanza), ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario<sup>334</sup>.

Il fatto, dunque, che il legislatore abbia utilizzato la stessa formula sia per gli atti adottati dal commissario del silenzio in relazione all'atto dovuto, sia per quelli del commissario dell'ottemperanza, potrebbe costituire un elemento a favore della tesi dell'equiparazione (ovviamente nei limiti dell'attività vincolata; si fa, infatti, riferimento al provvedimento richiesto). Si potrebbe, allora, sostenere che quanto detto dimostri che avverso gli atti di entrambi i commissari sia possibile presentare reclamo al giudice, così confermando la loro natura di organi ausiliari del giudice.

Tuttavia, non sembra che la tesi possa essere accolta, nemmeno sulla base della disposizione richiamata, che ben potrebbe essere interpretata nel senso che gli atti del commissario potrebbero essere impugnati, al pari di normali atti amministrativi, davanti a quello stesso giudice. Tanto più che la norma non fa riferimento esclusivamente agli atti adottati dal commissario, bensì anche a quelli eventualmente emanati dall'amministrazione<sup>335</sup>.

Si potrebbe, invece, indugiare sul rilievo secondo cui la natura del commissario è strettamente connessa alla portata dei poteri cognitori, poiché solo quando il giudice si sostituisce all'amministrazione egli può assumere il ruolo di mero esecutore, ausiliario del giudice. Diversamente, quando la conoscenza del giudice non può spingersi fino alla sostituzione, ciò spetta al commissario, il quale si configurerà in termini di organo straordinario.

Meritano, dunque, un confronto più attento le disposizioni contenute, sia nella disciplina dell'ottemperanza sia in quella del silenzio, in merito ai poteri del giudice. In particolare, il

---

<sup>334</sup> In questo senso, dispongono, infatti, il comma 6 dell'art. 114 e il comma 4 dell'art. 117 c.p.a., in relazione rispettivamente al giudizio di ottemperanza e a quello sul silenzio.

<sup>335</sup> Nonostante l'assenza di un riferimento espresso, infatti, ciò può essere dedotto dal tenore letterale della norma, per cui "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, *ivi comprese quelle inerenti agli atti de commissario*".

comma 3 dell'art. 114 c.p.a., nell'elencare i poteri del giudice dell'ottemperanza, dispone, alla lett. a), che il giudice "ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione".

La norma speculare sul silenzio, invece, contenuta nell'art. 31, c. 3, c.p.a. prevede che "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".

Ben diversi appaiono, dunque, i poteri cognitori dei due giudici, anche in caso di attività vincolata.

Vero è, infatti, che il giudice del silenzio potrebbe anche indirizzare l'operato dell'amministrazione condannata, determinando il contenuto del provvedimento. E' altrettanto vero, però, che, dopo la condanna, sarebbe sempre necessario l'esercizio della funzione amministrativa, posto che, a differenza della prima disposizione richiamata – che ammette espressamente la sostituzione dell'amministrazione da parte del giudice dell'ottemperanza - la seconda non attribuisce il medesimo potere al giudice del silenzio.

Pertanto, a seguito dell'accoglimento del ricorso avverso il silenzio, indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale, è sempre necessario lo svolgimento dell'attività amministrativa, da parte dell'amministrazione condannata ovvero, nel caso di inerzia, da parte del commissario. Ne consegue che solo quest'ultimo si sostituisce all'amministrazione, assumendo, sempre la qualifica di organo straordinario.

Né, d'altra parte, potrebbe giungersi a diversa conclusione in virtù del fatto che il commissario non può discostarsi dal contenuto della sentenza. Lo stesso vale, infatti, anche per l'amministrazione che, nell'adempiere a seguito della condanna, deve osservare le puntuali indicazioni del giudice, laddove egli abbia potuto conoscere della fondatezza della domanda.

Si deve, allora, concludere che non vi sia differenza tra l'atto adottato dall'amministrazione condannata e quello del commissario che le si sostituisce in caso di inerzia. In entrambi i casi, dunque, il provvedimento potrà essere impugnato davanti al giudice (ovvero annullato in autotutela dall'amministrazione) che ha definito il giudizio, secondo le regole proprie del rito ordinario<sup>336</sup>.

---

<sup>336</sup> Così F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., il quale, qualificando il commissario del silenzio in termini di organo straordinario dell'amministrazione, ammette "l'impugnabilità in sede giurisdizionale generale di legittimità del provvedimento da esso emanato in sostituzione

### 9.1. La validità del provvedimento adottato a seguito della condanna del giudice e le differenze con l'atto tardivo sopravvenuto nelle more del giudizio

Il ricorso avverso il silenzio mira ad assicurare la decisione amministrativa mediante l'adozione di un provvedimento espresso. È lo stesso rimedio a imporre l'emanazione di un atto tardivo (rispetto all'originario termine di conclusione del procedimento), da parte dell'amministrazione competente, ora condannata, ovvero, in caso di sua perdurante inerzia, da parte del commissario *ad acta* appositamente nominato.

Ne consegue che l'atto adottato a seguito del ricorso, come risultato del suo esperimento, è necessariamente legittimo, essendo lo stesso strumento offerto dall'ordinamento a riconoscere, o meglio a imporre, l'esercizio della funzione oltre i termini di conclusione del procedimento originariamente fissati<sup>337</sup>.

In questo caso, dunque, l'atto tardivo non può che essere legittimo, dal momento che è lo stesso rimedio attivato a richiederne l'adozione<sup>338</sup>. Pertanto, il terzo eventualmente pregiudicato dall'atto non potrà far valere la sua illegittimità per violazione del termine di conclusione del procedimento, come, invece, a parere di chi scrive, sarebbe possibile laddove l'amministrazione adottasse l'atto tardivo in maniera spontanea.

Bisogna, allora, distinguere tra le ipotesi in cui il provvedimento costituisca l'utilità garantita dal rimedio, nel qual caso il provvedimento non può che essere legittimo sotto il profilo temporale, perché è lo stesso ordinamento a *rimettere in termini* l'amministrazione,

---

dell'amministrazione. Tale atto è cioè soggetto al medesimo regime applicabile al provvedimento dell'amministrazione soccombente che ottemperi spontaneamente all'ordine del giudice" (p. 93). Sul punto, si v., però, anche L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in R. VILLATA – B. SASSANI, *Il processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale*, Torino, 2012, 905, per il quale, invece, la sanzione che colpisce gli atti del commissario, laddove non conformi alle prescrizioni della sentenza, è l'inefficacia, che può essere fatta valere davanti al giudice del silenzio anche dall'amministrazione. Secondo l'A., peraltro, nel caso del silenzio la possibilità di opporsi agli atti del commissario non sarebbe soggetta ad alcun termine di decadenza, non potendosi applicare in via analogica quanto previsto in materia di ottemperanza dall'art. 114, c. 6, a seguito del primo correttivo, per cui il reclamo avverso gli atti del commissario deve essere presentato entro sessanta giorni.

<sup>337</sup> In questo senso, F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, cit., secondo cui a seguito del giudizio inizierebbero a decorrere dei nuovi termini, con la conseguenza che il provvedimento "emanato nel rispetto dei termini giudizialmente stabiliti ex art. 21-bis l. Tar non sarà viziato da tardività, ma, sotto il profilo temporale, perfettamente legittimo. Così come sarà legittimo, sotto quest'ultimo profilo, il provvedimento emanato dal Commissario *ad acta*, laddove perduri lo stato di inerzia degli organi ordinari dell'Amministrazione".

<sup>338</sup> A tal proposito, si v. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., per il quale "riuscirebbe incomprensibile la previsione di un meccanismo di recupero dell'anomalia costituita dal silenzio che tolleri il permanere dell'illegittimità dell'atto espresso che dà concretezza a quel meccanismo. Dal punto di vista teorico dovrebbe allora sostenersi che si sia in presenza di una sanatoria *ex lege* di un provvedimento inizialmente illegittimo perché indiscutibilmente tardivo (in relazione all'originario termine procedimentale), salvo ipotizzare – e questa sembra la tesi più suggestiva – una sorta di riapertura del termine procedimentale con la conseguenza che il provvedimento espresso sarebbe soltanto apparentemente tardivo" (p. 96).



e quelle in cui, quest'ultima, pur non avendo ricevuto alcun impulso dal privato, adotti spontaneamente l'atto nelle more del giudizio.

Quest'ultima situazione, invero, non pare differire da quella in cui l'amministrazione provveda successivamente alla scadenza del termine, senza che il privato abbia attivato alcun rimedio. Non ci si può, allora, discostare da quanto sostenuto in precedenza, circa l'illegittimità dell'atto spontaneo tardivo.

Tuttavia, valgono anche le medesime conclusioni raggiunte in ordine al superamento dell'illegittimità. Per cui, si ribadisce, in caso di attività vincolata, il provvedimento potrebbe essere considerato legittimo in quanto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, conformemente a quanto disposto dall'art. 21-*octies*. In presenza di discrezionalità, invece, l'atto sarebbe considerato legittimo solo laddove l'amministrazione avesse osservato i criteri stabiliti dall'art. 21-*nonies*, in materia di convalida, per la sua adozione.

A tal proposito, si potrebbe sostenere che, nonostante non rilevi ai fini della legittimità dell'atto sotto il profilo temporale, assicurata dalla stessa previsione del rimedio, pure l'amministrazione condannata ovvero il commissario debbano - nell'adottare l'atto in un momento necessariamente successivo rispetto a quello "naturale" - effettuare la valutazione "rafforzata" degli interessi richiesta, nel caso di attività discrezionale, dall'art. 21-*nonies*.

In altri termini, anche i provvedimenti tardivi dell'amministrazione o del commissario indotti dal ricorso - sempre che ci sia discrezionalità - dovrebbero considerare l'interesse dei destinatari e dei controinteressati, l'interesse pubblico specifico. Pur non essendo necessaria, dunque, per la validità del provvedimento con riguardo al profilo "temporale", si potrebbe tenere conto di una decisione di tal fatta ai fini della valutazione complessiva della legittimità dell'atto, che in ogni caso interviene tardivamente.

## **9.2. L'impugnazione del provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio mediante motivi aggiunti e la conversione del rito**

Se, però, l'illegittimità del provvedimento per violazione del termine di conclusione del procedimento può essere superata alle condizioni richiamate, diversa è l'ipotesi in cui l'atto sopravvenuto nelle more del giudizio sia viziato sotto profili differenti.

Al fine di agevolare il privato che abbia subito un pregiudizio, l'art. 117 del codice del processo amministrativo, recependo una prassi assai invalsa in giurisprudenza, ha per la prima volta riconosciuto in maniera espressa la possibilità di impugnare l'eventuale

provvedimento intervenuto nelle more del giudizio mediante l'istituto dei motivi aggiunti. Il comma 5 dispone, infatti, che, se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso ovvero un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato mediante lo strumento dei motivi aggiunti, nei termini e secondo il rito previsto per il nuovo provvedimento, cosicché l'intero giudizio prosegue con tale rito.

Si tratta di un'importante novità che supera il precedente contrasto giurisprudenziale e dottrinale sull'ammissibilità della proposizione dei motivi aggiunti per impugnare il provvedimento tardivo sopravvenuto nelle more del ricorso avverso il silenzio<sup>339</sup>. Prima del suo riconoscimento espresso, infatti, la possibilità di estendere l'ambito del giudizio, impugnando il provvedimento tardivo con i motivi aggiunti, era sostenuta solamente da parte della giurisprudenza, mentre altri giudici adottavano pronunce di improcedibilità del giudizio per cessata materia del contendere, in caso di accoglimento della richiesta del privato, ovvero per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere nell'ipotesi di reiezione dell'istanza<sup>340</sup>.

Nel primo caso, infatti, ciò che rilevava era il venire meno dello stato di incertezza in cui versava il privato, di talché egli avrebbe perso interesse a proseguire un giudizio volto all'accertamento del dovere dell'amministrazione di provvedere e alla conseguente condanna. Nel secondo, invece, sarebbe venuto del tutto meno il pregiudizio del privato, dato l'avvenuto conseguimento del bene della vita.

Soprattutto con riferimento alla prima situazione, è d'obbligo notare la concezione formalistica del giudizio<sup>341</sup>, per cui l'azione avverso il silenzio sarebbe stata volta

---

<sup>339</sup> In senso favorevole: Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6439, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 206; Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2002, n. 1974, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1005, con nota di L. BERTONAZZI. *Contra*: Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 897, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 824; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 16 ottobre 2007, n. 2404, in *www.giustamm.it*; Tar Lazio, Roma, sez. II, 23 settembre 2005, n. 7358, *ivi*; Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro it.*, 2003, III, 217.

<sup>340</sup> Invero, l'ammissibilità o meno dei motivi aggiunti era strettamente correlata alla concezione dell'oggetto del giudizio, nel senso che, tendenzialmente, riconoscevano al privato la possibilità di impugnare il provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio con i motivi aggiunti coloro i quali ritenevano che si trattasse di un giudizio sul rapporto. Diversamente, tale facoltà era negata da quanti individuavano l'oggetto del giudizio nella mera declaratoria del dovere di provvedere. Alla luce di quest'ultima considerazione, si ricordi che l'idea di consentire l'impugnazione del provvedimento tardivo con i motivi aggiunti è stata manifestata sin dall'origine della tutela giurisdizionale del silenzio. Come si è avuto modo di chiarire, infatti, in una prima fase il silenzio era interpretato alla stregua di un provvedimento negativo tacito, di talché l'oggetto del giudizio era necessariamente più ampio della verifica del dovere di provvedere, posto che si riteneva che l'amministrazione avesse esercitato il potere pure restando inerte. Già in questa fase, dunque, si ammetteva la proponibilità dei motivi aggiunti per impugnare l'eventuale diniego esplicito tardivo, che rilevava come motivazione delle ragioni sottese al precedente rifiuto implicito. Sul punto, si v. B. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio-rifiuto della p.a.: orientamenti giurisprudenziali*, cit.

<sup>341</sup> In questo senso, A. GIUFFRIDA, *Rito speciale avverso il silenzio-rifiuto della P.A. e ragioni di effettività della tutela giurisdizionale*, cit., per il quale la soluzione giurisprudenziale di pronunciarsi sull'improcedibilità del giudizio è evidentemente di stampo formalistico, "essendo in effetti innegabile che, dal punto di vista sostanziale, l'interesse del privato non possa ridursi al mero sblocco dello stallo procedimentale, ma miri piuttosto all'ottenimento di un atto a sé favorevole".

esclusivamente a eliminare lo stato di incertezza provocato dalla mancata adozione del provvedimento finale entro i termini. La tesi, peraltro, non consentendo l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto nell'ambito del medesimo giudizio, appariva contraria ai principi di economicità dei mezzi processuali, nonché di ragionevole durata del processo, sanciti tanto a livello nazionale che internazionale.

E ancora, non si può tacere come gli artt. 24 e 113 della Costituzione mirino a garantire la tutela effettiva della posizione giuridica del privato, cosicché non consentire l'estensione del giudizio all'eventuale provvedimento negativo sopravvenuto parrebbe in contrasto con la necessità di assicurare una tutela piena alla pretesa sostanziale del privato<sup>342</sup>.

La limitazione dell'ambito cognitorio del giudice rientrava, dunque, nella tradizionale ricostruzione del rito avverso il silenzio come estraneo al rapporto sostanziale, per cui il ricorso sarebbe stato finalizzato esclusivamente a fare ottenere al privato una determinazione espressa, avverso la quale, poi, eventualmente proporre un'azione per tutelare dal punto di vista sostanziale la pretesa privata.

Una prima importante apertura per giungere all'ammissibilità espressa dell'impugnazione del provvedimento tardivo con i motivi aggiunti si è avuta, però, con la riforma realizzata dalla l. n. 80 del 2005. Il riconoscimento della possibilità per il giudice di conoscere della fondatezza dell'istanza ha, infatti, trasformato il giudizio da mero accertamento della legittimità del silenzio a cognizione della fondatezza sostanziale della pretesa, seppure ovviamente limitatamente all'attività vincolata.

Nel momento in cui, quindi, è stato ammesso il potere del giudice di scendere anche all'esame del rapporto, non vi era più ragione per escludere la cognizione del provvedimento tardivo sopravvenuto, dovendosi, pertanto, confermare la proponibilità dei motivi aggiunti per estendere il giudizio pendente pure all'atto nel frattempo intervenuto.

L'ultimo ostacolo era rappresentato dal problema della compatibilità di un rito rapido e sommario con il giudizio di impugnazione, posto che facilmente avrebbe potuto opporsi la tassatività e tipicità dei casi di conversione del rito, ai sensi dell'art. 40 c.p.c. Nonostante ciò, però, alcune aperture giurisprudenziali vi erano già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, che ha espressamente ammesso la proponibilità dei motivi aggiunti per il provvedimento adottato tardivamente.

---

<sup>342</sup> In argomento, S. FANTINI, *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 12, 1429, per il quale l'ammissibilità dell'impugnazione del provvedimento sopravvenuto, mediante motivi aggiunti, si giustifica "in funzione della necessaria simultaneità di un giudizio che possa offrire una tutela, in conformità degli *standards* europei, piena ed effettiva" (p. 1432).

Accogliendo, infatti, tanto le indicazioni giurisprudenziali che dottrinali, il legislatore del 2010 ha risolto la questione prevedendo espressamente la conversione del rito nel caso di impugnazione mediante i motivi aggiunti del provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio avverso il silenzio.

Questione ancora diversa (ma che, per affinità, sarà trattata in questa sede) è quella della possibilità per l'amministrazione di provvedere una volta nominato il commissario<sup>343</sup>.

La precedente formulazione della norma consentiva questo potere (l'art. 21-*bis*, l. Tar, recitava, infatti, che "all'atto dell'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo con la decisione prevista dal comma 2"); oggi, nel silenzio dell'art. 117, c.p.a., sembra comunque doversi sposare la tesi favorevole, in ossequio al principio generale dell'ammissibilità dell'adempimento tardivo<sup>344</sup>.

Anche perché, se è vero quanto affermato in precedenza, per cui l'amministrazione non perde il potere per la mera violazione del termine di conclusione del procedimento, sembra che ciò non possa accadere nemmeno nel caso in cui non sia osservato il termine fissato dal giudice per adempiere.

Pur escludendosi, dunque, la nullità dell'atto, è necessario verificare se possa essere o meno considerato legittimo. Invero, si è detto in precedenza che, a differenza di quanto avviene nel caso di provvedimento tardivo spontaneo (illegittimo salvo siano rispettate le condizioni previste dagli artt. 21-*octies* e 21-*nonies*, a seconda della natura vincolata o discrezionale dell'attività), il ricorso avverso il silenzio rimette in termini l'amministrazione, con la conseguenza che il provvedimento adottato a seguito della condanna, entro il termine stabilito dal giudice, è certamente legittimo sotto il profilo temporale.

Per quanto concerne, invece, l'atto tardivo pure rispetto alla scadenza fissata dal giudice, coerenza impone di riconoscere anche in questo caso l'illegittimità dell'atto. Se è vero, infatti, come si è detto, che il ricorso avverso il silenzio è idoneo a rimettere in termini

---

<sup>343</sup> In senso favorevole, Tar Veneto, sez. II, 24 marzo 2005 n. 1213, in *www.giustamm.it*, per cui "la nomina del commissario *ad acta* non produce in capo agli organi dell'amministrazione la perdita della legittimazione ad adottare l'atto il cui compimento è stato affidato al commissario".

<sup>344</sup> Secondo F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., "pare tuttavia non razionale, nonché in contrasto con il principio civilistico secondo cui la prestazione del debitore è efficace ancorché tardiva, sancire l'assoluta non rilevanza dell'atto ulteriormente tardivo che, raggiungendo – almeno apparentemente – l'obiettivo avuto di mira dal legislatore (adozione del provvedimento espresso), si ponga in esecuzione della decisione del giudice" (p. 98).

l'amministrazione, è altrettanto vero che ciò non può consentire a quest'ultima di decidere arbitrariamente quando provvedere. Un'ulteriore conferma sembra provenire dal fatto che, talvolta, il commissario viene nominato contestualmente alla pronuncia del giudice, in modo che, alla scadenza del termine stabilito, qualora l'amministrazione non abbia adempiuto, la competenza ad adottare il provvedimento passi al commissario. Ne consegue, peraltro, che l'illegittimità dell'eventuale atto tardivo rispetto al termine fissato dal giudice sarebbe, altresì, dovuta a un vizio di competenza<sup>345</sup>.

## Sezione II

### 1. Il meccanismo di sostituzione interna introdotto dal governo Monti

L'intervento di semplificazione dell'azione amministrativa, perseguito dal Governo Monti con il D.L. n. 5/2012, ha inciso anche sulla tutela del cittadino leso dalla violazione del dovere di provvedere. Nell'intento di assicurare l'efficienza delle amministrazioni, promuovendo un'azione tempestiva, il legislatore ha introdotto all'interno dell'art. 2 una serie di disposizioni che regolano un meccanismo di sostituzione interna, attivabile dal privato ogniqualvolta l'organo competente non adotti il provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento.

La riforma inserisce all'interno dell'ordinamento una nuova misura di salvaguardia dell'interesse privato nelle ipotesi di inerzia dell'amministrazione, prevedendo che l'organo originariamente competente per l'adozione dell'atto conclusivo del procedimento, in caso di inerzia, sia sostituito da un altro soggetto preventivamente individuato dall'organo di governo.

I nuovi commi *9-bis*, *9-ter* e *9-quater* disciplinano, infatti, il meccanismo di sostituzione interna al procedimento che può essere esperito una volta decorso infruttuosamente il termine di conclusione. Si fornisce, così, al privato leso dall'inerzia amministrativa un nuovo strumento di tutela diretta, che va ad aggiungersi al ricorso avverso il silenzio e alla tutela risarcitoria. Peraltro, data l'assenza di disposizioni contrarie o comunque di forme di

---

<sup>345</sup> A tal proposito, si v. ancora F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., per il quale “giusta l'inesauribilità del potere, il provvedimento andrebbe qualificato come annullabile per violazione dell'art. 21-bis, l. Tar (e per conseguente difetto di legittimazione ad agire del soggetto pubblico); opinando in tal guisa, esso produrrebbe però effetti, sicché il commissario vedrebbe in sostanza paralizzata la propria attività, per la quale, anzi, non vi sarebbe nessuno spazio. Va tuttavia aggiunto che l'atto parrebbe convalidabile secondo le consuete regole, salva l'essenziale precisazione che la convalida può essere posta in essere soltanto dal commissario in quanto unico legittimato, in questa fase, come conseguenza della sostituzione. I maggiori dubbi attengono al caso in cui il commissario non concordi con il contenuto del provvedimento tardivo: salva l'impugnabilità dell'atto da parte degli interessati in sede di giurisdizione di legittimità, si potrebbe sostenere la tesi della sussistenza del potere commissariale – connesso a quello di provvedere – di annullare in via di autotutela (anche per vizi di merito) l'atto medesimo, nelle more comunque produttivo di effetti” (p. 99).

coordinamento con le altre misure, si ritiene che la sostituzione possa essere richiesta anche contestualmente alla presentazione dell'azione avverso il silenzio e/o alla domanda risarcitoria<sup>346</sup>.

Non ostante, infatti, a una simile ricostruzione le discipline dei diversi rimedi, risultando compatibili pure dal punto di vista della tempistica. Tuttavia, nonostante sia astrattamente possibile per il privato utilizzare contemporaneamente i diversi strumenti di tutela, si può affermare che l'intento del legislatore sia stato proprio di predisporre un mezzo più snello e soprattutto economico rispetto a quelli esistenti, anche nell'ottica di una riduzione del contenzioso amministrativo.

Tralasciando il rimedio risarcitorio, che consente al privato di ottenere come utilità soltanto la riparazione del danno, quello in esame sembra, già a una prima lettura, garantire al privato la medesima utilità del rito avverso il silenzio, con una minore spesa – trattandosi, anzi, di uno strumento gratuito – e in tempi certamente più rapidi. Il comma 9-ter del nuovo art. 2 dispone, infatti, che “decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario”.

L'adozione del provvedimento è (*rectius*, dovrebbe essere) assicurata, quindi, in un termine brevissimo, pari alla metà di quello originariamente fissato. L'utilità finale dovrebbe, così, essere ottenuta dal privato in tempi decisamente ridotti rispetto al giudizio sul silenzio. In quel caso, infatti, seppure si tratti di un rito particolarmente celere, i tempi del giudizio e dell'eventuale intervento del commissario, in caso di perdurante inerzia, sarebbero di gran lunga superiori.

Prima, allora, di esaminare le modalità specifiche del rimedio, sembra si possa già affermare la sua idoneità a tutelare maggiormente il privato, laddove effettivamente avvenga la sostituzione, ma che, al contempo, tanto la previsione di un termine così breve

---

<sup>346</sup> In questo senso anche S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), per cui “in assenza di previsioni dilatorie o sospensive, l'attivazione del meccanismo sostitutivo non si pone come alternativa all'accesso alla giurisdizione (mediante il rito del silenzio), l'interessato sembra abilitato a percorrere entrambe le strade. Di qui una lampante conseguenza: la componente deflattiva del contenzioso sopra descritta rischia, in molti casi, di rimanere frustrata, perché nel dubbio che anche il dirigente contravvenga alla norma, l'interessato potrà avere interesse ad incardinare egualmente il giudizio (soprattutto per evitare ulteriori danni grazie ad un provvedimento cautelare, o per invocare i presupposti di una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta, tale da 'scavalcare' l'amministrazione)”.

per adempiere, quanto soprattutto la natura interna del meccanismo, mettono a rischio la sua effettiva utilizzabilità ed efficacia.

Rinviando, però, considerazioni di tal fatta al prosieguo della trattazione, preme ora analizzare il meccanismo così come modellato dal legislatore.

Il primo onere gravante sull'amministrazione, e in particolare sull'organo di governo, è di individuare il soggetto responsabile della sostituzione nell'ambito delle figure apicali. Per evitare che il compito non sia assolto, peraltro, il comma 2-*bis* dispone che, in assenza di apposita indicazione, il potere sostitutivo è attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o comunque al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione<sup>347</sup>.

È al responsabile così individuato che deve essere, dunque, indirizzata la richiesta (per cui si ritiene che la comunicazione di avvio debba oggi contenere anche l'indicazione del responsabile della sostituzione<sup>348</sup>), al quale spetta il compito di sostituirsi all'organo inadempiente, adottando la decisione finale, con i medesimi poteri del soggetto originariamente competente.

Sempre su di lui grava, poi, il compito di comunicare, entro il 30 gennaio di ogni anno, all'organo di governo che lo ha nominato, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsto dalla legge o dai regolamenti. È chiaro, dunque, lo stretto collegamento tra il meccanismo di sostituzione e le responsabilità disciplinari e amministrativo-contabili previste per i singoli funzionari e dirigenti che abbiano contribuito, con la loro condotta (o meglio con le loro omissioni), a sfiorare il termine di conclusione del procedimento.

D'altra parte, il meccanismo di sostituzione inserito dal Governo Monti, che individua all'interno della stessa amministrazione il soggetto cui spetta il compito di sopperire all'inadempimento dell'organo originariamente competente, sembra collocarsi nell'ambito di un processo volto, tra l'altro, alla responsabilizzazione sia delle strutture amministrative

---

<sup>347</sup> La disposizione limita, dunque, la scelta del responsabile della sostituzione. Questo sembra poter essere nominato, infatti, soltanto tra coloro che svolgano funzioni amministrative. In questo senso, S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, cit., per il quale la norma nega ogni competenza/funzione sostitutiva agli organi di indirizzo politico-amministrativo, confermando, così, la necessità di assicurare la separazione tra politica e amministrazione.

<sup>348</sup> A tal proposito, si v. S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, cit., secondo cui il privato, estraneo all'organizzazione amministrativa, difficilmente potrebbe conoscere il soggetto responsabile della sostituzione. Sarebbe stata, perciò, opportuna la contestuale novellazione dell'art. 8, comma 1, della l. n. 241/1990, in materia di comunicazione di avvio del procedimento, così da imporre l'indicazione del dirigente investito dei poteri sostituitivi. Tuttavia, pure in assenza di una disposizione normativa in tal senso, nulla vieta che le amministrazioni possano autonomamente integrare il contenuto della comunicazione.

nel loro complesso sia degli individui che vi prestano lavoro<sup>349</sup>. Il che è dimostrato, peraltro, dal fatto che le amministrazioni debbono garantire la definizione dei procedimenti di loro competenza, eventualmente ricorrendo alla sostituzione interna, con le risorse disponibili, conformemente alla clausola di invariabilità finanziaria che chiude la disciplina del meccanismo in esame.

Il legislatore ha aggiunto che “le Amministrazioni provvedono all'attuazione del presente comma, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”. Anche se non è chiaro come questa disposizione si concili con la precedente, in cui si legge che il responsabile della sostituzione può esercitare il suo potere avvalendosi delle strutture competenti ovvero nominando un commissario.

*Nulla quaestio*, dunque, nell'ipotesi in cui il responsabile ricorra alle strutture competenti per l'adozione del provvedimento finale. Sembra, invece, un controsenso prevedere, da un lato, che possano essere utilizzate solamente le risorse, comprese quelle umane, già in dotazione dell'amministrazione e, dall'altro, ammettere il ricorso a un commissario, che si configura, di norma, come un organo straordinario<sup>350</sup>.

## **2. L'interesse tutelato dal rimedio endoprocedimentale e l'utilità garantita al privato dalla sostituzione interna**

Una volta esaminata, per grandi linee, la disciplina del meccanismo di sostituzione, è necessario chiarire, anche con riguardo a questo rimedio, qual è l'interesse tutelato dal legislatore. Sembra, invero, che esso sia più ampio di quello sotteso all'azione avverso il silenzio.

Il rimedio in parola appare idoneo a tutelare almeno due interessi. In *primis*, quello del privato alla certezza dell'azione amministrativa e che è comune a tutti gli strumenti oggetto

---

<sup>349</sup> In questo senso, A. LAZZARO, *Brevi note sulle recenti modifiche dell'art. 2 l. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), per la quale le nuove norme, al fine di assicurare maggiore protezione del cittadino che si rapporta con l'amministrazione, soprattutto nel senso di garantirgli il rispetto dei tempi previsti, rafforzano il principio di responsabilità di funzionari e dirigenti preposti a quell'attività.

<sup>350</sup> Sul punto, si v. S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, cit., il quale, nell'individuare chi potrebbe rivestire la qualifica di commissario, richiama anche soggetti esterni all'amministrazione. Secondo l'A., infatti, “la norma si presenta lacunosa, non essendo ben circoscritto il novero dei soggetti potenzialmente destinatari della nomina commissariale. Teoricamente potrebbe trattarsi di figura avente qualifica meno elevata del funzionario inizialmente inadempiente. Ovvero la scelta potrebbe cadere sul responsabile del procedimento esitato nel silenzio-inadempimento, e persino sullo stesso soggetto responsabile dell'omissione; o addirittura, in difetto di un divieto esplicito, su soggetto esterno all'amministrazione, in ipotesi un privato (es. professionista), laddove le esigenze istruttorie implicino particolari competenze tecniche non in possesso dell'amministrazione precedente”.



di analisi nel presente lavoro. Senza dubbio, infatti, assume sempre rilievo l'interesse del privato a ottenere una definizione dei suoi interessi entro tempi certi e possibilmente brevi. Con riferimento al meccanismo di sostituzione interna, è evidente, allora, che il primo obiettivo è rappresentato dalla necessità di garantire al privato che l'esercizio dell'azione amministrativa si svolga "fisiologicamente", affinché egli non sia pregiudicato nei suoi interessi. Tuttavia, al contempo, il rimedio in esame appare idoneo a promuovere anche l'efficienza delle amministrazioni. È al loro interno, infatti, che ci si deve attivare per superare l'inerzia, dimostrando di essere in grado, entro tempi definiti, di rimediare all'inadempimento, peraltro, facendo ricorso esclusivamente alle risorse di cui già si dispone<sup>351</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'utilità offerta al privato, essa coincide con quella cui mira il ricorso avverso il silenzio, ossia la garanzia di una decisione in ordine alla pretesa del privato. Il nuovo rimedio sembra, tra l'altro, fornire una tutela maggiore, dal momento che consente di ottenere subito l'esercizio dell'azione, senza limiti derivanti dalla natura dell'attività posta in essere, in tempi significativamente più celeri.

Se è vero, infatti, che al termine del giudizio avverso il silenzio e dell'eventuale fase commissariale, il privato potrebbe ottenere la medesima utilità, i costi della tutela (si pensi alle spese legali connesse all'azione giudiziale) e i tempi di realizzazione non lasciano dubbi circa la convenienza del rimedio in esame per fronteggiare l'inerzia amministrativa.

Una differenza marcata emerge invece nel caso di attività vincolata, nel senso che solo il rito avverso il silenzio consente di ottenere una statuizione sulla fondatezza della pretesa, ma il "prezzo da pagare" (anche in senso non metaforico) è costituito dalla necessità di attivare un intervento giurisdizionale.

### **3. Gli effetti dell'attivazione del rimedio sull'organizzazione amministrativa e il regime dell'atto tardivo**

E' evidente la maggiore sensibilità nei confronti delle esigenze dell'organizzazione che ha mostrato il legislatore nel disciplinare questo rimedio rispetto al ricorso avverso il silenzio, ove mancano disposizioni relative alla previa identificazione del commissario. Da questo

---

<sup>351</sup> Sul punto, si v. S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, cit., secondo cui "la ratio della disposizione appare multiforme. Certamente è presente una componente di semplificazione procedimentale, cui sono sottesi sia un'esigenza di incremento dell'efficienza e della funzionalità dell'amministrazione, sia un *favor* per il cittadino (esonerato dalle maggiori spese necessariamente connesse all'accesso alla giurisdizione, ormai proibitivo anche nel rito del silenzio a causa dell'elevato contributo unificato). Ma probabilmente il Legislatore d'urgenza intendeva al medesimo tempo perseguire l'obiettivo di deflazionare il contenzioso nascente dal rito speciale di cui agli artt. 31 (commi 1 – 3) e 117 c.p.a."

punto di vista, la norma ha anche il significato di predisporre in via preventiva i margini di alterazione della competenza o forse, più propriamente, della legittimazione dell'organo ad agire sulla base di specifici presupposti (v. *infra*).

Più in generale, in ordine a questi aspetti, due sono i profili ancora da approfondire, peraltro, parzialmente collegati tra loro: da un lato la competenza all'adozione dell'atto successivamente alla scadenza del termine di conclusione del procedimento; dall'altro il regime dell'atto così emanato.

Per quanto riguarda il primo profilo, una volta che il privato, decorso infruttuosamente il termine di conclusione del procedimento, richieda la sostituzione, un nuovo soggetto, diverso rispetto a quello originariamente indicato dalla legge, assume la competenza ad adottare il provvedimento.

Due sono, però, le interpretazioni che potrebbero darsi di quanto appena detto. La prima in favore di un trasferimento di competenze, per cui l'organo originario perderebbe il potere di emanare l'atto, che passerebbe in via esclusiva al sostituto.

La seconda, invece, ammetterebbe una *duplicazione* della competenza, per cui il provvedimento finale potrebbe essere adottato indifferentemente dall'organo originariamente investito ovvero dal sostituto.

Alla luce delle considerazioni esposte nel secondo Capitolo, in relazione alla sopravvivenza del potere in caso di scadenza dei termini procedurali, un chiarimento sembra necessario con riferimento al caso di specie. Ebbene, se nel corso della trattazione precedente si è fatto riferimento al problema dell'estinzione del potere, finendo per negare che la scadenza del termine ne comporti la consumazione, qui si esamina una problematica differente, relativa al riparto di competenze interno alla stessa amministrazione.

Così come, dunque, in quell'occasione è stato affermato che il potere amministrativo, attribuito dalla legge a un determinato ente, non viene meno per effetto della scadenza del termine, cosicché l'eventuale atto tardivo non sarebbe nullo, lo stesso discorso vale ovviamente con riferimento all'ipotesi in esame.

Il fatto che si attivi un meccanismo di sostituzione interna non incide sulla configurabilità del potere in capo all'ente, venendo, semmai, in rilievo un problema di competenza relativa, concernente il rapporto tra diversi organi appartenenti al medesimo soggetto pubblico.

Se, però, come si è detto, nel caso di spontanea adozione tardiva del provvedimento da parte dell'organo competente non si pone un problema di nullità, ma l'atto è illegittimo per

violazione di una norma di azione, nel caso in cui sia attivato il rimedio in esame sono necessarie maggiori precisazioni.

Tre appiano le diverse situazioni che possono configurarsi, in relazione alle quali è bene chiarire quale sia il regime dell'atto adottato.

La prima, la più semplice, concerne l'ipotesi in cui il privato attivi il rimedio in esame e l'organo designato per la sostituzione adotti il provvedimento entro il termine pari alla metà di quello previsto per la conclusione del procedimento.

In questo caso, si tratta certamente di un provvedimento tardivo rispetto alla naturale scadenza del termine. Tuttavia, a differenza di quanto si è avuto modo di affermare circa l'illegittimità dell'atto tardivo adottato dall'organo originariamente competente, perché posto in violazione di una norma di azione, qui sembra si possa confermare la validità del provvedimento.

Si ritiene, infatti, che l'attribuzione espressa del potere di sostituirsi all'organo inadempiente, con il compito di esercitare la funzione, sia di per sé idonea a *rimettere in termini* l'amministrazione, per cui l'atto, emanato come risultato dell'esperimento del rimedio, risulta certamente legittimo (ovviamente sotto il profilo esaminato, non potendosi escludere che sia viziato per altri aspetti<sup>352</sup>).

È la stessa legge, infatti, prevedendo esplicitamente che il sostituto adotti il provvedimento, a confermarne la legittimità, sempre che siano osservate tutte le altre condizioni della norma. E, invero, la seconda situazione che potrebbe assumere rilievo riguarda proprio l'ipotesi in cui il potere sostitutivo non sia correttamente esercitato, per violazione del nuovo termine assegnato all'amministrazione per provvedere.

Si fa riferimento all'ipotesi in cui l'organo, nominato come responsabile della sostituzione, emani il provvedimento solo una volta scaduto il termine pari alla metà di quello originario. La situazione non è diversa da quella in cui sia l'organo originariamente competente ad adottare spontaneamente e in ritardo il provvedimento, per cui anche in questo caso l'atto appare illegittimo.

Peraltro, non è chiaro, scaduto il tempo a disposizione del sostituto, a chi spetti eventualmente la competenza ad adottare l'atto. Sembra, tuttavia, che, anche in forza della portata punitiva che caratterizza la previsione della sostituzione, la competenza passi

---

<sup>352</sup> Sempre tenendo conto che, come si è detto per l'atto adottato dall'amministrazione condannata ovvero dal commissario, potrebbe auspicarsi, in caso di attività discrezionale, il rispetto di quanto previsto dall'art. 21-*nonies* pure da parte del sostituto. Per cui, se è vero che il termine ragionevole è garantito dalla stessa esistenza del rimedio, dovrebbe comunque emergere dalla motivazione la valutazione "rafforzata" degli interessi, alla luce del fatto che il provvedimento viene adottato necessariamente in ritardo.

definitivamente (ovviamente nei limiti di quel dato procedimento) in capo al nuovo organo nominato<sup>353</sup>.

Ne consegue che l'atto tardivo adottato dal sostituto sarebbe illegittimo solo per violazione del termine, mentre quello dell'organo originariamente competente, nel caso di attivazione del rimedio, sarebbe sempre viziato pure per incompetenza relativa, vuoi nell'ipotesi in cui il sostituto sia ancora nei termini vuoi quando siano già scaduti.

### **Sezione III**

#### **1. La tutela risarcitoria per danno da ritardo: la disciplina positiva**

La tutela risarcitoria per il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo ha trovato positivo riconoscimento soltanto con la riforma realizzata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha modificato la legge sul procedimento amministrativo, introducendo l'art. 2-*bis*. La norma ha, infatti, codificato per la prima volta la responsabilità dell'amministrazione per la mancata o intempestiva conclusione del procedimento, condannandola a risarcire il danno ingiusto provocato dalla violazione dolosa o colposa del termine fissato dalla legge.

La disciplina specifica dell'azione risarcitoria per il danno da ritardo trova spazio nel codice del processo amministrativo, in particolare, all'art. 30, che fa riferimento al "risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

L'entrata in vigore del codice ha, dunque, inciso sulla originaria formulazione dell'art. 2-*bis*, eliminando sia il richiamo alla prescrizione quinquennale, sia la previsione della devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Anche se, per quanto riguarda la giurisdizione, la ragione è semplicemente di ordine sistematico. La stessa disposizione è oggi, infatti, riprodotta nell'art. 133 del d.lgs. n. 104/2010, che elenca in maniera tassativa tutte le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva.

Per quanto concerne, invece, la prescrizione del diritto al risarcimento, la disciplina è significativamente mutata con la riforma del sistema di giustizia amministrativa. L'azione risarcitoria per la conclusione tardiva del procedimento è, infatti, oggi soggetta al termine

---

<sup>353</sup> Si v., a tal proposito, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., che, seppure con riferimento al commissario nominato in sede di giudizio avverso il silenzio, chiarisce che, in virtù della sostituzione, si riconosce al richiedente una garanzia per cui il provvedimento, a partire da un dato momento, sarà adottato non più dall'amministrazione inadempiente, ma dal sostituto.

di decadenza di centoventi giorni, decorrenti dal momento dell'inadempimento ovvero, comunque, decorso un anno dalla scadenza del termine procedimentale.

Al di là delle modifiche intervenute, il dato normativo non appare idoneo a superare tutti i dubbi legati alla tutela risarcitoria in esame. Prima di procedere a una loro analisi, è opportuno ricordare che l'introduzione di una disciplina espressa delle conseguenze derivanti dalla mancata conclusione del procedimento era auspicata già da tempo.

In effetti, un primo tentativo era stato fatto già con la l. 15 marzo 1997, n. 59, in base alla quale avrebbero dovuto essere previste forme di indennizzo automatico e forfettario nel caso di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento<sup>354</sup>. La delega ivi contenuta, però, non è stata mai attuata<sup>355</sup>.

Tuttavia, nonostante detta riforma non sia stata mai realizzata e la tutela risarcitoria sia stata codificata solo nel 2009, la giurisprudenza già prima di questa data riconosceva il danno causato al privato dal mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento. Ancora una volta l'intervento pretorio si è rivelato necessario per fornire maggiori garanzie al cittadino leso dall'inerzia della pubblica amministrazione.

Fin dal riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, i giudici amministrativi sostenevano, infatti, che potesse essere accordato al privato anche il danno derivante dalla mancata osservanza del termine di conclusione del procedimento. Pertanto, l'introduzione della disciplina positiva ha avuto, prima di tutto, il merito di confermare l'utilizzabilità di un rimedio già riconosciuto a livello giurisprudenziale, pur senza chiarire molte delle perplessità legate a questa peculiare forma di responsabilità.

---

<sup>354</sup> Sul punto, si v. P. QUINTO, *Problemi vecchi e nuovi del risarcimento del danno da ritardo: commento ad una sentenza del Tar Lombardia*, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 1, 16, che ricorda come la delega contenuta nella legge Bassanini non sia stata mai attuata e che, “dopo il disegno di legge Nicolais, approvato dalla Camera dei Deputati, ma decaduto per fine legislatura e ripreso dal Governo della XVI legislatura nella sua formulazione originaria, si è così pervenuti all'approvazione del testo attuale dell'art. 2 *bis* della l. n. 241, introdotto dalla l. n. 69 del 2009 sullo sviluppo economico e la semplificazione”.

<sup>355</sup> Critiche nei confronti della mancata previsione di un indennizzo automatico provengono da G. NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in AA. VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 235. Secondo l'A., infatti, le rare ipotesi in cui l'azione risarcitoria viene esercitata in via autonoma e il limitato riconoscimento in concreto della responsabilità per danno da mero ritardo suggerirebbero l'inserimento di un indennizzo automatico, il quale dovrebbe poi sommarsi eventualmente all'azione risarcitoria per il maggiore danno. Il problema più grande legato all'indennizzo, però, consiste nell'individuazione dei parametri per calcolarlo. L'A. propone, allora, due diverse soluzioni. “Quella più perfetta, direttamente commisurata al danno per il ritardo nell'attività, potrebbe utilizzare come parametro monetario l'entità dell'operazione economica sottoposta all'assenso e calcolare l'indennizzo sulla base di un saggio medio di redditività (eventualmente gli stessi interessi legali). La soluzione più semplice, che pone invece in primo piano la frustrazione della mera aspirazione ad una tempestiva erogazione della prestazione, è fare riferimento ai diritti di istruttoria versati ai fini dello svolgimento del procedimento. Basterebbe a questo punto introdurre una norma nella legge di riforma della 241, secondo cui, nei procedimenti a iniziativa privata, in caso di mancato rispetto del termine, l'amministrazione è tenuta a versare un indennizzo automatico pari, ad esempio, al doppio dei diritti di istruttoria riscossi. La penalità potrebbe poi crescere con il protrarsi dell'inadempimento (p. 242).

Prima di richiamare i diversi profili problematici, che saranno poi sviluppati nel corso dei paragrafi successivi, appare opportuno soffermarsi brevemente sul contributo giurisprudenziale.

Il primo sforzo operato è stato di superare la qualificazione in termini di comportamento del silenzio dell'amministrazione, con conseguente devoluzione della giurisdizione sulla tutela risarcitoria al giudice ordinario. Alla luce, infatti, della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, che, tra le altre cose, aveva limitato le ipotesi di giurisdizione esclusiva alle fattispecie in cui comunque fosse possibile ravvisare un profilo autoritativo, soprattutto la dottrina interpretava il silenzio nell'ambito dei comportamenti, sottratti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Quest'ultimo, però, con una serie di importanti pronunce ha avuto modo di affermare la propria giurisdizione sul danno da ritardo, interpretando il silenzio non già come un mero comportamento, bensì come "omesso esercizio del potere", a fronte del quale si ravvisano in capo al privato interessi legittimi pretensivi che rientrano pienamente nella sua giurisdizione. La questione è stata affrontata, in particolare, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>356</sup> che, con sentenza 15 settembre 2005, n. 7, ha chiarito che nel caso di silenzio la situazione giuridica del privato si configura quale interesse legittimo leso dal mancato esercizio del potere autoritativo<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> In particolare, si legge nell'ordinanza di rimessione, Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 875/2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, alla luce della sentenza n. 204/2004 della Corte cost., la giurisdizione del giudice amministrativo, anche nel caso in cui sia esclusiva, sussiste quando l'amministrazione agisce come autorità. Ne consegue che, quando l'amministrazione è chiamata a esercitare un potere autoritativo, l'omesso esercizio del potere "costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio (...), la quale non sembra possa essere trattata alla stregua di un mero comportamento, cioè nell'ottica della Corte, di un provvedimento svincolato dall'esercizio di un potere autoritativo. (...) Più in particolare non sembra corretto né ragionevole devolvere a giudici diversi il giudizio sul danno conseguente all'illegittimità del provvedimento negativo (...) e il giudizio sul danno da omesso o ritardato provvedimento. Invero nella seconda ipotesi, l'interesse legittimo pretensivo attiene alla medesima posizione sostanziale lesa dal provvedimento negativo, riguardata in un diverso momento dell'esercizio del potere: sicché l'azione per il risarcimento del danno subito non può che essere portata dinanzi al medesimo giudice della situazione sostanziale lesa, per la cui riparazione il rimedio risarcitorio ha carattere strumentale".

<sup>357</sup> Cons. Stato, Ad. plenaria, 15 settembre 2005, n. 7, in *www.giustamm.it*, secondo cui "non si è di fronte a «comportamenti» della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere*, ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. Si è, perciò, al cospetto di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo". Per un commento, si v. L. VALLA, *Il giudice amministrativo e il risarcimento "del tempo perduto"*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 6, 651. La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di controversie derivanti dal ritardo nella conclusione del procedimento è stata, peraltro, confermata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 25 marzo 2010, n. 7160, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 7, 791, con nota di A. SPEZZATI, *Giurisdizione in materia di risarcimento per danno da ritardo della p.a.* Con la richiamata pronuncia, infatti, la Suprema Corte ha affermato che le azioni risarcitorie per danno da ritardo, pur trovando il loro fondamento in un comportamento, sono comunque riconducibili alla giurisdizione del giudice amministrativo, perché il comportamento si traduce nella violazione di una norma che regola il corretto esercizio del potere, con conseguente lesione di una posizione giuridica di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Per un

Il discorso è strettamente legato a quanto si è avuto modo di chiarire nel corso del primo Capitolo, in ordine alla situazione giuridica del privato a fronte del dovere di provvedere. Tuttavia, pur confermando quanto già detto circa le ragioni per cui debba ritenersi che il privato sia titolare di un interesse legittimo anche a fronte del mancato esercizio del potere (essendo, peraltro, una situazione sostanziale che a esso preesiste), la complessità della questione è dimostrata dal fatto che il legislatore, come ricordato, ha ritenuto di dovere espressamente devolvere le controversie in materia di risarcimento del danno da ritardo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.)<sup>358</sup>.

## **2. L'interesse tutelato dal risarcimento del danno da ritardo**

Al fine di costruire in maniera organica il discorso in vista della comparazione con gli altri rimedi già analizzati in precedenza, è opportuno, prima di esaminare i profili critici *supra* evidenziati, individuare l'interesse tutelato dallo strumento ora in esame.

Alla luce di quanto affermato soprattutto nel secondo Capitolo, l'interesse tutelato direttamente da questa nuova forma di responsabilità va individuato nella tempestività dell'azione amministrativa, in virtù della rilevanza, anche economica, del tempo con cui le amministrazioni fanno fronte alle domande dei privati.

Il discorso dell'interesse protetto è, però, strettamente correlato a quello della portata della responsabilità, più precisamente al fatto che possa essere o meno riconosciuta per la semplice violazione del termine.

In assenza di una specifica disposizione normativa, infatti, la tutela risarcitoria era perlopiù limitata ai casi in cui l'amministrazione avesse adottato con ritardo provvedimenti favorevoli per il privato. Il danno coincideva, dunque, con le conseguenze negative subite dal cittadino per avere ottenuto intempestivamente un provvedimento positivo.

Se, però, senza dubbio è ravvisabile un danno nelle ipotesi in cui il privato ottenga in ritardo il provvedimento cui aspirava, non di meno si devono considerare le conseguenze che possono derivare dalla semplice violazione del termine di conclusione del procedimento, pure laddove il provvedimento finale debba avere un contenuto negativo.

Nel primo caso si pone certamente un problema di ritardo nel godimento dell'utilità finale rappresentata, appunto, dall'atto positivo. Anche nel secondo, però, la mancata definizione

---

commento della decisione della Suprema Corte, si v. anche G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, fasc. 5, 987.

<sup>358</sup> Sul punto, M. MARASCA, *Danno da ritardo: perplessità sulla giurisdizione dopo la l. 69-09. Un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione*, in *www.dirittoeprocesso.com*, per il quale la previsione della giurisdizione esclusiva con riferimento alle controversie in materia di danno da ritardo deve essere letta nel senso di confermare il principio per cui il silenzio-inadempimento costituisce una fattispecie speculare rispetto all'esercizio del potere amministrativo.

tempestiva del procedimento parrebbe, almeno potenzialmente, idonea a danneggiare gli interesse privati.

La prima situazione potrebbe, allora, essere descritta richiamando un'espressione utilizzata in dottrina, ossia quella di danno da "impedimento"<sup>359</sup>. Il pregiudizio troverebbe, infatti, la sua fonte nell'impossibilità di godere del bene della vita nelle more della decisione amministrativa.

Nella seconda ipotesi, invece, il danno si identifica con l'attesa mantenuta oltre un tempo ragionevole, coincidente con il termine di conclusione del procedimento stabilito dalla legge. La mancata adozione della decisione nei termini e la conseguente incertezza circa la composizione degli interessi in gioco sarebbero, infatti, idonee a danneggiare l'interesse del privato, il quale non potrebbe fare affidamento sulla propria posizione giuridica soggettiva.

Nel primo caso, il danno è collegato alla spettanza del bene della vita, alla fondatezza della pretesa del privato. Nell'altro, invece, è sufficiente la mancata osservanza della disposizione normativa sul termine di conclusione del procedimento a determinare una lesione risarcibile.

Qualora, dunque, si ammettesse il ristoro del danno da ritardo solo in presenza dell'effettiva spettanza del bene, l'interesse tutelato non coinciderebbe più con la mera definizione tempestiva del procedimento, ma con il raggiungimento dell'utilità in tempi brevi e certi.

In altre parole, il passaggio preliminare per individuare l'interesse tutelato dal rimedio in esame consiste nel verificare se la tutela risarcitoria sia o meno legata alla meritevolezza dell'interesse finale del privato.

Laddove, infatti, vi fosse detto collegamento, l'interesse dovrebbe essere ravvisato nel tempestivo rilascio del provvedimento favorevole, cosicché il risarcimento andrebbe a riparare il danno derivante dal ritardo nel conseguimento del bene finale. Diversamente, qualora la tutela risarcitoria venisse riconosciuta per la semplice violazione dolosa o colposa del termine, si dovrebbe ritenere che l'interesse tutelato sia quello alla conclusione del procedimento nei termini, indipendentemente dal fatto che la pretesa del privato si riveli poi fondata.

---

<sup>359</sup> M. CLARICH – G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 1, 61, i quali, nel commentare Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7 - con cui il Supremo Consesso ha negato la risarcibilità del danno da mero ritardo - distinguono il danno da impedimento, ravvisabile nell'ostacolo al godimento *medio tempore* del bene, dal danno derivante, invece, dalla semplice attesa, ossia dal mancato rispetto del termine per l'adozione del provvedimento.



Pertanto, la prima parte della ricerca relativa al danno da ritardo verterà proprio sull'esame del suo legame con l'effettiva spettanza del bene finale.

La questione presenta, peraltro, risvolti pratici decisamente significativi, a partire dalla individuazione dei casi concreti in cui effettivamente si configura detta responsabilità, fino alla idoneità della misura in esame a fungere anche da deterrente per le amministrazioni, al fine di promuovere la tempestività e l'efficienza della loro azione.

L'accoglimento dell'una o dell'altra tesi è influenzato dalla disciplina positiva dell'istituto. Sebbene, infatti, già prima dell'introduzione della norma, vi fossero alcune voci a favore di un'estensione della responsabilità anche per il semplice ritardo nella conclusione del procedimento, certamente, a seguito della riforma legislativa, risulta più facile ammettere la risarcibilità del mero ritardo<sup>360</sup>.

Se, infatti, l'orientamento maggioritario previgente era nel senso di accordare la tutela risarcitoria solo nei casi in cui la pretesa del privato fosse meritevole, per cui il danno derivava dal ritardo nell'ottenimento di un provvedimento effettivamente spettante al privato, con la legge del 2009 le cose sembrano essere cambiate. Il legislatore ha, invero, modellato un meccanismo di tutela apparentemente slegato dalla verifica della meritevolezza dell'interesse finale, essendosi limitato a fare esclusivo riferimento alla violazione dolosa o colposa del termine, senza subordinare, almeno espressamente, la tutela risarcitoria alla spettanza del bene.

Peraltro, la tesi di una tutela risarcitoria per il danno da mero ritardo sembrerebbe confermata dal fatto che la disciplina positiva è stata introdotta da una riforma interamente

---

<sup>360</sup> In questo senso, sembra, infatti, esprimersi oggi l'orientamento maggioritario, che individua nella novità legislativa il superamento delle precedenti restrizioni giurisprudenziali. La previsione della tutela risarcitoria per il danno derivante dalla violazione del termine, senza alcun riferimento alla spettanza del bene, deve essere intesa come foriera del riconoscimento del danno da mero ritardo, diversamente non avrebbe avuto alcuna utilità confermare quanto già consolidatosi a livello giurisprudenziale. "La posizione a cui è approdato il legislatore va, invece, letta come una scelta di sistema, consistente nell'aver voluto rafforzare l'effettività delle norme che disciplinano i tempi del procedimento amministrativo (contenute nell'art. 2 della l. n. 241/1990) con una specifica ipotesi di responsabilità della p.a. per la ritardata adozione dei suoi atti, munendo così di un'ulteriore garanzia l'interesse degli amministrati ad una certa e celere definizione dei loro rapporti con l'amministrazione" (p. 248). Così P. GOTTI, *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della p.a. nella conclusione del procedimento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, fasc. 11, 2473, per il quale, dunque, il legislatore, con l'introduzione dell'art. 2-bis, ha voluto rafforzare la tutela del cittadino, garantendogli la certezza dei tempi dell'azione amministrativa. Peraltro, in questo modo si assicura, al contempo, il rispetto dei principi di buon andamento e di efficienza, cosicché il riconoscimento del danno da mero ritardo non va ad appagare soltanto una situazione giuridica qualificata (quella del privato direttamente interessato), ma anche tutti i privati comunque interessati all'efficienza dell'amministrazione pubblica. Si v. anche P. QUINTO, *Il risarcimento del danno da ritardo: un passo avanti ed uno indietro*, in *www.giustamm.it*, per cui, nonostante nella versione definitiva dell'art. 2-bis sia stato espunto l'inciso "indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiamato", non può essere attribuita alla l. n. 69/2009 una portata meramente ricognitoria degli orientamenti esistenti. Sembra, infatti, avere avuto il merito di riscrivere l'intero art. 2, valorizzando la previsione del termine di conclusione del procedimento e la necessità di rispettarlo.

tesa a promuovere una maggiore efficienza delle strutture pubbliche. Pare, pertanto, che l'intento principale fosse quello di fornire uno strumento di tutela volto ad assicurare l'effettivo rispetto del termine di conclusione del procedimento<sup>361</sup>, così da garantire un'azione amministrativa tempestiva, in linea con gli obiettivi di efficienza perseguiti anche con altri mezzi, introdotti sempre nell'ambito dello stesso processo di riforma<sup>362</sup>. Ed è questa l'opinione cui si ritiene di dovere aderire, nel momento in cui dal dettato normativo non risulta alcuna limitazione, ma proviene esclusivamente l'indicazione per cui la tutela è ammessa per il danno derivante dalla violazione colposa o dolosa del termine<sup>363</sup>.

### **3.1. Il danno risarcito: tempo come bene autonomo o tardiva soddisfazione dell'interesse privato?**

Al discorso relativo all'interesse tutelato dal rimedio risarcitorio si intreccia significativamente quello sull'utilità finale assicurata al privato. Nel caso di specie, infatti, vi è corrispondenza tra l'interesse e l'utilità. Il tipo di danno risarcito dipende dall'accoglimento della tesi per cui l'interesse si identifica con la certezza dei tempi *tout court* ovvero di quella in base alla quale l'interesse del privato consiste nell'ottenere entro i termini il provvedimento dovuto.

Seppure qui il termine *utilità* sia utilizzato impropriamente, posto che il rimedio non è idoneo a consentire al privato di raggiungere il bene finale, ma soltanto di ottenere una riparazione economica per il danno subito, l'adesione all'una o all'altra posizione incide sulla sua portata, ossia sul *quantum* del risarcimento.

La questione merita un chiarimento in ordine alle tipologie di danno oggetto di potenziale risarcimento. Compare, dunque, la dicotomia tra danno da ritardo e danno da *mero* ritardo.

La differenza tra le due fattispecie, già accennata nel paragrafo precedente, non è immediata, rivelandosi utile l'esame delle due ipotesi per valutare se, alla luce del dato normativo, sia ammessa oggi una tutela più ampia, comprensiva del danno da *mero*

---

<sup>361</sup> In questo senso, R. FUSCO, *Brevi note sul risarcimento del "danno da ritardo" alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che individua l'intento del legislatore del 2009 nel "fornire reale efficacia operativa alla disposta riduzione dei termini dei procedimenti amministrativi ed alla decisa necessità di rispetto puntuale dei termini stessi, fornendo un mezzo di tutela per conseguire un adeguato ristoro risarcitorio in caso di violazione delle disposizioni introdotte dall'art. 7 della legge n. 69/2009.

<sup>362</sup> Si ricordi, infatti, che sempre nell'ambito dello stesso processo di riforma sono stati adottati il d.lgs. n. 150/2009, volto a promuovere il merito e l'efficienza nel pubblico impiego, nonché il d.lgs. n. 198/2009 che ha introdotto nel nostro ordinamento il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi.

<sup>363</sup> A tal proposito, si v. R. CARANTA – M.E. BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc. 2, 245, per i quali l'intervento normativo ha costretto la giurisprudenza a superare l'orientamento contrario alla risarcibilità del danno da mero ritardo e a riconoscere che la violazione del termine di conclusione del procedimento, in presenza degli altri presupposti previsti dalla legge, è idonea a fondare la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione.

*ritardo*. Prima, però, di vedere quali sono le ragioni che propendono a favore della prima o della seconda tesi, è opportuno chiarire cosa si intende con le due espressioni utilizzate.

Il *danno da ritardo* è strettamente correlato alla pretesa fatta valere dal privato. Ciò che si risarcisce è il ritardo con cui il privato ottiene la realizzazione del suo interesse, che materialmente consiste nell'adozione del provvedimento richiesto<sup>364</sup>. Si presuppone, dunque, che la domanda presentata dal privato sia fondata e che l'amministrazione abbia semplicemente rilasciato il provvedimento dovuto con ritardo, vuoi in maniera spontanea, vuoi perché la fondatezza della pretesa sia stata accertata in sede di giudizio avverso il silenzio ovvero vi sia stata la sostituzione procedimentale. In questo caso c'è una stretta correlazione tra il tempo impiegato dall'amministrazione per adottare la decisione amministrativa e il bene della vita, per cui il danno da ritardo sarebbe risarcibile solo laddove l'istanza si rivelasse fondata.

Ne consegue che, nelle ipotesi in cui l'amministrazione, seppure con ritardo, emani l'atto espresso, la spettanza del bene sarà dimostrata dal provvedimento. Diversamente, qualora persista nell'inerzia, sarà necessario azionare il ricorso avverso il silenzio (ovvero, a seguito della sua recente introduzione, il meccanismo di sostituzione interno al procedimento) in via pregiudiziale, per verificare già nel giudizio la fondatezza della pretesa ovvero condannare l'amministrazione ad adottare la decisione discrezionale.

Con l'espressione *danno da mero ritardo*, anche definito *puro*, si fa, invece, riferimento alle conseguenze subite dal privato per il semplice fatto che l'amministrazione non abbia esercitato la funzione amministrativa entro i termini di legge. La mera decorrenza infruttuosa del termine di conclusione del procedimento sarebbe, quindi, idonea a produrre un danno nei confronti del privato, per il ritardo con cui egli ottiene la definizione dei suoi interessi.

In questo secondo caso, il bene finale non assume alcun rilievo e il risarcimento sarebbe dovuto per la mera violazione del dovere comportamentale di concludere il procedimento entro i termini.

Secondo questa ricostruzione, il tempo acquisisce un valore autonomo, rappresenta un bene da tutelare in quanto tale<sup>365</sup>. Il danno consiste proprio nel tempo perduto per attendere

---

<sup>364</sup> Invero, questo è stato certamente l'orientamento giurisprudenziale predominante, almeno fino all'introduzione dell'art. 2-bis. In termini, Cons. Stato, sez. V, n. 1162/2009, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 722; sez. IV, n. 248/2008, in *www.giustamm.it*; Tar Piemonte, sez. I, n. 2901/2008, *ivi*; Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 71/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2005, *cit.*; Tar Lazio, Roma, sez. II bis, n. 1090/2001, in *www.giustamm.it*.

<sup>365</sup> A tal proposito, si v. S. LUCATTINI, *La responsabilità da ritardo dell'azione amministrativa: dalla spettanza alla satisfattività*, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 6, 1986, per il quale, alla luce dell'art. 2-bis, non è più possibile negare che il bene della vita coincida con la certezza temporale, o meglio con l'eliminazione

la decisione amministrativa; oggetto della riparazione per equivalente è, pertanto, l'incertezza in cui si è trovato il privato per non avere ottenuto entro i termini un provvedimento qualsiasi<sup>366</sup>.

Al fine di optare per l'una o l'altra interpretazione può essere utile richiamare le diverse fattispecie da cui potrebbe scaturire un danno da ritardo, senza distinguere al momento tra quello puro e quello legato alla spettanza del bene.

Tre sono, dunque, i casi da cui può derivare al privato un danno per violazione del termine di conclusione del procedimento<sup>367</sup>.

Prima di tutto, può accadere che l'amministrazione adotti con ritardo un provvedimento favorevole al privato. Quest'ultimo, quindi, ottiene l'utilità finale cui aspira, ma in un momento successivo rispetto a quello individuato dalla legge per l'adozione dell'atto finale.

Una seconda ipotesi consiste, invece, nell'adozione tardiva di un provvedimento sfavorevole per il privato. In questo caso, sarà necessaria un'ulteriore distinzione a seconda che l'atto risulti legittimo o meno sotto profili differenti da quello temporale.

Infine, la terza e ultima fattispecie si caratterizza per la semplice inerzia dell'amministrazione, per i casi in cui non adotti alcun provvedimento. Con riferimento a quest'ultimo caso assume rilievo la questione della necessità di ottenere una decisione mediante il ricorso avverso il silenzio (oppure tramite il meccanismo di sostituzione ovvero della possibilità di chiedere soltanto la tutela risarcitoria. È evidente la connessione con il discorso relativo alla pregiudizialità o meno del rito sul silenzio che sarà svolto nel paragrafo successivo<sup>368</sup>.

---

dello stato di incertezza derivante dalla pendenza del procedimento. Secondo l'A., infatti, “alla fine di un lungo percorso si torna dunque al punto di partenza segnato dall'avveniristica ordinanza n. 875 del 2005 che, in anticipo sui tempi, aveva dischiuso la prospettiva del danno da ritardo puro. Per questa via si va quindi affermando la separata rilevanza, a fini risarcitori, dell'interesse procedimentale alla tempestiva conclusione del procedimento, tutelato in quanto tale, a prescindere dall'acquisizione dell'utilità finale, oltre le pastoie del giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita”.

<sup>366</sup> In questo senso, G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, cit., per il quale oggetto di risarcimento è il fatto di non avere saputo in tempo se la propria istanza poteva essere accolta oppure no.

<sup>367</sup> Suddivide le ipotesi di danno da ritardo che possono verificarsi in tre tipologie anche P. FIMIANI, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione: risarcibilità e giurisdizione*, in *Giust. civile*, 2009, fasc. 2, pt. 1, 426, il quale, però, fa riferimento anche al pregiudizio che “consiste nel danno prodottosi *medio tempore* tra l'annullamento del diniego di provvedimento per motivi formali e la riedizione del potere amministrativo conseguente all'annullamento, che conduca al rilascio del provvedimento richiesto: (...) comunque il danno risarcito è quello derivante dal ritardo con il quale è stato conseguito il bene della vita cui si aveva titolo” (p. 427). Sul punto, si v. anche P. GOTTI, *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della P.a. nella conclusione del procedimento*, cit., che richiama quattro diverse situazioni: il semplice mantenimento del silenzio non significativo, l'adozione tardiva di un provvedimento favorevole, l'adozione tardiva di un provvedimento legittimo e sfavorevole e l'adozione tardiva di un provvedimento illegittimo e sfavorevole.

<sup>368</sup> M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, fa riferimento proprio all'ipotesi del danno da ritardo per

Tornando, invece, all'esame dei tre casi prospettati, per ognuno è necessario verificare se vi siano spazi per la tutela risarcitoria per il danno da ritardo. È ovvio, infatti, che ciò dipenderà dall'accoglimento di una delle due tesi sulla portata del danno da ritardo.

La prima ipotesi immaginata appare di più immediata e semplice soluzione. L'amministrazione ha adottato spontaneamente un provvedimento favorevole, però successivamente alla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

In questo caso nessun ostacolo sembra impedire il riconoscimento della tutela risarcitoria. Il privato deve essere risarcito per avere ottenuto con ritardo un provvedimento che gli spettava. Il danno coincide con le conseguenze negative derivate dal tempo trascorso prima di poter godere del bene finale.

Il secondo caso riguarda, invece, l'ipotesi in cui al privato sia negato, con un atto espresso tardivo, il provvedimento richiesto. In questo caso, ammettendo che il provvedimento sia legittimo (a parte, in linea con quanto si è detto nel secondo Capitolo, per il profilo temporale), manca la spettanza del bene finale, per cui la tutela risarcitoria per il ritardo nella conclusione del procedimento potrebbe essere garantita solo laddove si accogliesse la tesi del danno da mero ritardo<sup>369</sup>.

---

sostenere l'incompatibilità della tutela risarcitoria dei diritti procedurali con la regola della pregiudizialità amministrativa. L'esempio del danno da ritardo chiarisce, infatti, perfettamente come la tutela risarcitoria riconosciuta a fronte della violazione degli obblighi procedurali sia "una tutela concettualmente e giuridicamente autonoma e separata da quella di tipo demolitorio offerta dall'annullamento dell'atto amministrativo" (p. 299).

<sup>369</sup> Si v. il caso deciso da Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, cit., in cui il Supremo Consesso non ha riconosciuto il danno risarcibile perché i provvedimenti tardivi avevano contenuto negativo e le loro statuizioni erano divenute inoppugnabili per mancata proposizione di qualsivoglia impugnativa. In quell'occasione, il Consiglio di Stato ha, dunque, affermato l'impossibilità di risarcire il danno da mero ritardo, richiedendo necessariamente un collegamento con la spettanza del bene. In particolare, si legge in sentenza che "il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un bene della vita). Sulla risarcibilità del danno da ritardo, anche nel caso di tardivo rigetto legittimo della pretesa, si v., invece, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, per il quale, una volta qualificata l'inerzia come inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento nei termini, si configura in capo all'amministrazione una responsabilità per lo stato di incertezza provocato dalla intempestiva definizione degli interessi. Il danno sorge per la semplice violazione dell'obbligo imposto dalla legge, non essendo necessario alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene. Ne consegue che l'amministrazione può essere condannata anche nei casi di rigetto tardivo legittimo dell'istanza. In senso conforme anche A. LAZZARO, *Contributo in tema di risarcimento del danno da ritardo*, Napoli, 2011, per la quale il danno può configurarsi pure quando l'amministrazione adotta con ritardo un provvedimento sfavorevole, legittimo sotto tutti gli altri punti di vista. "L'amministrazione che ingiustificatamente tace, perde tempo, inadempie all'obbligo di provvedere, costringendo il cittadino a subire i tempi e gli eventuali costi di tale inerzia, può provocare dei danni che, essendo causati dalla violazione di regole precise che disciplinano l'azione amministrativa, sono ingiusti e come tali risarcibili, purché ricorrano gli elementi costitutivi dettati dall'art. 2043 c.c., a prescindere dall'indagine sulla spettanza del bene della vita cui la domanda del privato era diretta" (p. 85).

Con riferimento ai provvedimenti tardivi adottati spontaneamente, senza distinzione a seconda del contenuto positivo o negativo, un argomento a sostegno della risarcibilità della semplice violazione del termine di conclusione del procedimento deve scorgersi nella nuova formulazione dell'art. 2, l. n. 241/1990. Il comma *9-quinquies*, introdotto dal d.l. n. 5 del 2012, dispone, infatti, che “nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte sono espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato”.

Sembra, dunque, che il legislatore abbia voluto dare autonoma rilevanza alla mancata conclusione del procedimento nei termini, agevolando, tra l'altro, l'accertamento dell'inadempimento da parte del giudice<sup>370</sup>. È ovvio, però, che la previsione non è idonea a riconoscere immediatamente la sussistenza del danno, posto che non si tratta di un indennizzo automatico, ma di un vero e proprio risarcimento. Ne consegue che, pure laddove si ammettesse la riparazione del danno derivante dalla mera violazione del termine, il suo accertamento non sarebbe comunque sufficiente per ritenere fondata la pretesa risarcitoria, dovendosi verificare la sussistenza degli altri elementi costitutivi, e, in particolare, dell'elemento soggettivo<sup>371</sup>.

Rinviando, però, la trattazione dell'elemento psicologico a un momento successivo, è opportuno riprendere le fila del discorso relativo alle varie situazioni in cui può porsi il problema delle conseguenze del ritardo.

L'ultima fattispecie considerata comprende, allora, i casi in cui l'amministrazione non adotti l'atto finale, sia esso positivo o negativo, nemmeno tardivamente. Anche qui il riconoscimento o meno della tutela risarcitoria dipenderà dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi. Se si ammette che l'art. 2-*bis* abbia inteso superare il limite, prima posto a livello giurisprudenziale, della spettanza del bene, riconoscendo la possibilità di risarcire il danno per il mero ritardo nella definizione del procedimento, allora, l'azione può essere

---

<sup>370</sup> Così, A. LAZZARO, *Brevi note sulle recenti modifiche dell'art. 2 l. 241/90*, cit., per la quale “la disposizione è diretta a determinare con certezza l'inadempimento dell'amministrazione, e ciò costituisce un fatto rilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'amministrazione in relazione alla richiesta di risarcimento per danni da ritardo. In tal modo l'avvenuto ritardo, presupposto dell'eventuale azione risarcitoria, sarà dimostrato in giudizio attraverso la documentazione che indica il termine che non era stato rispettato e quello tardivo in cui si è provveduto, facilitando l'opera sia del giudice amministrativo eventualmente adito per i profili risarcitori, sia del giudice contabile eventualmente chiamato ad acclarare le responsabilità erariali”.

<sup>371</sup> In questo senso, Tar Toscana, Firenze, sez. II, 18 febbraio 2011, n. 341, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), in cui si legge che la mera violazione del termine non comporta automaticamente la sussistenza della colpa, dovendosi provare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità, ossia il danno, il nesso causale o la condotta dell'amministrazione e il profilo soggettivo della colpa.

esercitata anche indipendentemente dall'attivazione dei rimedi volti a ottenere una decisione amministrativa<sup>372</sup>.

Diversamente, qualora si optasse per la ricostruzione che lega il risarcimento alla verifica della spettanza del bene, non potrebbe che subordinarsi la tutela risarcitoria all'adozione di una pronuncia espressa da parte dell'amministrazione o comunque all'accertamento della fondatezza della pretesa<sup>373</sup>. In questo senso, peraltro, secondo parte della dottrina, condurrebbe il richiamo del legislatore al *danno ingiusto*, per cui non sarebbe sufficiente un semplice pregiudizio, ma, altresì, la sua ingiustizia. Ciò richiederebbe un accertamento ulteriore rispetto alla mera violazione del termine di conclusione del procedimento dovendosi necessariamente subordinare la pretesa risarcitoria alla verifica della spettanza del bene finale<sup>374</sup>.

Tuttavia, come si chiarirà meglio, è proprio il superamento espresso della pregiudizialità del rito avverso il silenzio rispetto alla tutela in esame a suggerire una lettura in favore della risarcibilità del danno da mero ritardo. Il codice del processo amministrativo ha, infatti, previsto espressamente che l'azione risarcitoria possa essere proposta anche in via autonoma, così lasciando intendere che non sia necessario accertare preliminarmente la meritevolezza della pretesa finale, salvo, però, controbattere che tale valutazione potrebbe essere effettuata incidentalmente dal giudice del risarcimento.

Sono, dunque, opportuni alcuni chiarimenti per eliminare qualsiasi dubbio circa l'ammissibilità della tutela risarcitoria per mero ritardo.

---

<sup>372</sup> In questo senso, M. CLARICH – G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, cit., secondo i quali, ammettendo la risarcibilità del danno derivante dalla semplice violazione dei termini, si superano anche i problemi legati alla pregiudizialità. “Il danno da mero ritardo è riconducibile essenzialmente all'interesse negativo ed è indipendente dall'esito del procedimento, quand'anche sfavorevole. Dal che, non si potrebbe porre nemmeno in astratto il problema della pregiudiziale amministrativa, che la decisione evidenzia nei riguardi delle decisioni tardive di rigetto”. Peraltro, secondo gli Autori, si deve negare la valenza meramente strumentale dell'interesse alla conclusione tempestiva del procedimento. La disciplina del termine, infatti, assicura “una certezza temporale al richiedente in ordine ad ogni aspetto della sua partecipazione: l'impegno di risorse, la rinuncia ad altre opportunità, l'esigenza di avvalersi di circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita, ecc. Si tratta di situazioni certamente a carattere sostanziale, diverse dal conseguimento del bene della vita ma non per questo poco importanti” (p. 67).

<sup>373</sup> In questo senso, F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *www.federalismi.it*, per il quale “il danno per ritardata o mancata spettanza del bene della vita è risarcibile, ma solo previo giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa”. Invece, il danno da mero ritardo può essere risarcito solo se la domanda riguarda esclusivamente il “costo” del ritardo, in termini di incertezza per la mancata definizione degli interessi, e non l'utilità cui si aspirava con il provvedimento richiesto.

<sup>374</sup> F. ARMENANTE, *Sull'ingiustizia del ritardo nell'azione amministrativa*, in *www.sspal.it*. In senso contrario, S. OSELLA, *La centralità del “tempo” nella valutazione della correttezza della Pubblica amministrazione*, in *Foro amm. Cds*, 2012, fasc. 3, 649, per il quale “i danni subiti dai privati in conseguenza della scorrettezza amministrativa così qualificata debbono essere risarciti perché ingiusti, poiché il diritto al tempo sembra rientrare nel ben più ampio diritto ad una buona e corretta amministrazione”.

### **3.2. Gli effetti del superamento della pregiudizialità sull'individuazione dell'interesse tutelato con il danno da ritardo**

Conferma del fatto che l'interesse protetto dall'introduzione della tutela risarcitoria per danno da ritardo debba essere individuato nella definizione tempestiva del procedimento sembra giungere, come già anticipato, anche dal superamento della previa pregiudizialità del rito avverso il silenzio. Il rapporto tra le due forme di tutela incide, infatti, significativamente sull'aspetto in esame.

Nel momento in cui si ritiene che il danno risarcibile sia esclusivamente quello che deriva dal ritardo nell'emanazione di un provvedimento dovuto, è ovvio che risulta pregiudiziale, nel caso in cui l'amministrazione non abbia adottato nemmeno tardivamente l'atto, esperire per primo il ricorso avverso il silenzio, al fine di ottenere una decisione sulla pretesa sostanziale. Non si può, infatti, trascurare, come si è visto nel paragrafo precedente, che il danno da ritardo può configurarsi tanto nell'ipotesi in cui l'amministrazione sia rimasta del tutto inerte, per cui al mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento si affianca l'assenza di un provvedimento, tanto nei casi in cui sia stato violato il termine prescritto, ma, seppure tardivamente, l'amministrazione abbia emanato un atto finale.

Nella seconda ipotesi, si è detto, il problema della verifica della spettanza del bene finale non si pone perché è la stessa amministrazione a pronunciarsi in ordine alla pretesa del privato. Concentriamoci, dunque, sulla prima fattispecie. Fintanto che il danno da ritardo ha costituito un mero riconoscimento giurisprudenziale, si subordinava, perlopiù, il rimedio risarcitorio all'accertamento della fondatezza della pretesa che passava attraverso il rito speciale sul silenzio<sup>375</sup>.

Nel caso in cui, infatti, l'amministrazione competente non si fosse pronunciata entro il termine di conclusione del procedimento, il privato interessato poteva attivare il meccanismo del ricorso avverso il silenzio e contestualmente o successivamente chiedere la condanna al risarcimento dei danni derivanti dal ritardo. Quest'ultimo veniva, pertanto, accordato solo quando dal giudizio sul silenzio fosse emersa la meritevolezza della pretesa privata<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> In termini, Tar Puglia, Sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 2, 488, con nota di M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*.

<sup>376</sup> Si ricordi, però, anche l'orientamento intermedio, espresso dal Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 2 aprile 2008, n. 436, con nota di S. PELLIZZARI, *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, in *Foro amm. Tar*, 2008, fasc. 3, 865, per cui la pregiudizialità del rito avverso il silenzio rispetto alla tutela risarcitoria non è legata alla necessità di accertare la fondatezza



Con l'introduzione del codice del processo amministrativo, la questione della pregiudizialità è stata, però, definitivamente risolta. L'art. 30 c.p.a. prevede, infatti, espressamente che l'azione di condanna possa essere esercitata contestualmente ad altra azione ovvero in via autonoma.

Peraltro, conferma della proponibilità in via autonoma dell'azione per il risarcimento del danno da ritardo proviene anche dalla disciplina del rito sul silenzio, che si preoccupa di regolare i rapporti tra le due azioni nel caso in cui, invece, siano proposte congiuntamente. Ai sensi dell'art. 117 c.p.a., c. 6, infatti, "se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria".

Al di là, dunque, degli aspetti più propriamente processuali, per cui il legislatore chiarisce che la cognizione sommaria che caratterizza il rito avverso il silenzio non può valere anche per la tutela risarcitoria, con la conseguenza che il medesimo giudice dovrà seguire due riti diversi per fare fronte alle due domande presentate, la norma appare idonea a confermare la proponibilità autonoma dell'azione di condanna al risarcimento del danno e, di conseguenza, il superamento della pregiudizialità del rito sul silenzio rispetto al risarcimento del danno da ritardo.

D'altronde, una simile ricostruzione sembra in linea con l'evoluzione della tutela risarcitoria per esercizio illegittimo dell'azione amministrativa che, pur essendo stata per molto tempo subordinata dalla giurisprudenza al pregiudiziale esperimento dell'azione di annullamento, può essere oggi proposta anche in via autonoma, in virtù dell'entrata in vigore della norma prima riportata.

Tuttavia, così come per l'ipotesi di esercizio illegittimo dell'attività, anche nell'ipotesi peculiare del danno da ritardo, se la pregiudizialità è stata, da un lato, espressamente eliminata dal legislatore, dall'altro sembra che essa sia "rientrata" sotto una forma diversa, andando a incidere non più sull'*an* della tutela, ma, come si vedrà meglio in seguito, sul *quantum* del risarcimento.

È chiaro, infatti, che, se il danno subito deriva dal ritardo con cui il privato ottiene una determinazione da parte dell'amministrazione, indipendentemente dal fatto che si accolga la tesi della dipendenza dalla spettanza del bene, lo strumento del ricorso avverso il

---

della pretesa, bensì di verificare la doverosità dell'azione amministrativa. Anche se, come sottolinea l'A., i giudici non chiariscono le ragioni per cui sarebbe impossibile per il giudice del risarcimento accertare "l'illegittimità del silenzio, quale violazione dell'obbligo imposto all'amministrazione di concludere il procedimento entro il termine previsto e mediante un provvedimento espresso" (p. 875).

silenzio appare certamente utile per ridurre il sacrificio del privato, imponendo all'amministrazione di determinarsi in ordine alla sua pretesa. Pertanto, il rito speciale è idoneo a incidere sul ritardo con cui si giunge a una decisione finale e, di conseguenza, sul *quantum* del risarcimento, perché va da sé che tanto più lontana nel tempo pervenga la determinazione amministrativa maggiori saranno i danni subiti dal privato.

### **3.3. Il risarcimento del danno da mero ritardo a compensazione della rigida applicazione della regola del *tempus regit actum***

In occasione del discorso relativo all'individuazione della disciplina applicabile al provvedimento tardivo, si è avuto modo di richiamare già il danno da mero ritardo, suggerendone il riconoscimento, in quanto unica forma di tutela offerta al privato che sia svantaggiato dalle modifiche normative intervenute successivamente alla scadenza del termine.

Proprio lo studio delle fattispecie in cui l'atto tardivo è regolato da disposizioni diverse da quelle in vigore alla scadenza del termine di conclusione del procedimento, sembra supportare la tesi della risarcibilità del danno da mero ritardo. Da lì proviene conferma tanto dell'idoneità della semplice violazione del termine a provocare un danno per il privato, pure laddove l'atto tardivo sia legittimo (sempre per profili diversi da quello temporale), in virtù dell'applicazione della regola del *tempus regit actum* che non abbisogna di ulteriori chiarimenti. Tanto della necessità di tutelare il privato mediante una riparazione economica, vuoi per il danno subito per la sopravvenuta impossibilità di ottenere il provvedimento favorevole, vuoi per la modifica delle condizioni del rilascio, a causa delle riforme normative intervenute tra la scadenza del termine di legge e l'adozione dell'atto.

L'amministrazione che emani il provvedimento finale, spontaneamente ovvero a seguito di uno dei due rimedi precedentemente esaminati, è, infatti, sempre tenuta ad applicare la disciplina in vigore al momento del perfezionamento dell'atto, per cui, qualora ciò leda gli interessi del privato, questi non potrà muovere alcuna critica (fermo restando, ovviamente, che l'atto sia esente da altri vizi).

L'unica soluzione sembra essere, allora, un ristoro di natura economica, che, come anticipato nel secondo Capitolo, assumerebbe i contorni propri del risarcimento del danno da mero ritardo.

### **3.4. Ancora sull'utilità assicurata al privato: il *quantum* del risarcimento**

Chiarito, dunque, che, anche alla luce della sua codificazione, la tutela risarcitoria debba essere interpretata in maniera estensiva, superando le precedenti limitazioni giurisprudenziali e dottrinali e ammettendo la risarcibilità del danno da mero ritardo, bisogna, ora, rivolgere l'attenzione al *quantum* del risarcimento.

Tre sono i profili da esaminare: il primo relativo all'onere della prova, il secondo legato ai criteri utilizzati dal giudice per determinare l'esatto ammontare e, infine, il terzo che riguarda la tipologia di danno che può configurarsi in caso di inerzia amministrativa.

Per quanto concerne l'onere della prova, trattandosi, come si motiverà in seguito, di responsabilità aquiliana, esso grava in capo al privato, tenuto a dimostrare l'esistenza di un pregiudizio ingiusto, cosicché questi dovrà produrre tutti gli elementi necessari per accertare il danno e il suo ammontare<sup>377</sup>.

Quanto, invece, ai criteri osservati dal giudice nel determinare esattamente il *quantum*, nonostante non vi sia un riferimento specifico all'azione di condanna per danno da ritardo, sembra debba trovare applicazione pure qui la previsione, contenuta nel comma terzo dell'art. 30 c.p.a., per cui “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”.

Il codice del processo amministrativo, infatti, se, da un lato, ha ammesso l'autonoma proponibilità dell'azione di condanna al risarcimento degli interessi legittimi, superando espressamente il problema della pregiudizialità, dall'altro, ha chiarito i parametri che devono essere osservati dal giudice nella determinazione dell'ammontare del risarcimento, che dovrà, pertanto, tenere conto anche del comportamento delle parti.

E invero, la norma impone al privato un onere di diligenza<sup>378</sup>, dovendo egli evitare di aggravare il danno, pure mediante l'utilizzo degli altri strumenti di tutela forniti

---

<sup>377</sup> Così, P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che attribuisce l'onere della prova al privato, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., chiarendo che egli è tenuto a dimostrare tutti gli elementi costitutivi della pretesa, non valendo il principio acquisitivo, riferibile solo alla tutela giurisdizionale di tipo demolitorio. Sul punto, si v. anche G.D. COMPORTI, *La tutela risarcitoria “oltre” il codice*, in *Foro amm. Tar*, 2010, fasc. 10, 67, per il quale, se il danno deriva direttamente dalla violazione del termine di conclusione del procedimento, “ogni riferimento al modello aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. appare dunque incongruo, perché viene meno ogni rilievo della prospettiva finale della meritevolezza/fondatezza della pretesa perseguita, e pertanto della correlata necessità di azionare i rimedi volti al relativo accertamento” (p. 73).

<sup>378</sup> Sulla portata di detto onere, si v. S. FANTINI, *Art. 30. Azione di condanna*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, 566, per il quale si tratta di un onere di diligenza rafforzato, particolare. Secondo l'A., infatti, il legislatore non si riferisce alla diligenza ordinaria, quella del buon padre di famiglia, posto che condiziona l'accoglimento della domanda risarcitoria all'attivazione di rimedi che paiono esorbitare dai principi di correttezza e buona fede. Si tratta, allora, di una diligenza professionalmente qualificata che, se può essere richiesta a un operatore professionale, più

dall'ordinamento. La formulazione dell'azione di condanna richiama, infatti, il principio sotteso all'art. 1227 cod. civ., per il quale nel calcolo dell'ammontare del danno deve tenersi conto del comportamento tenuto dal creditore<sup>379</sup>.

Soprattutto, la norma fa riferimento alla necessità che siano attivati gli altri strumenti di tutela offerti dall'ordinamento per evitare un pregiudizio maggiore. Ne consegue, senza ancora richiamare il problema del silenzio, che la pregiudizialità dell'annullamento dei provvedimenti illegittimi, pur non rappresentando una condizione per la proponibilità dell'azione, incida in ogni caso sulla quantificazione del risarcimento, laddove in giudizio si accerti che l'impugnazione del provvedimento nei tempi sarebbe stata idonea a ridurre – se non a evitare – il danno subito dal privato<sup>380</sup>.

Se quanto finora detto vale, senza alcun dubbio, nel caso di esercizio illegittimo della funzione, allo stesso modo sembra richiedersi un comportamento diligente anche al privato che sia stato leso dal ritardo o dalla mancata adozione del provvedimento finale<sup>381</sup>.

E, invero, chi sia stato leso dall'inerzia dell'amministrazione, si è visto, dispone di almeno due rimedi volti a evitare un aggravio del danno, coincidenti con quelli prima esaminati del ricorso avverso il silenzio e del meccanismo di sostituzione interna. Al pari di quanto avviene per lo svolgimento illegittimo della funzione, quindi, pur non essendoci la pregiudizialità formale degli strumenti menzionati rispetto alla tutela risarcitoria, sembra che un loro preventivo esperimento sia idoneo a incidere sul *quantum* del danno.

Peraltro, il fatto che, come si è già avuto modo di vedere, il superamento della pregiudizialità rappresenti una conferma dell'ammissibilità del danno da mero ritardo, non sembra incompatibile con l'interpretazione appena fornita, per cui nella quantificazione del danno si tiene conto dell'esperimento degli altri strumenti di tutela. Seppure, infatti, sia

---

difficilmente potrebbe essere pretesa nei confronti del privato che sia semplicemente coinvolto dall'azione amministrativa.

<sup>379</sup> L'art. 1227, c. 1, c.c., dispone, infatti, che “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate». Il secondo comma, invece, esclude del tutto il risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Peraltro, la coincidenza di *ratio* tra l'art. 30 c.p.a. e l'art. 1227 cod. civ. è stata confermata anche da Cons. Stato, Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, in *www.giustamm.it*, in cui si legge che “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”.

<sup>380</sup> Si giustifica, così, l'opinione espressa F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere giuridico*, 2011, fasc. 7, 988, per il quale si è passati da una pregiudiziale di rito a una pregiudiziale di merito.

<sup>381</sup> Sul punto, M. ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli-Roma, 2010, per cui, anche nella quantificazione delle perdite patrimoniali derivanti dal ritardo dell'amministrazione, deve tenersi conto del criterio delimitativo di cui all'art. 1227 cod. civ., in base al quale non possono essere risarciti i danni che il privato avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza.

stata affermata la risarcibilità del danno derivante dal semplice stato di incertezza provocato al privato dalla mancata conclusione del procedimento nei termini, è ovvio che l'aver attivato rimedi volti a superare questa situazione interferisce sensibilmente sul *quantum* della tutela.

Nella fase, dunque, di determinazione dell'esatto ammontare del danno, il privato è fortemente responsabilizzato. Non solo, in base agli schemi tipici della responsabilità extracontrattuale, è tenuto a produrre tutti gli elementi necessari per la quantificazione<sup>382</sup>, ma deve, altresì, astenersi dal compiere qualsiasi atto idoneo ad aggravare il pregiudizio subito, *rectius*, deve attivarsi per evitare che ciò avvenga, anche mediante il ricorso agli altri strumenti di tutela.

Non è, però, esente da critiche pretendere dal cittadino l'attivazione di rimedi precedenti all'esperimento dell'azione risarcitoria e non considerare in modo molto rigoroso il fatto che l'amministrazione sia rimasta inerte.

Chiarito, in ogni caso, che spetta al privato dimostrare la sussistenza del danno ingiusto, l'ultimo spunto di riflessione riguarda le tipologie di danno che assumono rilievo in caso di violazione del termine di conclusione del procedimento.

E invero, pure il danno causato dal ritardo dell'amministrazione può essere distinto in danno emergente e lucro cessante. Nel calcolo devono essere, infatti, considerate le spese sostenute per la presentazione dell'istanza e la predisposizione dei documenti correlati (si pensi alla necessità di acquisire perizie, consulenze, progetti, ecc.), le perdite economiche derivanti dalla immobilizzazione di capitali ovvero dal non avere investito in attività alternative, ma anche i mancati guadagni dovuti al ritardo nel godimento del bene finale.

Qualora, però, si accogliesse la tesi della risarcibilità del danno da mero ritardo, non sarebbe riconosciuto al privato che l'interesse negativo, per cui non potrebbero essere risarciti i danni derivanti dal mancato esercizio dell'attività collegata all'istanza presentata<sup>383</sup>.

Si è detto, infatti, nel corso della trattazione che, indipendentemente dal fatto che si propenda o meno per la tesi della risarcibilità del danno da mero ritardo, la mancata

---

<sup>382</sup> Sul punto, si v. P. GOTTI, *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della P.a. nella conclusione del procedimento*, cit., secondo cui "applicando le varie componenti di cui consta l'art. 2043 c.c., il danno da ritardo dovrà essere provato nel suo ammontare dal ricorrente, sarà quantificabile mediante le coordinate normative di cui agli artt. 1223 e 1227 c.c. e, nel caso di danno da ritardo mero, sarà risarcito secondo il parametro precontrattuale del c.d. interesse negativo (spese sostenute e occasioni perdute), mentre, nell'ipotesi di danno qualificato dalla dimostrazione della spettanza del bene della vita finale, esso sarà rapportato al c.d. interesse positivo e, cioè, all'utilità che quel provvedimento richiesto, se tempestivamente ottenuto, avrebbe assicurato all'istante".

<sup>383</sup> Così, M. ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, cit., per il quale nel caso di danno da mero ritardo sarebbero esclusi i profitti che il privato avrebbe ottenuto esercitando tempestivamente l'attività in vista della quale era stata presentata la domanda.

conclusione del procedimento nei termini è idonea a provocare una perdita economica per il privato, a volte non facilmente quantificabile, ma in ogni caso sempre di natura patrimoniale.

La maggiore rilevanza attribuita al valore *tempo* e alla correlata necessità di concludere il procedimento entro i termini hanno fatto sì che la giurisprudenza ampliasse le fattispecie di danno legate all'inerzia amministrativa.

In particolare, sul presupposto che, come si è visto nel corso del secondo Capitolo, la previsione di uno specifico termine di conclusione è stata elevata a livello essenziale delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, la tempestività ha assunto una valenza ulteriore rispetto a quella patrimoniale, tanto da portare il giudice a risarcire anche il danno esistenziale e quello biologico derivanti dal ritardo dell'amministrazione. In entrambi i casi, dunque, il fondamento della responsabilità va individuato nella lesione di un interesse protetto a livello costituzionale.

Con riferimento al primo, a tacere del fatto che il bene costituzionalmente garantito potrebbe coincidere con lo stesso diritto alla buona amministrazione ricavabile dall'art. 97 Cost.<sup>384</sup>, viene in rilievo l'idoneità dell'inerzia dell'amministrazione a ostacolare il pieno svolgimento della personalità<sup>385</sup>.

Per quanto concerne, invece, il secondo, laddove dal ritardo nel provvedere sia derivata al privato una riduzione della sua capacità psico-fisica, questi potrà richiedere il risarcimento del pregiudizio provocato dalla lesione del diritto costituzionalmente garantito alla salute<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> M. ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, cit.

<sup>385</sup> A tal proposito, si v. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125, con nota di L. VIOLA, *Ancora sul danno esistenziale avanti al Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che ha condannato l'amministrazione competente a risarcire il danno esistenziale subito da un pubblico impiegato che, pure avendo presentato tempestivamente la domanda per essere collocato in pensione con una certa decorrenza, aveva atteso invano l'emanazione dell'occorrente provvedimento di accoglimento. Si legge, infatti, nella pronuncia che sussistono i "presupposti per il risarcimento del danno esistenziale cagionato all'appellante. Nella fattispecie che ci occupa è evidente la violazione di una posizione tutelata dall'ordinamento (che l'illecita condotta dell'amministrazione ha leso, ostacolando le attività realizzatrici della persona umana libera dall'impegno e dal logorio dell'attività lavorativa)".

<sup>386</sup> In termini, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, con nota di A. AVERARDI, *Il Consiglio di Stato e la risarcibilità del danno biologico da ritardo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, fasc. 7, 742, che ha risarcito il danno non patrimoniale, qualificandolo come biologico, per la patologia medica sofferta dal privato a causa del tardivo rilascio del permesso di costruire in variante. Secondo l'A., il merito della sentenza è stato, dunque, di aver esteso l'ambito di operatività del danno da ritardo, "prevedendo la condanna per una sorta di "danno da burocrazia", inteso quale danno biologico causato da un ritardo procedimentale". Peraltro, seppure nel caso deciso non assumesse rilievo il collegamento con la spettanza del bene, perché il danno fatto valere derivava dal ritardo nel rilascio di un provvedimento favorevole, dalle argomentazioni del giudice, sembra che il danno biologico possa trovare ristoro anche nell'ipotesi in cui derivi dalla semplice violazione del termine, ossia indipendentemente dalla fondatezza della pretesa. Sul punto, si v. anche M. ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, cit., per il quale "ci sarebbe addirittura margine per un danno alla salute (c.d. biologico), allorché sia possibile riscontrare una lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica

#### 4. La natura della responsabilità e la situazione giuridica del privato

Le incertezze circa la natura della responsabilità sembrano, oggi, superate a seguito dell'introduzione espressa della disciplina, che l'ha modellata secondo lo schema tipico della responsabilità extracontrattuale. L'art. 2-bis fa, infatti, riferimento al danno ingiusto causato dalla violazione dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, che richiama i presupposti elencati dall'art. 2043 cod. civ. sulla responsabilità aquiliana<sup>387</sup>.

Ulteriori chiarimenti paiono comunque doverosi in virtù degli effetti dell'inquadramento della responsabilità per danno da ritardo nell'ambito di quella contrattuale ovvero extracontrattuale, soprattutto per quanto concerne il profilo probatorio. Il discorso, peraltro, è strettamente connesso anche alla questione della natura della situazione giuridica soggettiva vantata dal privato a fronte del dovere dell'amministrazione di provvedere, per cui sarà importante verificare, altresì, se le considerazioni che si svolgeranno in questa sede costituiscano una conferma di quanto già si è avuto modo di affermare nel corso del primo Capitolo.

E, infatti, la tesi della natura contrattuale è, perlopiù, sostenuta da quanti ravvisano in capo al privato che instaura una relazione procedimentale con l'amministrazione una posizione di diritto soggettivo<sup>388</sup>.

---

un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato: si pensi allo stress o all'ansia ovvero ai patemi insorti in capo all'istante in ragione dei travagliati rapporti con l'amministrazione rimasta silente, là dove degenerino in un vero e proprio stato patologico" (p. 153), e MADERA A.E., *Consiglio di Stato e risarcibilità del danno biologico da ritardo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>387</sup> A tacere del fatto che la formulazione della norma, così come introdotta dalla l. 69/2009, prima che intervenisse in materia il codice del processo amministrativo, prevedeva, altresì, che l'azione si prescrivesse in cinque anni, lo stesso termine stabilito dalla disciplina civilistica della responsabilità extracontrattuale.

<sup>388</sup> Sulla natura contrattuale della responsabilità per danno da ritardo, si v. F. VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), per il quale, nonostante il tenore letterale della norma, richiamando i requisiti di cui all'art. 2043 cod. civ., sembrerebbe sostenere la natura aquiliana dell'illecito, la tesi non può essere accolta per una serie di ragioni, tra cui la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa. Secondo l'A., infatti, una simile previsione non può essere interpretata nel senso di confermare che il giudice del risarcimento degli interessi legittimi sia il giudice amministrativo, posto che, trattandosi di un assunto pacifico, non sarebbe necessaria una disposizione espressa. Invece, "si potrebbe ipotizzare che nell'azione risarcitoria per danno da ritardo non siano in gioco veri e propri interessi legittimi. In effetti, semplificando di molto il ragionamento, se si sostenesse che l'interesse legittimo è ontologicamente correlato all'esercizio del potere imperativo, sarebbe ben difficile ravvisarlo là dove, per definizione, il potere non viene esercitato. Ciò non vorrebbe dire che, in tal caso, il privato sia privo di alcuna situazione giuridica soggettiva, nei riguardi dell'Amministrazione. Significherebbe solo che quella situazione, pur tutelata, non sarebbe un interesse legittimo; essa sarebbe qualcos'altro (probabilmente una pretesa, cioè un vero e proprio diritto di credito) Da qui la necessità, per ricondurre la medesima azione al giudice amministrativo, di una norma speciale sulla giurisdizione". In senso conforme, anche G. SORICELLI, G., *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. e il rilievo nella legge sul procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui il nuovo art. 2-bis impone di considerare l'inerzia non già come esercizio del potere, ma come semplice inadempimento, cui si correla non un interesse legittimo, ma un vero e proprio diritto soggettivo all'emanazione di un provvedimento, favorevole o sfavorevole che sia, entro i tempi di conclusione del procedimento.

È stato a suo tempo richiamato l'orientamento per cui il privato sarebbe contemporaneamente titolare di un interesse legittimo all'adozione del provvedimento e di un diritto soggettivo alla conclusione tempestiva del procedimento, mentre in capo al privato graverebbe una vera e propria obbligazione, cosicché in caso di violazione del termine si configurerebbe una responsabilità per inadempimento contrattuale<sup>389</sup>.

Una variante di quest'opinione ricollega la responsabilità in esame a quella precontrattuale, per violazione degli obblighi di protezione di cui sarebbe onerata l'amministrazione in virtù del contatto qualificato che si instaura con il privato al momento dell'avvio del procedimento<sup>390</sup>. La partecipazione del privato al procedimento sarebbe, infatti, idonea a dare vita a un rapporto tra amministrazione e privato, tale per cui la prima dovrebbe comportarsi nei confronti dell'altro secondo buona fede, così come avviene nelle trattative precontrattuali<sup>391</sup>.

Tuttavia, secondo i sostenitori della responsabilità contrattuale, la ricostruzione del rapporto in termini di contatto qualificato, con riferimento alla necessità di concludere il procedimento nei termini, finirebbe per assicurare al privato una tutela minore. Invero, la tesi della responsabilità da contatto richiama la violazione di obblighi di protezione generici, che non hanno per oggetto una prestazione determinata, ma trovano il loro fondamento in principi generali quali la correttezza e buona fede.

Ne consegue che la classificazione del rapporto tra amministrazione e privato in termini di contatto qualificato, con la conseguente configurabilità di una responsabilità elaborata secondo il modello precontrattuale, è utile nel caso di violazione di regole procedurali che non si traducono in specifici obblighi, come previsto, invece, per la conclusione del procedimento. Pertanto, in presenza di puntuali disposizioni, volte a costituire in capo

---

<sup>389</sup> In questo senso, M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., per il quale, assumendo rilievo la violazione di un'obbligazione procedimentale, la responsabilità dell'amministrazione segue le regole proprie dell'art. 1218 cod. civ., per cui "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Si v. anche M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004.

<sup>390</sup> In termini, M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per la lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, fasc. 1, 213, per il quale l'amministrazione non risponde nei confronti del privato come fosse un "passante" o un soggetto qualunque. Ancora prima del danno, sussiste, dunque tra amministrazione e privato una relazione idonea a fondare un rapporto generatore di obblighi, il cui inadempimento da parte dell'amministrazione configura un autonomo titolo dell'obbligazione risarcitoria. Detto rapporto trova la sua fonte nell'affidamento ingenerato nel privato dal comportamento dell'amministrazione. "La situazione di affidamento, lungi dal costituire di per sé una situazione giuridica soggettiva, permette poi di graduare il danno risarcibile alla consistenza dell'affidamento che, in relazione alla fattispecie concreta, il privato poteva maturare con riferimento al legittimo esercizio del potere amministrativo". Dello stesso A., si v. anche *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

<sup>391</sup> Così, M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, cit., per la quale, accogliendo la tesi del contatto procedimentale, si ammette che il ritardo o la radicale assenza dell'atto finale, al pari dell'adozione di un provvedimento illegittimo, debbano essere qualificati in termini di inadempimento del vincolo obbligatorio.



all'amministrazione obblighi determinati in favore del privato, la loro violazione dà luogo, a condizione che sussistano ovviamente gli altri presupposti, a una responsabilità contrattuale<sup>392</sup>.

Alla ricostruzione appena esposta si oppone, invece, l'idea per cui alla base della responsabilità in esame vi sarebbe il principio del *neminem laedere*, non essendo possibile individuare un preesistente rapporto tra amministrazione e privato solo perché parti di un procedimento. Affinché possa configurarsi la responsabilità per danno da ritardo è, allora, necessario accertare la sussistenza di tutte le condizioni previste dal citato art. 2043 cod. civ.

La tesi è avallata da quanti negano l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra amministrazione e privato, qualificando in termini di dovere la necessità di concludere il procedimento nei termini e di interesse legittimo la correlata situazione soggettiva del privato.

Quest'ultima è, peraltro, l'opinione che sembra dover essere accolta. Per quanto concerne la natura di interesse legittimo della posizione giuridica del privato si rinvia a quanto detto nel corso del primo Capitolo; con riferimento, invece, alla motivazione specifica legata alla disciplina della responsabilità per danno da ritardo, si è già accennato che è di ordine letterale.

Al di là, infatti, del profilo temporale (la prescrizione quinquennale prevista dal vecchio art. 2-bis è stata sostituita con il termine decadenziale di centoventi giorni<sup>393</sup>) la

---

<sup>392</sup> In questo senso, M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., per il quale, pure se la tesi della responsabilità da contatto ha il merito di valorizzare il fatto che "tra l'amministrazione procedente e i soggetti coinvolti dall'azione amministrativa non insorgono rapporti occasionali o casuali, ma sussistono relazioni coscienti e durevoli, caratterizzate da una reciprocità consapevole di situazioni attive e passive", non può essere accolta qualora gli obblighi procedurali dell'amministrazione siano espressamente codificati. Infatti, quando "l'ordinamento riconosce o attribuisce a determinati soggetti uno specifico diritto procedimentale, identificando la prestazione amministrativa oggetto del corrispondente obbligo, appare fortemente riduttivo fare riferimento a un generico obbligo di protezione senza prestazione per fondare la responsabilità contrattuale dell'amministrazione inadempiente. (...) Tanto più che rispetto alla responsabilità contrattuale ordinaria la responsabilità "contattuale" ha un regime probatorio un po' meno favorevole per i soggetti danneggiati e, soprattutto, implica una diminuzione quantitativa dei danni risarcibili" (p. 296).

<sup>393</sup> A tal proposito, si ricordi che, al momento dell'entrata in vigore della l. n. 69/2009, la prescrizione quinquennale era stata interpretata come una conferma della natura aquiliana della responsabilità. In termini, M. SALAZAR, *Le modifiche del processo amministrativo nella Legge 18 giugno 2009, n. 69: una prima lettura*, in *Riv. giur. scuola*, 2009, fasc. 1, 15. Tuttavia, vi erano anche alcune voci contrastanti che, invece, ravvisavano proprio nella previsione del termine di cinque anni un elemento a favore della tesi della responsabilità contrattuale. In questo senso, F. VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, cit., per cui, "se la legge avesse inteso affermare la natura extracontrattuale dell'illecito, una tale previsione si sarebbe rivelata inutile perché, come tutti sanno, è proprio in cinque anni che si prescrive l'illecito aquiliano. Poiché, invece, la norma sembra avere carattere derogatorio, rispetto al termine di prescrizione generale e decennale, da ciò sembra potersi ricavare un utile argomento per affermare che la responsabilità, nel caso di specie, non possa essere di natura extracontrattuale". Si v. anche P. GOTTI, *Osservazioni in tema di risarcibilità del*

regolamentazione dell'azione risarcitoria per danno da ritardo richiede tutte le altre condizioni normalmente necessarie perché si configuri la responsabilità aquiliana.

### **5. La violazione dolosa o colposa del termine del procedimento**

Si è detto che uno dei motivi per cui la responsabilità per danno da ritardo deve essere annoverata tra quelle extracontrattuali consiste nel richiamo ai presupposti individuati dall'art. 2043 cod. civ., tra cui anche l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Trattandosi di responsabilità aquiliana, è noto, poi, che l'onere di provare l'elemento soggettivo in capo all'amministrazione gravi su chi intenda far valere la responsabilità dell'ente pubblico, per cui dovrebbe essere il privato, leso dalla violazione del termine, a dimostrare che l'amministrazione ha agito (o meglio non ha agito) con dolo o colpa.

Tuttavia, al pari di quanto avviene nel caso di responsabilità per esercizio illegittimo della funzione, anche con riguardo alla responsabilità per danno da ritardo la regola sembra essere attenuata, ammettendosi una parziale inversione dell'onere della prova. Per evitare che la dimostrazione della colpevolezza dell'amministrazione divenga una sorta di *probatio diabolica* per il privato, sono stati, infatti, elaborati alcuni correttivi alla regola generale della responsabilità aquiliana.

Già a partire dalla decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999<sup>394</sup>, che aveva escluso che la colpa dell'amministrazione coincidesse con l'illegittimità del provvedimento, dovendosi, pertanto, accertare la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, era emersa, infatti, la difficoltà per il privato di provare l'inosservanza di detti principi. Per tale ragione, la giurisprudenza, pure in presenza di una responsabilità di tipo extracontrattuale, ha ammesso un'inversione dell'onere della prova (meglio: la possibilità di provare la colpa mediante presunzione), ritenendo che la colpa sussista solo quando manchi l'errore scusabile, della cui dimostrazione è onerata l'amministrazione resistente<sup>395</sup>.

---

*danno da ritardo della p.a. nella conclusione del procedimento*, cit., il quale, però, a differenza del primo, finisce per accogliere la tesi della responsabilità extracontrattuale, in virtù della preponderanza degli altri elementi costitutivi, pure ravvisando nella prescrizione quinquennale un ostacolo.

<sup>394</sup> Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.* 1999, I, 2261.

<sup>395</sup> Sul punto, si v. S. PELLIZZARI, *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, cit., che ricorda come la giurisprudenza abbia, invero, applicato la nuova regola in maniera affatto differente, talvolta limitando l'area della risarcibilità ritenendo non scusabili solo vizi particolarmente gravi, talaltra richiamando anche le ipotesi di incertezza delle norme, contrasti giurisprudenziali e complessità della fattispecie. L'A. si sofferma, poi, su un particolare indirizzo giurisprudenziale, che ha trovato il suo fondamento nelle elaborazioni della Corte di Lussemburgo, in base al quale "la colpa sussiste quando (...) il potere è vincolato originariamente o per effetto dell'autolimita amministrativo, mentre, al contrario, nelle ipotesi di attività discrezionali, si riapre la strada all'inversione dell'onere della prova sull'errore scusabile, dovuto, come precisa la giurisprudenza comunitaria,

Vi sarebbe, pertanto, una presunzione (relativa) di colpa in capo all'amministrazione, la quale, per evitare la condanna, dovrebbe dimostrare che la violazione del termine non sia stata determinata da una condotta illecita<sup>396</sup>.

Ad esempio, potrebbe ritenersi sufficiente che l'amministrazione si discolpi provando che il mancato rispetto del termine non è dipeso dall'inefficienza o inadeguatezza dell'azione e della struttura organizzativa<sup>397</sup>. Oppure, al fine di garantire maggiore tutela al privato, si potrebbe richiedere al soggetto pubblico di dimostrare di avere fatto il possibile per evitare il danno, senza che possa svincolarsi semplicemente provando l'idoneità (astratta) dei modelli organizzativi e funzionali adottati<sup>398</sup>.

---

all'eventuale imprecisione della norma violata, alla mancanza di precedenti giurisprudenziali sul punto o alla complessità della questione" (p. 873).

<sup>396</sup> In termini, P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, cit., per il quale, se il danno ingiusto coincide con la violazione del termine di conclusione del procedimento, l'illiceità discende proprio dal mancato rispetto della previsione normativa, per cui non sarebbe logico porre a carico del soggetto che subisce il ritardo la prova dell'elemento soggettivo dell'amministrazione, dovendosi, piuttosto, ritenere che sia quest'ultima a dovere e potere fornire la prova contraria. Secondo l'A., infatti, pure trattandosi di una responsabilità extracontrattuale, l'onere della prova che grava in capo al privato riguarda la sussistenza di un danno ingiusto, mentre il riferimento alla violazione dolosa o colposa serve solo a evitare l'automatismo del risarcimento, ammettendo che l'amministrazione dimostri l'assenza dell'elemento soggettivo.

<sup>397</sup> In questo senso, G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, cit., secondo cui, data la difficoltà di individuare l'elemento soggettivo in capo all'amministrazione, pure richiamando i criteri di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, forniti dalla nota sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione n. 500 del 1999, "volendo valorizzare l'esperienza dei modelli di organizzazione (c.d. *compliance programs*) propri del sistema della responsabilità penale-amministrativa degli enti collettivi di cui al d.lg. n. 231 del 2001, potrebbe ipotizzarsi una presunzione di colpa (di apparato) tale per cui la prova liberatoria viene a gravare sull'amministrazione, chiamata a dimostrare che l'evento dannoso verificatosi non è imputabile in alcun modo alla inefficienza o inadeguatezza del modello organizzativo adottato". Sul punto si v. anche, P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, cit., per il quale "potranno essere invocate difficoltà interpretative della norma applicativa o contrasti giurisprudenziali, ma la P.A. non potrà addurre eventuali disfunzioni della organizzazione dei propri uffici perché, tra l'altro, incombe su di essa ai sensi del d.p.R. 231 del 2001 adottare modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire gli illeciti e, in definitiva, delle misure idonee ad evitare il danno di cui all'art. 2050 c.c. Potrà invece l'Amministrazione cercare di escludere la propria colpa dando la prova positiva di aver adottato modelli organizzativi e funzionali aderenti al precetto dell'art. 97 Cost., che ha trovato ulteriore attuazione, sotto il profilo funzionale, dell'art. 7 della stessa legge 69/2009, con l'introduzione dell'imparzialità nella declaratoria dell'art. 1 della legge 241/90 sui principi dell'attività amministrativa".

<sup>398</sup> Si ricordi, a tal proposito, la tesi di F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, per il quale, ammettendo che l'amministrazione possa discolparsi provando che tutti gli operatori hanno agito diligentemente, anche in considerazione delle risorse disponibili, ci troveremo di fronte al "danno sostanzialmente inevitabile", con conseguente compressione della tutela del privato. L'A. suggerisce, allora, di applicare alla responsabilità dell'amministrazione la disciplina di cui all'art. 2050 cod. civ., in materia di attività pericolose, dovendosi qualificare come tale quella amministrativa, dato che determina per i privati situazioni di rilevante possibilità di danno. In questo modo, "l'amministrazione comunque risponderebbe, salvo che non provi, appunto, di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. (...) Deve, dunque, auspicarsi sul punto un irrigidimento dell'orientamento della giurisprudenza in ordine ai difetti organizzativi delle amministrazioni, evitando di ritenere sufficiente, onde escludere la responsabilità, l'errore scusabile di fatto legato a carenze organizzative e richiedendo, invece, la prova prevista dall'art. 2050 c.c." (p. 133).

## **6. Riflessi della condanna sull'organizzazione amministrativa e regime dell'atto tardivo sopravvenuto**

Anche con riferimento a quest'ultimo rimedio esaminato, è opportuno valutare quali siano le conseguenze della sua attivazione rispetto all'organizzazione amministrativa.

Invero, appare immediatamente chiaro che la situazione è ben diversa dai due precedenti mezzi, soprattutto vista la diversa utilità perseguita. Se, infatti, nei primi due casi si pone la necessità di emanare l'atto, per cui gli uffici competenti devono attivarsi per provvedere in questo senso, non è lo stesso con riferimento al rimedio risarcitorio, in cui l'utilità assicurata è esclusivamente di tipo economico.

Né ovviamente si prevede in questo caso la nomina di un commissario/sostituto che necessariamente incide sull'organizzazione, posto che, si ribadisce, qui non si richiede l'esercizio dell'azione amministrativa.

Le conseguenze sono, allora, solamente di tipo indiretto, nel senso che l'eventuale condanna al risarcimento del danno per violazione del termine porterà probabilmente a una nuova gestione e distribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali. E invero, si è detto che, sicuramente, tra le ragioni sottese alla codificazione del danno da ritardo vi è l'intenzione del legislatore di promuovere l'efficienza all'interno delle amministrazioni, responsabilizzando non soltanto i singoli funzionari e dirigenti che, come si vedrà nel paragrafo successivo, sono chiamati a rispondere dei danni che abbiano contribuito a provocare, bensì anche delle strutture amministrative nel loro complesso.

Il rischio di una condanna risarcitoria non deve solo fungere da deterrente per dipendenti e dirigenti nello svolgimento delle loro attività individuali, ma deve, altresì, condurre a una rimeditazione relativa all'organizzazione interna, che sia compatibile con le risorse a disposizione e idonea a fare fronte ai carichi procedimentali di competenza di quella data amministrazione. Seppure, dunque, non vi sia un effetto immediato sull'organizzazione, perché, si ribadisce, il rimedio non è volto ad assicurare l'adozione della decisione amministrativa, indirettamente esso appare idoneo a incidervi ugualmente, nel senso, quantomeno, di suggerire un ripensamento della distribuzione dei compiti tra i vari uffici.

Il fatto, poi, che non vi sia come conseguenza immediata l'emanazione del provvedimento finale, fa sì che l'eventuale atto intervenuto successivamente debba essere ritenuto illegittimo, trattandosi anche in questo caso di un'adozione spontanea. Il rimedio, per richiamare quanto affermato con riferimento agli altri strumenti, stavolta non può *rimettere in termini* l'amministrazione, cosicché valgono le considerazioni sopra svolte sull'atto

tardivo che non consegua all'esperimento del rito avverso il silenzio ovvero del meccanismo di sostituzione interno al procedimento.

#### Sezione IV

##### **1. Brevi cenni alle forme di tutela indiretta: la responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del funzionario inadempiente e del dirigente**

Nella Premessa al presente Capitolo, si è avuto modo di chiarire che l'ordinamento, consapevole della potenzialità lesiva dell'inerzia, ha predisposto una serie di tutele, che possono essere classificate a seconda che permettano al privato di conseguire un'utilità immediata ovvero solamente indirettamente.

Si è, altresì, detto che la tesi si sarebbe concentrata esclusivamente sui rimedi direttamente volti a tutelare il privato e da lui azionabili per superare l'inadempimento dell'amministrazione con riferimento a un determinato procedimento. Almeno un richiamo meritano, però, le forme di tutela indiretta, soprattutto in virtù della sempre maggiore attenzione che è stata loro dedicata dal legislatore negli ultimi anni.

Nel processo di trasformazione delle amministrazioni, finalizzato a renderle sempre più efficienti, sia dal punto di vista dell'azione sia da quello organizzativo, e che ha condotto, peraltro, a una significativa riforma del pubblico impiego<sup>399</sup>, una funzione deterrente particolarmente importante è stata attribuita a un sistema di responsabilità certamente più rigido<sup>400</sup>.

In particolare, la l. n. 69/2009, più volte menzionata, ha per prima previsto espressamente un collegamento tra la violazione del termine di conclusione del procedimento e la responsabilità dei dirigenti. Il d.l. n. 5/2012 ha, poi, ampliato la portata della responsabilità, estendendola ai funzionari non aventi la qualifica dirigenziale. L'attuale art. 2, l. n. 241/1990 recita, infatti, che "la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente".

Per prima cosa, dunque, è prevista una forma di raccordo con la disciplina del pubblico impiego, e in particolare con le disposizioni in materia di retribuzione di risultato, legata alla *performance* individuale. Nella sua valutazione deve, pertanto, tenersi conto pure della

---

<sup>399</sup> Il riferimento va chiaramente al d.lgs. 150/2009, che ha inciso sensibilmente sul pubblico impiego, promuovendo la valorizzazione del merito.

<sup>400</sup> Secondo A. LAZZARO, *Brevi note sulle recenti modifiche all'art. 2 l. 241/90*, cit., la previsione espressa dell'idoneità della violazione del termine di conclusione del procedimento a fondare la responsabilità di funzionari e dirigenti risponde pienamente all'esigenza, avvertita fortemente dal legislatore, di incrementare l'efficienza e la produttività delle amministrazioni, in linea con le recenti riforme in materia di organizzazione e funzionamento delle amministrazioni pubbliche.

tempestività degli interventi, cosicché il ritardo nell'esercizio delle proprie incombenze può incidere sul calcolo della retribuzione del singolo funzionario.

Sullo stesso piano si pongono la responsabilità disciplinare e quella dirigenziale, che possono derivare dal mancato svolgimento dei propri compiti, con conseguente elusione dei termini procedurali. In entrambi i casi, infatti, ciò che rileva è semplicemente la condotta tenuta, di per sé idonea a fondare la responsabilità ovvero a influenzare la valutazione della *performance*<sup>401</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la responsabilità amministrativo-contabile, è necessario in questo caso che l'amministrazione abbia subito un danno economico. Essa, pertanto, in presenza di tutti gli altri elementi, si configura certamente quando l'ente sia tenuto a risarcire il danno al privato, ma, come si è già affermato, potrebbe, altresì, sorgere per il solo fatto di avere causato con la propria condotta un dispendio della risorsa pubblica *tempo*, laddove si riconoscesse la sua idoneità a essere valutato economicamente.

Il che, come si è già affermato, sembrerebbe oggi trovare conferma nella previsione in base alla quale le sentenze che accolgono il ricorso avverso il silenzio, dalle quali non si ravvisa immediatamente un danno erariale<sup>402</sup>, devono essere trasmesse alla Corte dei conti per l'accertamento delle eventuali responsabilità. La scelta del legislatore di richiamare le decisioni adottate a conclusione del rito speciale sembra, infatti, trovare una giustificazione, solo ammettendosi che il danno erariale denunciato coincida con il cattivo utilizzo della risorsa pubblica *tempo*.

Resta ferma, però, l'opportunità di estendere il dovere della comunicazione anche alle pronunce che condannano l'amministrazione al risarcimento del danno da ritardo, dalle quali risulta chiaramente la perdita economica subita dall'amministrazione. Anche se non può tacersi che una disposizione espressa in questo senso non appaia comunque indispensabile, limitandosi a confermare l'esistente potere/dovere di denunciare le fattispecie dannose.

---

<sup>401</sup> Sul punto, si v. T. DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, fasc. 11, 1151, il quale afferma, con riferimento ai dirigenti, che il rispetto dei termini procedurali diviene, così, un elemento aggiuntivo a quello da tenere presente per l'accertamento della loro responsabilità. Secondo l'A, infatti, i criteri per la verifica della responsabilità dirigenziale, indicati dall'art. 5 del d.lgs. n. 286/1999 con formule meramente esemplificative, devono essere integrati con altre disposizioni ovvero atti organizzativi e clausole contrattuali. Si v. anche A. COLAVECCHIO, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che afferma che l'inosservanza dei termini procedurali, oltre a produrre effetti sulla determinazione della retribuzione di risultato, può, altresì, incidere sulla responsabilità disciplinare, con conseguente mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale ovvero revoca dello stesso o recesso del rapporto di lavoro.

<sup>402</sup> In questo senso, P. SANTORO, *Il danno da ritardo diventa danno erariale*, cit., per il quale "la sentenza oggetto di comunicazione pur essendo sintomatica di una disfunzione amministrativa, non riguardando l'accertamento del danno ingiusto, non è ancora idonea, di per sé, a suffragare una notizia di danno idonea ad attivare l'eventuale azione di responsabilità per danno erariale".

## *Conclusioni*

### *Il privato e la pluralità dei rimedi all'inerzia, alla ricerca dell'effettività della tutela*

*Sommario:* 1.1. Quanti e quali privati l'ordinamento deve tutelare a fronte dell'inerzia dell'amministrazione? – 1.2. La possibile sanatoria del provvedimento tardivo illegittimo a garanzia dei vari interessi coinvolti - 2. La tutela del privato tramite l'ampliamento delle ipotesi in cui sussiste il dovere di provvedere in concreto – 3. La tutela del privato per l'inerzia endoprocedimentale: il superamento del limite degli interessi sensibili – 4. L'effettività della tutela: la garanzia del rilascio del provvedimento richiesto – 5. Perplexità sul funzionamento del meccanismo di sostituzione interna – 6. L'effettività della tutela garantita dal ricorso avverso il silenzio – 7. Sintesi dei risultati della ricerca. Alcune riflessioni di taglio sistematico sull'inerzia come fattore che “spoglia” progressivamente l'amministrazione di proprie prerogative

#### **1.1. Quanti e quali privati l'ordinamento deve tutelare a fronte dell'inerzia dell'amministrazione?**

La tutela del privato rappresenta la ragione principale dell'incessante attenzione del legislatore al problema dell'inerzia amministrativa e, per questo, la preoccupazione di offrire soluzioni interpretative in grado di assicurarla in modo effettivo ha costituito il filo conduttore della presente tesi. La potenzialità lesiva del fenomeno, del resto, è stata più volte spiegata nel corso della trattazione, per cui è sufficiente in questa sede sottolineare l'importanza dell'azione amministrativa per il soddisfacimento degli interessi privati e il pregiudizio insito nell'inadempimento del dovere di provvedere.

Pima, però, di completare il discorso dell'effettività della tutela offerta (chiarendo che, in modo forse atecnico, tra i mezzi di tutela si annovereranno anche istituti procedurali, quali la sostituzione di cui all'art. 2, l. 241/1990), preme ribadire ancora che la necessità di contrastare l'inerzia è avvertita anche nell'interesse della stessa amministrazione e degli obiettivi di natura pubblicistica perseguiti. L'efficienza e la tempestività della funzione e dell'organizzazione sono, ormai, valori da promuovere e garantire, pure in considerazione del rilievo economico della risorsa tempo.

Si è detto (v. Cap. II, in particolare parr. 1.2. e 5), infatti, che, così come il tempo per i privati incide significativamente sul piano economico, influenzando gli investimenti e la convenienza delle possibili operazioni, lo stesso deve dirsi anche per l'amministrazione, tenuta a utilizzare in maniera razionale tutte le risorse pubbliche, ivi compresa quella temporale, vero e proprio bene suscettibile di valutazione economica o, comunque, dotata di rilievo giuridico.

Senza, dunque, che sia necessario richiamare in questa sede le diverse finalità che, si è visto, appaiono collegate alla individuazione del termine di conclusione del procedimento (Cap. II, parr. 1.1., 1.2., 1.3.), si vuole solo sottolineare che, seppure la ricerca sia stata volta alla verifica dell'effettività della tutela del privato, non si sono trascurate le gravi conseguenze che l'inerzia può provocare per l'amministrazione e gli interessi pubblici.

Venendo, però, a quanto qui interessa maggiormente, sembra che la prima domanda che ci si debba porre, per valutare l'idoneità dei diversi strumenti esaminati a garantire una tutela effettiva, sia relativa alla "individuazione" del privato che deve essere protetto a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione.

La domanda può apparire banale, ma la risposta che si darà consente di verificare l'effettivo raggiungimento dell'obiettivo di tutela perseguito, nonché di comprendere le ragioni alla base di alcune interpretazioni fornite nel corso della trattazione.

E, infatti, se, in via di prima approssimazione, si sarebbe tentati di rilevare che l'ordinamento abbia elaborato i diversi strumenti analizzati nella tesi per evitare che l'inerzia amministrativa potesse ledere gli interessi dei soggetti direttamente coinvolti, non si può non tenere conto, al contempo, degli eventuali terzi che pure potrebbero subire un pregiudizio a causa del ritardo o dell'inerzia assoluta, ovvero che potrebbero venire pregiudicati dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole al richiedente. L'amministrazione, infatti, agisce di norma in un contesto multipolare, sicché quando avvantaggia un soggetto pregiudica altri.

Più in generale, ciò sembra trovare conferma nel fatto, appena ricordato, che il termine di conclusione risponde a plurime finalità. Tra queste, da un lato, c'è sicuramente la necessità di assicurare risposte certe e in tempi brevi a chi abbia bisogno dell'intervento amministrativo per svolgere una determinata attività; dall'altro, però, non si possono dimenticare le esigenze di certezza del diritto e stabilità delle relazioni giuridiche che sembrano riguardare pure i privati non direttamente interessati all'effetto diretto del potere. In altre parole, certamente un problema d'inerzia si pone per il richiedente un dato provvedimento o per chi sia in ogni caso destinatario diretto dell'atto (si pensi, ad esempio, all'avvio d'ufficio di un procedimento di revoca). Tuttavia, nel momento in cui l'esercizio del potere può incidere sulla sfera giuridica di altri soggetti (i c.d. controinteressati sostanziali, figura oggi espressamente richiamata dalla l. 241/1990), l'inerzia, o meglio la situazione di incertezza che consegue al silenzio non qualificato (ma analogo discorso, come ancora si dirà, si può estendere al fattore che supera l'inerzia e, cioè, al provvedimento tardivo), è idonea a compromettere pure i loro interessi.



Ne deriva che, nel valutare le capacità di tutela dei mezzi offerti dall'ordinamento, si debbano considerare le due situazioni, necessariamente confliggenti tra loro. Né potrebbe obiettarsi che "entrambi i privati" lesi dall'inerzia siano ugualmente tutelati dall'attivazione di uno dei possibili rimedi, sul presupposto che essi mirano in ogni caso a eliminare lo stato di incertezza. La necessità di valutare anche gli interessi dei terzi, infatti, influisce sulla portata dei mezzi scelti o comunque sulle soluzioni interpretative offerte in merito al loro concreto utilizzo e, più in generale, alle conseguenze dell'inerzia sul potere amministrativo.

Si pensi all'interpretazione accolta in relazione al regime dell'atto emanato spontaneamente dall'amministrazione, a seguito del decorso infruttuoso del termine. La tesi della decadenza del potere sembra pregiudicare eccessivamente l'interesse del privato che abbia bisogno di un provvedimento amministrativo per soddisfare un suo interesse, così come riconoscere sempre la legittimità dell'atto, nel caso, ad esempio, di un provvedimento di accoglimento adottato a seguito di apposita richiesta, potrebbe ledere in maniera ingiustificata il terzo, oltre a non "sanzionare" in alcun modo l'amministrazione ritardataria.

La tesi della illegittimità dell'atto tardivo, con l'importante correttivo rappresentato dalla possibilità di applicare la disciplina di cui agli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* (v. ancora *infra*), si pone, allora, come una soluzione di compromesso, che, al di là delle ragioni sistematiche su cui, come si è visto (Cap. II, par. 3.1. e 3.2.), si fonda, pare conciliare tanto le esigenze di chi sia direttamente inciso dall'azione amministrativa tanto dell'eventuale controinteressato. Ciò ovviamente anche nell'esempio opposto al precedente, ossia qualora l'amministrazione adotti in ritardo un provvedimento negativo.

## **1.2. La possibile sanatoria del provvedimento tardivo illegittimo a garanzia dei vari interessi coinvolti**

Alla luce di quanto sostenuto nel paragrafo precedente, pare opportuno ribadire la soluzione offerta in relazione al regime del provvedimento tardivo, per meglio comprenderne l'utilità. Si è detto che la sua illegittimità (ovviamente sempre esclusivamente sotto il profilo temporale) non determina l'annullamento dell'atto quando sussistano le condizioni di cui all'art. 21-*octies*, in presenza di attività vincolata, ovvero del 21-*nonies* per quella discrezionale.

Per esigenze di chiarezza espositiva, suddividiamo le varie situazioni.

a) Nell'ipotesi di attività vincolata non sembrano necessari particolari chiarimenti. È stata violata una norma sul procedimento, ma, dato che il contenuto del provvedimento non potrebbe essere diverso da quello in concreto adottato, l'atto, seppure viziato, non può essere annullato. La situazione è, quindi, comune a quella di una qualsiasi altra violazione di una norma sulla forma o sul procedimento.

Questa soluzione interpretativa implica che il momento in cui va valutato il presupposto perché operi il "meccanismo" di recupero dell'illegittimità (e, cioè, che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato) è quello dell'emanazione effettiva dell'atto e non già quello ipotetico della chiusura del procedimento. D'altro canto, la norma di cui all'art. 21-*octies*, cit., fa riferimento al contenuto dispositivo (il tipo di vicenda giuridica prodotta, che può essere identificata in modo atemporale) e non ad altri aspetti, quali il momento di decorrenza dell'efficacia, che, in caso di provvedimento tardivo, sarebbe sempre ovviamente diverso da quello legato al provvedimento tempestivo.

Piuttosto, con riferimento al mancato rispetto dell'art. 2, l. n. 241/1990, come si è visto, sorge il problema di determinare la disciplina applicabile. La regola del *tempus regit actum* impone, allora, di tenere conto della normativa in vigore al momento dell'azione, cosicché anche in sede di valutazione dell'illegittimità, la verifica richiesta dall'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, dovrà essere effettuata sulla base delle disposizioni applicabili al momento del rilascio dell'atto.

Potrebbero, allora, verificarsi due diverse situazioni.

Da un lato, quella esaminata già nel corso della trattazione, per cui, a causa di una modifica intervenuta nelle more del procedimento, successivamente alla scadenza naturale del termine, non sarebbe più ammesso il rilascio di un atto favorevole al privato. Certamente, come si è dimostrato, il privato direttamente interessato subirebbe in questo caso un danno, riparabile, però, solo economicamente; rimane salva, tuttavia, la possibilità di sollecitare l'amministrazione a valorizzare sul piano dello svolgimento della funzione la posizione del richiedente (è il caso dell'esercizio dei poteri di pianificazione: Cap. II par. 4.2.), che si potrebbe giungere a "doppiare" con un'azione giurisdizionale (ancora attraverso il ricorso avverso il silenzio), dimostrando che sorge un dovere di provvedere.

Dall'altro, potrebbe accadere l'ipotesi inversa, ossia che un atto che non poteva essere adottato al momento della scadenza naturale del termine, a seguito delle modifiche intervenute possa, invece, essere rilasciato. Considerando sempre il caso dell'attività vincolata, l'atto seppure illegittimo verrebbe "salvato" in forza del citato art. 21-*octies*.

Non sembra che, almeno in linea di principio, in questo caso la posizione del terzo meriti una tutela ulteriore, perché, se è vero che, qualora l'amministrazione avesse rispettato i termini, l'atto non sarebbe stato rilasciato, è altrettanto vero che in tale circostanza sussisterebbero tutti i presupposti per la riproposizione dell'istanza. Da qui deriva, peraltro, una conferma dell'inopportunità dell'annullamento in una simile evenienza, pur rimanendo certamente ferme le conseguenze sul dipendente (responsabilità disciplinare, dirigenziale, valutazione, *etc.*: Cap. III, sez. IV, par. 1).

b) Veniamo, invece, ora, all'adozione tardiva spontanea di un provvedimento discrezionale che, ovviamente, potrebbe essere tanto positivo quanto negativo per il privato direttamente interessato e, specularmente, per il terzo.

E' questa la situazione maggiormente interessante, in quanto più frequente, atteso che l'area dei provvedimenti veramente e completamente vincolati risulta assai ridotta (e va delimitata secondo una logica restrittiva, in quanto apre la via all'applicazione di un regime meno "garantista" per il privato rispetto a quello che si verrà ora illustrando).

Il problema è sempre il medesimo: l'atto doveva essere adottato entro una certa data e, invece, è stato emanato in seguito. È, pertanto, illegittimo e il destinatario diretto ovvero il controinteressato, a seconda di chi sia pregiudicato nel caso di specie, avrebbe la facoltà di impugnare l'atto davanti al giudice.

Dovrebbe, però, essere annullato il provvedimento per il solo fatto di essere stato emanato in ritardo, dal momento che non troverebbe qui applicazione l'art. 21-*octies*, perché di natura discrezionale? La risposta che si è data è negativa (Cap. II, par. 3.2.). Per spiegare le ragioni che hanno spinto a rinvenire la soluzione nell'art. 21-*nonies* (operando un'interpretazione estensiva della norma che, certamente non priva di forzature, pare, però, giustificata dalla finalità di assicurare la maggior protezione del privato, ancorché qui non si abbia la combinazione di due atti – illegittimo e di convalida – ma soltanto un'unica determinazione tardiva) è necessario riflettere su quale possa essere il pregiudizio provocato dall'adozione di un atto tardivo discrezionale.

Al pari di quanto avviene con riferimento alle norme da applicare, anche la ponderazione degli interessi in gioco, essenza dell'azione discrezionale, sembra debba seguire la regola del *tempus regit actum*, per cui la valutazione degli interessi coinvolti va effettuata al momento del rilascio dell'atto. La seconda domanda è se questa valutazione possa avere portata differente a seconda che avvenga in un certo momento piuttosto che in un altro. La risposta è sicuramente affermativa, per cui, in base al suo contenuto, l'atto potrebbe pregiudicare il diretto interessato ovvero il terzo, che, qualora il provvedimento fosse stato

adottato entro i termini, non avrebbero, invece, potuto lamentare alcunché, risultando legittima l'azione posta in essere (si tenga sempre bene a mente che l'illegittimità di cui si parla è esclusivamente di tipo temporale).

Se, allora, il problema sorge solo per il mancato rispetto del termine, a nostro avviso ben potrebbe essere superato, laddove il provvedimento fosse stato adottato entro un tempo ragionevole e dalla motivazione emergessero le ragioni di interesse pubblico che ne giustificano la (impropria: perché non presuppone un previo atto già emanato) convalida. Deve, altresì, affiorare la considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, pure in relazione al fatto che l'atto viene adottato in un momento successivo rispetto alla scadenza prevista. Pertanto, l'amministrazione, che adotti l'atto tardivamente, può evitarne l'illegittimità solo esercitando il potere in maniera "rafforzata", nel senso di motivare più nel dettaglio la valutazione che ha portato a quella decisione, soprattutto alla luce degli interessi di tutti i privati coinvolti.

Va conclusivamente e sinteticamente ribadito che questo specifico statuto del provvedimento discrezionale tardivo si ricava vuoi da un riflessione generale sull'istituto del *tempus regit actum*, sia, soprattutto, dall'applicazione –in via analogica – dell'art. 21-*nonies*, l. 241/1990: nel suo secondo comma, in quanto riferito alla convalida, ma pure nel suo primo comma che ne costituisce la premessa logica e che definisce il regime dell'annullamento, istituto che condivide con la convalida il presupposto dell'illegittimità dell'atto e dalla cui disciplina sembra ricavabile il catalogo di vincoli procedurali, istruttori e motivazionali che l'amministrazione deve rispettare nel momento in cui si appresta a "gestire" situazioni di illegittimità.

Tra l'altro, la possibilità di ricercare soluzioni che incidano sulle caratteristiche dell'atto, allo scopo di tutelare il privato avverso l'inerzia, sembra confermata dalle stesse scelte legislative recenti. Come, infatti, la necessità di ampliare la tutela dell'individuo ha indotto il legislatore a imporre all'amministrazione il dovere di rispondere anche alle istanze manifestamente infondate, inammissibili o improcedibili, seppure con un provvedimento "semplificato" ("la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo"; sul punto si v. il prossimo paragrafo), allo stesso modo, le medesime ragioni consentono di superare l'illegittimità dell'atto tardivo con un provvedimento "rafforzato" (che, oltre a pervenire entro un termine ragionevole, presenti una motivazione più articolata e completa, dalla quale risulti chiaramente la valutazione degli interessi, tanto pubblici tanto privati, sia del destinatario sia del controinteressato).

Un ulteriore profilo deve essere richiamato e, cioè, l'applicabilità del regime più garantista così delineato anche al caso di provvedimento tardivamente adottato non già spontaneamente, ma a seguito dell'attivazione degli strumenti della sostituzione e del ricorso avverso il silenzio. Quel regime, in quanto idoneo a dare adeguato rilievo alle situazioni dei privati (ma anche dell'amministrazione: la norma di cui all'art. 21-*nonies* richiama l'interesse pubblico specifico), è, cioè, generalizzabile, pure quando, a seguito dell'esperimento del rimedio procedimentale ovvero processuale, il provvedimento "nasca" legittimo sotto il profilo temporale. Ragioni di tutela di tutti i privati coinvolti, infatti, impongono in ogni caso una valutazione "rafforzata" del problema, che tenga conto dei diversi interessi alla luce del fatto che il provvedimento viene adottato necessariamente in un momento successivo rispetto a quello "naturale".

## **2. La tutela del privato tramite l'ampliamento delle ipotesi in cui sussiste il dovere di provvedere in concreto**

Chiarito, dunque, che nel valutare l'effettività della tutela bisogna tenere conto degli interessi di soggetti diversi, è necessario ora procedere alla ricostruzione degli strumenti di cui il privato può disporre contro l'inerzia. Nel corso della trattazione si è provveduto a scomporre il fenomeno, nel senso prima di tutto di individuare in cosa esso consista e quali siano i presupposti in presenza dei quali i vari istituti possono essere impiegati per tutelare i privati.

Si è detto, infatti, che, affinché il mancato esercizio del potere possa assumere rilievo giuridico, è necessario che sussista in capo all'amministrazione il dovere di portare a termine il procedimento (Cap. I, in particolare parr. 1.1.-1.3.). A tal proposito, sembra si debba evidenziare, avviando, così, il discorso relativo all'effettività della tutela, che un importante contributo in favore della protezione del privato sia stato fornito dalla nuova disposizione introdotta delle norme anticorruzione, che, si è visto, impone all'amministrazione di rispondere all'istanza del privato anche qualora risulti inammissibile, improcedibile o infondata, seppure con un atto semplificato.

È evidente, dunque, alla luce soprattutto di quanto si è detto in ordine alla configurabilità in concreto del dovere di provvedere, che una simile previsione è certamente idonea a favorire il privato, riducendo in maniera decisamente significativa i casi in cui il silenzio dell'amministrazione non risulti illegittimo. Se, infatti, è vero che, almeno apparentemente, la previsione di un provvedimento in forma semplificata, soprattutto per quel che concerne la motivazione, pregiudica il singolo rispetto a una decisione "ordinaria", è altrettanto vero

che le ipotesi cui si fa riferimento nella nuova formulazione dell'art. 2, l. n. 241/1990, come si è visto nel corso del primo Capitolo (par. 1.4.), sembrano coincidere con quelle in cui i giudici erano soliti negare la sussistenza del dovere di provvedere, con conseguente rigetto del ricorso avverso il silenzio. Pare, quindi, che la soluzione offerta contribuisca a tutelare maggiormente il privato a fronte dell'inerzia, imponendo in maniera esplicita l'adozione di un atto che, per quanto semplificata, contenga comunque la motivazione delle ragioni che rendono la domanda manifestamente infondata, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

Anzi, si può affermare che in questo caso le esigenze di tutela del privato abbiano un peso e un rilievo prevalenti rispetto a quelle legate all'efficienza amministrativa. Se, infatti, parte dell'ambito di applicazione della norma coincide con le situazioni in cui si ammetteva la legittimità del silenzio, adesso l'amministrazione è comunque tenuta anche in quei casi ad adottare un provvedimento, sottraendo magari risorse (ivi compreso, secondo quanto si è detto sopra, il tempo) ad altri procedimenti.

In conclusione, la necessità di garantire maggiormente il privato non ha spinto il legislatore a intervenire semplicemente sugli strumenti di tutela disponibili, ossia "a valle", ma anche "a monte", ampliando significativamente, rispetto alle restrizioni interpretative dottrinali e giurisprudenziali, le ipotesi in cui si configura in concreto il dovere di provvedere.

Nel caso, poi, l'amministrazione non emanasse nemmeno un provvedimento semplificato, l'illegittimità del silenzio sarebbe fatta valere sempre mediante il ricorso avverso il silenzio, posto che il privato non è consapevole della manifesta infondatezza, inammissibilità o irricevibilità e, dunque, non distingue tra la violazione del dovere di provvedere "ordinario" e quello "semplificato". Tuttavia, se è chiaro che, qualora il giudice negasse la manifesta infondatezza, irricevibilità o inammissibilità, condannerebbe l'amministrazione all'adozione del provvedimento finale "ordinario", sorgono dubbi con riguardo al contenuto della pronuncia laddove, invece, fosse accertata l'impossibilità di accogliere la domanda.

Si potrebbe sostenere che, data la previsione espressa della necessità di rispondere comunque al privato, seppure con un provvedimento semplificato, il giudice dovrebbe condannare l'amministrazione all'adozione dell'atto di diniego. Tuttavia, ragioni di economia processuale consentono di escludere una simile conclusione. Sembra più corretto, allora, affermare che in questo caso sia sufficiente la decisione giurisdizionale di rigetto, che si sostituisce, così, al provvedimento amministrativo semplificato.

D'altro canto, il senso della disciplina del provvedimento semplificato è quello di risolvere l'incertezza, che è a maggior ragione superata dalla pronuncia del giudice. Diverso appare, invece, il discorso relativo alla tutela laddove l'amministrazione abbia effettivamente osservato la nuova disposizione contenuta all'art. 2 e abbia adottato un provvedimento semplificato di diniego. Nell'eventualità in cui il privato non si ritenga soddisfatto dalla decisione amministrativa, due appaiono le soluzioni percorribili.

Una, più "ordinaria", si basa sul presupposto che l'atto emanato, per quanto semplificato, abbia comunque natura provvedimento "piena", per cui ben potrebbe essere impugnato con il rito ordinario. Nel caso di annullamento, poi, l'amministrazione sarebbe tenuta a riesercitare il potere, tenendo conto delle indicazioni della sentenza, in virtù dell'effetto conformativo, a tacere, poi, della rilevante possibilità di esercitare l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, di cui al nuovo art. 34 c.p.a., ovviamente nei limiti previsti dalla medesima norma.

L'altra, invece, potrebbe consistere nell'estensione della tutela garantita avverso l'inerzia all'atto di diniego semplificato, quale decisione che comporta la violazione del dovere di provvedere in via ordinaria. Questa soluzione pare da preferire in quanto capace di assicurare un più elevato livello di tutela a favore del cittadino.

Il ricorso avverso il silenzio, infatti, consente di avere maggiori utilità immediate rispetto all'impugnazione di un provvedimento di diniego, non potendosi tacere che, nonostante la differenza tra le due tutele risulti ridotta a seguito della modifica dell'art. 34 c.p.a., tanto i tempi (ma anche i costi), tanto la previsione di un meccanismo di ottemperanza interno, consentono di confermare in ogni caso l'idoneità del rito speciale a tutelare maggiormente il privato rispetto a quello ordinario.

D'altro canto, ove si dovesse invocare il mero dato formale (qui un provvedimento, pur semplificato, esiste), onde evitare l'applicazione del rito avverso il silenzio, si finirebbe per avallare prassi censurabili dell'amministrazione, che potrebbe essere spinta a provvedere, ancorché in modo frettoloso e magari all'ultimo momento prima dello spirare del termine, in modo semplificato, limitando così le *chances* di tutela del singolo che dovrebbe impiegare il più dispendioso e meno soddisfacente (almeno a breve) rito ordinario a fronte di un comportamento che è "sostanzialmente" una violazione del dovere di provvedere in modo compiuto. In altri termini, non sembra ammissibile che l'introduzione di un istituto sostanziale comporti un arretramento della tutela complessiva di cui gode il privato.

Si è consapevoli del fatto che la soluzione qui offerta non risulta del tutto coerente con la lettera della norma, che parla in particolare di ricorso avverso il "silenzio", ma, almeno nei

casi in cui, appunto, come detto, il provvedere in via semplificata risulti un modo per eludere il dovere di provvedere “pienamente” (così come accadrebbe nei casi in cui il silenzio fosse integrato anche a fronte di atti istruttori o solo apparentemente provvedimentali), il rimedio sembra percorribile, affidando alla prudente valutazione del giudice il compito di discernere le varie ipotesi, e fatta sempre salva la possibilità di convertire il rito (art. 32 c.p.a.) o di utilizzare lo strumento della rimessione in termini (art. 37, c.p.a.)<sup>403</sup>.

### **3. La tutela del privato per l'inerzia endoprocedimentale: il superamento del limite degli interessi sensibili**

Nel corso della trattazione si è visto che, nell'affrontare il discorso relativo alla tutela del privato a fronte dell'inerzia, non si debba prescindere dal considerare che il ritardo o la mancata conclusione del procedimento possono derivare pure da fenomeni di “inerzia endoprocedimentale”.

Nel secondo Capitolo, ci si è soffermati, in particolare, sul problema dell'individuazione del momento in cui si configura l'inerzia, a partire dal quale l'ordinamento deve attivarsi per tutelare il privato che abbia visto pregiudicati i suoi interessi dal mancato esercizio del potere. In quell'occasione è stata evidenziata, altresì, l'impossibilità per il privato di individuare *a priori* con precisione la durata del procedimento, a causa delle numerose vicende che possono verificarsi, impedendo la normale decorrenza del termine. Soprattutto, però, si è visto che sussiste il rischio che tali vicende non si limitino a determinare un allungamento dei tempi, ma comportino un vero e proprio arresto del procedimento, impedendo di giungere alla fase dell'adozione del provvedimento finale.

Ciò si verifica tutte le volte in cui un'altra amministrazione sia coinvolta nel procedimento e non adempia ai suoi compiti. Il riferimento va soprattutto alle ipotesi in cui siano richiesti pareri o valutazioni tecniche, anche se, come si è detto, l'ordinamento già prevede un meccanismo volto a consentire il superamento dell'inerzia, garantendo comunque la prosecuzione dell'*iter* procedimentale.

A tal proposito, non sorgono particolari problemi nel caso in cui non sia stato rilasciato nei termini il parere. L'amministrazione precedente, infatti, potrà o dovrà (a seconda del tipo) procedere ugualmente. Maggiori perplessità, invece, sorgono con riferimento alle

---

<sup>403</sup> Un problema peculiare, infatti, attiene al termine per agire: ragioni di prudenza – tenendo conto che l'azione di condanna va proposta contestualmente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio – consigliano di agire comunque entro il termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento.



valutazioni tecniche, nel senso che in questo caso il meccanismo devolutivo, che prevede di ricorrere a un altro organo avente le medesime capacità tecniche di quello precedentemente adito, potrebbe non funzionare per due diverse ragioni.

Una concerne l'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, a seguito dell'inerzia del primo organismo tecnico adito, non si attivi per rivolgersi al secondo. In questo caso, l'effetto ultimo è sempre di impedire la prosecuzione del procedimento e, di conseguenza, l'adozione del provvedimento finale.

Con riferimento a questo problema potrebbe immaginarsi l'attivazione, già in questa fase, del rimedio della sostituzione, dal momento che il risultato finale della mancata consultazione del secondo organismo tecnico si traduce nella violazione del dovere di provvedere. In altri termini, qualora il responsabile del procedimento, scaduti i novanta giorni, non richiedesse la valutazione al secondo organismo tecnico, potrebbe essere chiesta la sua sostituzione, in modo da evitare l'arresto del procedimento.

La decisione finale dovrà essere resa entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, fermo restando che per calcolarlo bisognerà tenere conto della richiesta di valutazione e del tempo riservato all'organismo tecnico per rilasciarla.

Esaminati i profili critici legati all'inerzia endoprocedimentale, pure laddove sia già previsto un meccanismo per superarla, deve soffermarsi l'attenzione sul secondo caso cui sopra si faceva cenno e, cioè, sull'ipotesi in cui, in ragione della presenza di interessi sensibili, il silenzio devolutivo non operi, cosicché l'inerzia delle altre amministrazioni pubbliche coinvolte si traduce necessariamente in inerzia provvedimentale, causando un pregiudizio al privato.

Nonostante sia evidente la necessità di prevedere una qualche forma di tutela pure a fronte di queste situazioni, nessun riscontro si ha sul piano positivo. Il legislatore non è intervenuto sul punto (e ciò attiene sia all'ipotesi delle valutazioni sia a quella dei pareri), lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di elaborare delle soluzioni efficaci.

Nel corso della trattazione si è visto che una possibilità è stata individuata nell'estensione dell'ambito di applicazione del ricorso avverso il silenzio al caso in cui sia rimasta inerte un'amministrazione tenuta al rilascio di un atto endoprocedimentale. Ragioni di effettività della tutela imporrebbero, dunque, di superare la difficoltà di qualificare il silenzio endoprocedimentale come presupposto per l'attivazione del rimedio processuale contro il silenzio.

Se, infatti, la *ratio* dell'istituto è di consentire al privato di ottenere una decisione finale e questa è preclusa dall'inerzia di un'altra amministrazione, quell'inerzia è comunque

immediatamente lesiva. Il privato dovrebbe, allora, potere agire nei confronti del soggetto che si sia reso inadempiente, seppure la sua competenza fosse limitata all'adozione di un atto avente efficacia interna.

Date, però, le titubanze mostrate tanto in giurisprudenza tanto in dottrina, sarebbe preferibile un intervento normativo chiarificatore, che estendesse l'applicabilità del rito speciale a simili fattispecie o che affrontasse il problema, eventualmente fornendo una soluzione alternativa sul piano procedimentale, purché idonea a evitare che l'inadempimento di una delle amministrazioni coinvolte nel procedimento pregiudichi l'adozione del provvedimento finale.

Tale soluzione potrebbe, invero, essere rinvenuta nel meccanismo di sostituzione interna introdotto dal governo Monti, che appare più compatibile con una tutela endoprocedimentale sotto il profilo temporale e che non presenta il limite della discrezionalità che, come si è già affermato, spesso caratterizza le materie sensibili.

Sono necessari, però, alcuni chiarimenti, al fine di verificare l'effettiva praticabilità della soluzione proposta. Per prima cosa bisogna distinguere a seconda che l'inerzia riguardi amministrazioni tenute al rilascio di un parere ovvero di una valutazione tecnica, sempre ovviamente con riferimento ai casi in cui siano in gioco interessi critici.

a) Per quel che concerne i pareri, non sorgano particolari problemi nell'ammettere il meccanismo di sostituzione interna. Si potrebbe, infatti, ritenere che, laddove l'organo competente non rilasciasse il parere, potrebbe essere chiesta la nomina di un responsabile della sostituzione – dotato di specifiche competenze - che adempia al suo posto. A differenza del caso di valutazioni tecniche (ove l'area "protetta" è espressamente stabilita dall'ordinamento: v. l'*incipit* dell'art. 17, l. 241/1990), qui è difficile immaginare la sussistenza di una vera e propria riserva di parere sugli interessi sensibili; se un limite esiste (ed è stabilito dall'art. 16, l. 241/1990) esso non sembra "resistere" in caso di operatività di un meccanismo sostitutivo previsto per scongiurare gli effetti dannosi dell'inerzia.

In ogni caso, come il più contiene il meno, le osservazioni che verranno sviluppate alla lettera seguente in relazione alle valutazioni non potrebbero non valere per il caso dei pareri, ove a monte non sussiste una "riserva di attività consultiva". D'altro canto, diversamente opinando l'organo consultivo verrebbe a configurarsi come entità titolare di una sorta di potere di veto, che la prospettiva di andare incontro a responsabilità amministrative o disciplinari solo in parte scalfirebbe, in contrasto con la necessità che

l'organo dirigenziale individuato dall'ordinamento abbia la competenza, la responsabilità ultima, ma anche la concreta possibilità, di agire.

b) Possiamo dunque ad analizzare le valutazioni tecniche, ribadendo che, in generale, un meccanismo di sostituzione è già previsto dalla legge nei casi in cui l'amministrazione tenuta al rilascio della valutazione tecnica non risponda entro novanta giorni, sempre a condizione che non si tratti di interessi ambientali, paesaggistico-territoriali ovvero legati alla salute dei cittadini.

In tali ultime ipotesi, l'ordinamento non prevede alcuna tutela, o meglio non consente di rivolgersi a un soggetto diverso da quello originariamente competente ai sensi di legge, creando una vera e propria riserva in capo a tali soggetti.

Nonostante le perplessità dovute al fatto che il legislatore ha espressamente distinto le ipotesi in cui assumano rilievo interessi sensibili da quelle in cui, invece, ciò non avvenga - ammettendo solo nella seconda ipotesi il trasferimento di competenza - sembra si possa sostenere che ragioni di effettività della tutela consentano, alla luce del nuovo intervento normativo, di ritenere ammissibile anche in siffatta ipotesi la richiesta di sostituzione. Per cui, laddove il soggetto tenuto al rilascio della valutazione in materia di salute, di ambiente o di paesaggio e territorio non adempia, il privato potrà chiedere la sostituzione dell'organismo originariamente preposto con un altro, nonostante la criticità degli interessi in rilievo.

Seppure la soluzione che consente di superare l'apparente intenzione del legislatore di attribuire una competenza "esclusiva" agli organismi tecnici possa sembrare un po' "forzata", essa appare giustificata dalla preponderante esigenza di evitare che le ragioni di tutela del privato siano sacrificate dall'inerzia endoprocedimentale, ogniqualvolta ciò determini anche l'inerzia provvedimentale. D'altro canto, atteso che il campo di applicazione della sostituzione *ex art. 2, l. 241/1990*, è quello del silenzio rifiuto e questo, a sua volta, copre ipotesi in cui vengono in evidenza interessi sensibili (*ex art. 20, l. 241/1990*, posto che altrimenti opererebbe il silenzio assenso: v. Introduzione, par. 5.1. e Cap. III, sez. I, par. 7.1.), molto spesso, ove vi siano valutazioni tecniche, queste saranno rese da organismi che tutelano interessi sensibili, sicché, a fronte del blocco costituito dall'art. 17, c. 2, la sostituzione *ex art. 2*, finirebbe per configurarsi come un istituto residuale e difficilmente applicabile.

Viceversa, posto che la norma di cui all'art. 2, non distingue, delineando una figura che sembra invece avere una portata generale, sembra possibile ritenere che essa consenta di

derogare alla rigidità dell'art. 17, con gli opportuni adattamenti (la nomina dovrebbe riguardare non il dirigente, ma un organismo tecnico competente).

Sul piano sistematico, emerge che la riserva di valutazione tecnica a favore di un soggetto specifico esiste soltanto "in prima battuta"; quando invece l'amministrazione ha fallito la propria originaria *chance* di utilizzarla e di gestirla in positivo, vuoi il giudice (mediante il ricorso avverso il silenzio), vuoi la stessa amministrazione in sede di sostituzione, possono superarla, individuando un sostituto per tutelare il cittadino.

c) Un ultimo aspetto va, infine, richiamato in relazione alla tutela del privato a fronte dell'inerzia endoprocedimentale. È chiaro, infatti, che indipendentemente dall'accoglimento delle soluzioni proposte, l'inerzia, o anche solo il ritardo delle amministrazioni diverse da quella precedente, ma comunque coinvolte, è idonea a pregiudicare il privato, non solo nel caso in cui ciò comporti la mancata adozione del provvedimento finale, ma anche laddove si determini un mero ritardo.

Va dunque riconosciuta la possibilità di chiedere all'altra amministrazione pubblica interessata il risarcimento dei danni che abbia causato con il ritardo ovvero l'inerzia assoluta. Certamente, infatti, sussisterebbe il nesso di causalità tra la sua condotta e il danno subito per il ritardo, che non sarebbe, invece, imputabile all'amministrazione precedente che avesse compiuto tutti gli atti necessari per assicurare la decisione nei termini di legge. Tra l'altro, ciò confermerebbe la tesi della natura aquiliana della responsabilità, posto che il danno da ritardo sarebbe provocato in questo caso dalla condotta inadempiente di un soggetto con cui il privato non ha un rapporto diretto.

#### **4. L'effettività della tutela: la garanzia del rilascio del provvedimento richiesto**

Dopo esserci occupati dell'inerzia procedimentale, è giunto il momento di tornare a quella che è stata oggetto della tesi, l'inerzia provvedimentale.

Nonostante nella parte introduttiva del lavoro siano stati richiamati diversi strumenti, anche estranei al diritto amministrativo, per combattere in generale il problema, la ricerca si è concentrata sui rimedi direttamente attivabili dal privato nel caso di mancata adozione del provvedimento conclusivo del procedimento. In particolare, sono stati analizzati, limitatamente ai profili necessari ai fini della tesi, il ricorso avverso il silenzio, il meccanismo di sostituzione interno al procedimento introdotto dal governo Monti e la responsabilità risarcitoria per il danno da ritardo.

Il primo aspetto che è stato esaminato con riferimento a ciascuno ha riguardato l'interesse perseguito dal legislatore, o meglio quello prevalente, fermo restando che tutti mirano,

direttamente o indirettamente, a consentire il superamento dell'inerzia tanto nell'interesse dei privati tanto in quello pubblico.

Tuttavia, ai fini della valutazione dell'effettività della tutela ciò non assume particolare rilievo, dato che il fatto che alcuni rimedi perseguano al contempo obiettivi di natura pubblicistica non li rende meno efficaci per il privato.

Sembra, allora, che la valutazione di opportunità ed efficacia debba piuttosto basarsi sugli altri profili individuati nella trattazione e, in particolare, sull'utilità finale garantita al privato. Un chiarimento è, però, necessario su cosa debba intendersi per effettività della tutela e, di conseguenza, sul risultato che debba essere assicurato al privato.

Due le declinazioni del risultato. Da un lato, vi è ciò che può essere chiamato più propriamente l'utilità finale, ossia il bene della vita cui il richiedente aspira. Dall'altro, si configura l'interesse a "una" decisione dell'amministrazione a fronte di una sua domanda o comunque al termine di un procedimento che veda coinvolti i suoi interessi. Qui viene in rilievo soprattutto la tempestività dell'azione, o meglio la necessità che l'amministrazione adotti una qualche decisione e, di riflesso, la necessità di eliminare l'incertezza<sup>404</sup>.

Nonostante anche questo secondo aspetto abbia grande rilievo, l'effettività della tutela implica innanzitutto che l'ordinamento debba compiere ogni sforzo per assicurare il raggiungimento della prima utilità, cioè, il conseguimento del bene finale.

Alla luce di quanto visto nei Capitoli precedenti, gli strumenti più adeguati a questo fine sono quelli del ricorso avverso il silenzio e del meccanismo di sostituzione interna (ovviamente nei limiti in cui la pretesa sia fondata). La tutela risarcitoria, che consente solo la riparazione per equivalente dei danni subiti dal privato per il ritardo o per l'inerzia assoluta, dovrebbe costituire un rimedio – certamente importante ma – destinato a coprire le aree residue: proteggere un interesse diverso e strumentale; tutelare il privato quando l'utilità finale non sia più conseguibile.

In relazione a detta forma di tutela, emerge, infatti, il problema di distinguere a seconda che si risarcisca il mero fatto che non sia stata adottata una decisione entro i termini, ossia il danno subito dal perdurante stato di incertezza, ovvero il ritardo con cui il privato ha potuto beneficiare del bene finale.

La spettanza della pretesa rileva ai fini del *quantum* del risarcimento. Sarà di sicuro maggiore laddove alla tardiva definizione degli interessi in gioco si accompagni la meritevolezza della pretesa privata; in questo caso, infatti, il rimedio risarcitorio consente

---

<sup>404</sup> Sui rapporti tra provvedimento e incertezza, si v. M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Vol. 1: Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012.

di riparare ai danni prodotti dall'impossibilità di beneficiare dell'utilità finale per un certo tempo.

### **5. Perplessità sul funzionamento del meccanismo di sostituzione interna**

Venendo ora alla valutazione dei diversi strumenti, si è detto nel paragrafo precedente che il rimedio risarcitorio non consente al privato di ottenere l'utilità finale, potendo garantire soltanto un ristoro economico. Ne deriva che l'effettività della tutela, intesa nel senso che l'ordinamento debba assicurare la piena realizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, va conseguita con mezzi diversi, idonei a soddisfare quanto prima possibile la pretesa sostanziale del privato.

Tanto il ricorso avverso il silenzio che il meccanismo di sostituzione interna sembrano, allora, idonei a fornire al privato il bene finale, anche se è necessaria un'ulteriore distinzione. Al di là dei tempi più ridotti, certamente il grande vantaggio della sostituzione consiste nell'assenza del limite dell'attività discrezionale.

Il nuovo organo individuato come competente, infatti, si sostituisce a quello originario, assumendo eguali poteri (e oneri). Egli potrà, o meglio dovrà, adottare l'atto finale, qualunque sia il suo contenuto. Tuttavia, seppure a primo acchito possa sembrare il rimedio maggiormente in grado di tutelare il privato, dato che il sostituto può immediatamente soddisfare la pretesa del privato, peraltro in tempi particolarmente brevi – avendo a disposizione la metà del termine fissato per quel dato procedimento – permangono alcune perplessità in ordine all'effettiva praticabilità del rimedio.

Invero, in occasione della sua trattazione specifica, si è già rilevato che la mancata conclusione del procedimento del termine è spesso legata a disfunzioni organizzative; è allora difficile che la soluzione possa essere trovata semplicemente nominando un nuovo organo per l'adozione del provvedimento. Inoltre, non è chiaro come debba essere calcolato il nuovo termine, nel senso che non è dato comprendere se valgano anche qui le medesime disposizioni in materia di sospensione e interruzione.

Se, infatti, il meccanismo può funzionare più agevolmente quando l'istruttoria sia stata già svolta in maniera completa, nei casi, cioè, in cui l'inadempimento abbia riguardato soltanto l'adozione del provvedimento finale, è pur vero che spesso, alla scadenza del termine ordinario, l'istruttoria potrebbe non essere esaurita.

Pertanto, la domanda che bisogna porsi è se attribuire al sostituto i medesimi poteri dell'organo originariamente competente significhi consentirgli esclusivamente di emanare qualsiasi tipo di provvedimento, ivi compreso quelli di natura discrezionale, ovvero anche

di utilizzare tutti quei mezzi istruttori che siano necessari per giungere alla decisione finale. Questa sembra l'unica soluzione accoglibile, non potendo certo sostenersi che sia sufficiente concludere il procedimento in un modo o nell'altro, senza prima effettuare un'istruttoria completa.

Da ciò consegue, però, che debba essere rivalutata la convenienza del rimedio della sostituzione procedimentale dal punto di vista della tempistica. Vero, infatti, che l'art. 2, c. 9-ter, fissa un termine pari alla metà di quello originario, ma per la decorrenza valgono le stesse regole richiamate nel corso del secondo Capitolo. Pertanto, non è possibile neanche in questo caso determinare *a priori* il momento effettivo in cui sarà adottato il provvedimento, con la conseguenza che il rimedio non potrà essere più considerato particolarmente valido sotto il profilo temporale.

Vi è poi un altro rischio, ossia che anche il nuovo organo individuato si riveli inadempiente, rendendo comunque necessario ricorrere al giudice. Si ritiene, infatti, che il rimedio assicuri un'ultima *chance* all'amministrazione per adempiere, per cui, qualora pure il sostituto restasse inerte, l'unica soluzione sarebbe rivolgersi al giudice. Ne consegue che, se da una parte lo strumento in esame dovrebbe funzionare a fini deflattivi del contenzioso, dall'altra c'è la possibilità che finisca solo per ritardare il momento dell'accesso alla tutela giurisdizionale.

Infine, un ulteriore problema legato alla sostituzione interna riguarda il rischio che l'organo originariamente competente, pur di non essere sostituito, adotti in fretta il provvedimento, preferendo decidere rapidamente, anche senza magari avere svolto un'istruttoria completa. Sembra si possa affermare che le conseguenze interne del rimedio, pure nei rapporti tra i diversi organi, siano maggiormente idonee a spronare quello originariamente competente rispetto al rischio di un'eventuale condanna del giudice. Tutto ciò a scapito di una decisione effettivamente ponderata e consapevole, in favore del rispetto dei termini.

## **6. L'effettività della tutela garantita dal ricorso avverso il silenzio**

Alla luce delle considerazioni maturate nel corso del lavoro, si può affermare che il rimedio processuale rappresenti ancora quello più idoneo ad assicurare al privato una tutela piena ed effettiva. Se è vero, infatti, che nonostante la brevità del rito, la tutela giurisdizionale non si rivela mai troppo rapida nella realtà, è altrettanto vero che la condanna del giudice, unita alla fase di ottemperanza interna per il caso di perdurante inerzia, assicura al privato l'utilità finale. Tanto più a seguito dell'estensione dei poteri

cognitori del giudice che, seppure con il limite dell'attività discrezionale, a salvaguardia del principio della divisione dei poteri, appaiono oggi particolarmente incisivi.

L'evoluzione dei poteri del giudice del silenzio, ripercorsa nel lavoro (Cap. III, sez. I, parr. 6.1.,6.2.), dimostra come l'azione avverso il silenzio presenti le caratteristiche proprie di un'azione di esatto adempimento, idonea ad assicurare la maggiore tutela possibile al privato pregiudicato dall'inerzia amministrativa. D'altra parte, ciò sembra confermato dalla recente costruzione dell'azione di adempimento sul modello del silenzio. Il nuovo art. 34 c.p.a., si è visto, ammette ora l'esercizio dell'azione per il rilascio del provvedimento richiesto tanto nel giudizio di annullamento tanto in quello sul silenzio, nel rispetto dei limiti dettati proprio con riferimento a quest'ultimo (Cap. III, sez. I, par. 6.5.).

Ferma l'impossibilità per il giudice di determinare il contenuto dell'atto nell'ipotesi di potere discrezionale - posto che altrimenti si configurerebbe una giurisdizione di merito, ammessa esclusivamente laddove prevista espressamente dalla legge - in tutti gli altri casi è possibile accertare il fondamento della pretesa e, conseguentemente, condannare l'amministrazione non già all'adozione di una qualsiasi decisione, ma a quella effettivamente in grado di soddisfare l'interesse del privato.

La pronuncia del giudice consente di ottenere il provvedimento richiesto, senza che l'amministrazione possa discostarsi dalle indicazioni contenute nella sentenza. Qualora, poi, l'ente condannato non si attivasse per l'esercizio concreto della funzione, comunque necessaria, data, si è detto, l'impossibilità per il giudice del silenzio di sostituirsi all'amministrazione, pure in presenza di attività vincolata, il privato potrebbe chiedere la nomina di un commissario (se non effettuata già al momento della pronuncia).

Quest'ultimo, dunque, a differenza di quello nominato nel giudizio di ottemperanza, che si limita a dare esecuzione alla sentenza, in qualità di ausiliario del giudice, si sostituisce all'amministrazione, acquisendo i medesimi poteri in relazione allo specifico procedimento ancora in corso. Il commissario ovviamente prenderà il posto dell'amministrazione ancora inadempiente anche laddove la decisione del giudice si sia limitata alla declaratoria dell'illegittimità del silenzio, a causa della natura discrezionale dell'atto ovvero, riprendendo quanto già affermato nel corso della trattazione (Cap. III, sez. I, par. 6.4.), per l'assenza di una specifica richiesta al giudice di scendere a esaminare la fondatezza della pretesa.

Si deve, quindi, concludere per la idoneità dell'azione sul silenzio, così come oggi modellata dal legislatore, pure a seguito degli utili suggerimenti di giurisprudenza e dottrina, a tutelare in maniera effettiva il privato. Dal punto di vista del regime sostanziale,



ribadendo quanto più volte chiarito, l'atto tardivo è legittimo, ma l'amministrazione o il commissario sono tenuti a considerare gli interessi coinvolti e lo specifico interesse pubblico.

## **7. Sintesi dei risultati della ricerca. Alcune riflessioni di taglio sistematico sull'inerzia come fattore che “spoglia” progressivamente l'amministrazione di proprie prerogative**

Al fine di motivare le conclusioni cui si è giunti nei paragrafi precedenti, sembra opportuna una sintesi finale – quasi un quadro sinottico - dei risultati della ricerca.

Nel corso della trattazione si è detto che l'inerzia lede una serie di interessi, classificabili prima di tutto tra quelli afferenti alla sfera pubblica e quelli privati. Tra questi secondi, in particolare, assumono rilievo, da un lato, l'interesse a conseguire il bene finale entro tempi certi e, quanto possibile, rapidi. Dall'altro, quello a ottenere una decisione amministrativa qualsiasi, purché l'azione sia tempestiva ed efficiente.

Ciò premesso, è opportuno richiamare gli strumenti offerti dall'ordinamento, tanto sul piano procedimentale tanto su quello processuale, onde verificare se la tutela sia differente a seconda che si tratti di attività discrezionale ovvero vincolata, nonché in ragione della tipologia di interessi coinvolti.

Incrociando le diverse matrici, risulta lo schema seguente, al cui interno si tratterà anche del regime dell'atto tardivo.

### 1.1. Rimedi procedimentali con riferimento alla protezione dell'interesse ad avere l'utilità finale e di quello a una decisione comunque espressa

a) Al fine di ottenere il provvedimento richiesto e, quindi, il bene finale cui il privato aspira, questi può, appena scaduto il termine a disposizione dell'amministrazione per provvedere, chiedere la sostituzione dell'organo responsabile con quello appositamente nominato, che dovrà rispondere entro un termine pari alla metà di quello originariamente assegnato (si tratta, infatti, di un rimedio sicuramente più “snello” – ed economico – di quello processuale). In questo caso, il risultato dell'esperimento del rimedio, o meglio l'interesse tutelato, sarà diverso a seconda della natura dell'attività esercitata.

b) *i*) Partendo dal presupposto che il meccanismo funzioni correttamente (e, quindi, il responsabile della sostituzione si attivi e rispetti il nuovo termine di conclusione del procedimento così fissato), il privato potrà ottenere immediatamente (senza ulteriori passaggi), in caso di vincolatezza e di fondatezza della sua pretesa, il bene finale (in questa sede non è possibile prendere in considerazione l'ipotesi, pure eventuale, che l'utilità finale

non sia immediatamente assicurata per l'illegittimità dell'atto per ragioni diverse dal profilo temporale).

ii) In presenza di discrezionalità, invece, il procedimento sarà comunque portato a termine con una decisione espressa, che, laddove legittima, potrebbe anche non soddisfare la pretesa del privato senza che questi possa lamentare alcunché. Risulta, dunque, protetto l'interesse a ottenere "una" decisione (e non "la" decisione); non si trascuri poi il vantaggio di giungere immediatamente all'emanazione del provvedimento che definisce l'assetto di interessi, senza necessità di ulteriori mediazioni.

## 1.2. Regime dell'atto

In entrambi i casi, il provvedimento emanato nel rispetto del nuovo termine assegnato al responsabile della sostituzione sarebbe legittimo sotto il profilo temporale, ravvisandosi nella stessa attivazione del rimedio la rimessione in termini dell'amministrazione (si ricordi, però, che, ai fini della legittimità complessiva dell'atto, sembra sussistere anche in questo caso la necessità che il sostituto effettui le verifiche proprie dell'art. 21-*nonies*, in presenza di attività discrezionale).

Non così, invece, nell'ipotesi in cui pure il sostituto non osservasse il termine di conclusione del procedimento. Fermo restando che la competenza (relativa) ad adottare l'atto resisterebbe in capo al sostituto, posto che l'organo originario ne viene spogliato definitivamente a causa dell'inerzia da lui mantenuta, il provvedimento tardivo sarebbe illegittimo. Tuttavia, al pari di quanto avviene per l'atto emanato spontaneamente dall'amministrazione, a seguito della scadenza del termine, è importante distinguere a seconda che l'attività sia vincolata o discrezionale. Nella prima ipotesi, l'atto, illegittimo (solo) perché tardivo, non potrebbe essere annullato in forza dell'applicazione dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990. Nella seconda, invece, solo laddove presentasse le condizioni richieste dall'art. 21-*nonies*, ossia avesse un contenuto "rafforzato" e fosse stato emanato entro un tempo comunque ragionevole.

## 2.1. Rimedio processuale con riferimento alla protezione dell'interesse ad avere l'utilità finale e di quello a una decisione comunque espressa: rito avverso il silenzio

a) Nell'ipotesi in cui il meccanismo non funzionasse correttamente e anche il nuovo organo competente all'adozione del provvedimento restasse inerte, così come immediatamente dopo la scadenza dell'originario termine procedimentale, il privato potrebbe rivolgersi al giudice del silenzio. Il rito speciale si affianca a quello procedimentale, potendo essere avviato, in assenza di disposizioni normative in senso

contrario, sia contestualmente all'attivazione del meccanismo di sostituzione, sia a seguito del suo mancato funzionamento.

Anche il rimedio processuale ha, però, portata differente a seconda della natura dell'attività.

*i)* Fermo restando che al termine del giudizio, il privato otterrebbe sempre una decisione finale, dall'amministrazione a seguito della condanna del giudice ovvero dal commissario *ad acta* nel caso in cui la prima perdurasse nell'inerzia, la garanzia del privato è sicuramente maggiore in presenza di attività vincolata. In questo caso, infatti, si è visto (Cap. III, sez. I, par. 6.2.), al giudice è concesso conoscere anche della fondatezza della pretesa, per cui, pure non potendosi sostituire all'amministrazione, potrebbe determinare il contenuto dell'atto, assicurando al privato il conseguimento del bene finale (sempre ovviamente a condizione che la funzione poi esercitata rispettasse la sentenza).

*ii)* Laddove, invece, residuassero margini di discrezionalità o fossero necessari ulteriori adempimenti istruttori di competenza dell'amministrazione, il giudice potrebbe solo limitarsi a condannare all'adozione di una decisione amministrativa, senza potere influire in alcun modo sul contenuto dell'atto.

Per riassumere quanto finora sostenuto, dunque, tanto il ricorso avverso il silenzio tanto il meccanismo di sostituzione interna al procedimento, rispondono all'esigenza del privato di ottenere il bene finale, quantomeno nelle ipotesi di attività vincolata. Sul fronte di quella discrezionale, garantiscono in ogni caso una decisione entro tempi che, seppure certamente più lunghi di quelli fissati dalla legge, sono comunque definiti, senza che il privato sia tenuto ad attendere che l'amministrazione spontaneamente adotti il provvedimento finale.

Il limite della discrezionalità per il giudice non può essere superato nemmeno auspicando un intervento normativo in questo senso. Sarebbe, infatti, contrario al principio della divisione dei poteri sostenere la necessità di inserire il giudizio sul silenzio tra le ipotesi di giurisdizione di merito, in quanto comporterebbe una possibilità generalizzata e illimitata del giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della funzione. Il confronto con il giudizio di ottemperanza (v. Introduzione, par. 5.4. e Cap. III, sez. I, par. 8.2.) mostra che vi è, poi, un'ulteriore e forse più profonda ragione sistematica che giustifica la soluzione: la sostituzione completa è possibile, ma solo in seconda battuta, quando cioè l'amministrazione rimane inerte a fronte di una precedente decisione del giudice.

Si viene, così, profilando un sistema in cui l'amministrazione, a fronte del giudice, perde progressivamente alcune prerogative (eventualmente a seguito di iniziative del privato) ove venga meno alla propria funzione nel momento fisiologicamente indicato

dall'ordinamento. Questo limite ovviamente non sussiste nel caso di sostituzione procedimentale, perché essa si svolge tutta all'interno dell'amministrazione.

L'accento induce a trattare anche del tema della riserva di valutazione tecnica protetta dalla legge. Essa può essere superata (nel senso che è possibile designare un diverso soggetto in grado di sostituirsi a quello originariamente indicato) in caso di inerzia, a condizione che siano attivati il ricorso avverso il silenzio o la sostituzione *ex art. 2*, anche a fronte di interessi sensibili.

Ancora una volta, la riserva resiste in prima battuta, ma è destinata ad allentarsi una volta fallita la prima *chance* di utilizzo e a condizione che il privato si sia attivato; in questo caso, però, la valutazione dovrà essere effettuata da un organismo dotato di specifiche competenze.

## 2.2. Regime dell'atto

a) Qui, come nel caso del meccanismo di sostituzione, l'atto necessariamente tardivo rispetto al termine originariamente fissato, ma espressione dell'attivazione del rimedio, non potrebbe che essere legittimo sotto il profilo temporale. La rimessione in termini è *in re ipsa* nell'attivazione del rimedio, volto espressamente a condannare l'amministrazione ad adottare una decisione, dal contenuto predeterminato in caso di attività vincolata, oppure una qualsiasi, purché entro i nuovi termini fissati dal giudice, in caso di attività discrezionale. Tuttavia, si ricordi l'interpretazione proposta, per cui, se il fatto che il provvedimento tardivo sia espressione del rimedio è idoneo a garantire la ragionevolezza del tempo della sua emanazione, in presenza di discrezionalità, si può auspicare, per una maggiore tutela, l'esercizio "rafforzato" del potere anche da parte dell'amministrazione condannata ovvero del commissario.

b) Diversa la situazione, invece, ove non fossero rispettati i termini assegnati dal giudice per l'adozione del provvedimento finale. Qui certamente non potrebbe più sostenersi l'automatica legittimità dell'atto (sempre esclusivamente dal punto di vista temporale), ma il provvedimento potrebbe essere salvato solo mediante lo schema prima ricordato, basato sulle verifiche richieste dagli artt. 21-*octies* e 21-*nonies*, rispettivamente per l'attività vincolata e per quella discrezionale.

## 3.1. Rimedi per assicurare unicamente l'interesse ad avere comunque una decisione o, comunque, per proteggere la posizione del privato in caso di mancato rispetto del termine

Se anche l'esistenza, all'interno dell'ordinamento, di istituti quale la sostituzione interna e il ricorso avverso il silenzio è idonea a indurre l'amministrazione ad adottare sempre una decisione finale, tali rimedi sono attivati dai privati in vista del conseguimento dell'utilità

finale, fermo restando che la sua spettanza dipenderà dalla fondatezza della pretesa. L'ultimo strumento esaminato nel terzo Capitolo risponde, invece, a una finalità differente, ossia quella di tutelare l'interesse del privato a ottenere una decisione entro i termini, indipendentemente dal contenuto dell'atto.

Ciò è dimostrato dal fatto che il risarcimento può essere richiesto (almeno a seguire la tesi che si ritiene preferibile), in presenza delle altre condizioni previste dalla legge, anche qualora la pretesa del privato risulti infondata. In tale eventualità, infatti, il risarcimento copre esclusivamente i danni derivati dalla mancata conclusione del procedimento nei termini, dal perdurante stato di incertezza. Diversamente, laddove alla richiesta risarcitoria si accompagni l'accertamento della spettanza del bene finale, il risarcimento comprenderà anche i danni subiti per avere beneficiato in ritardo dell'utilità finale.

### 3.2. Regime dell'atto

Per quanto concerne il regime dell'atto, bisogna distinguere a seconda che l'azione risarcitoria sia esercitata autonomamente ovvero si affianchi all'attivazione di uno dei rimedi precedenti.

a) La prima situazione può caratterizzarsi tanto per l'assenza di un atto, non assumendo affatto rilievo il discorso della sua validità (si pensi alle ipotesi in cui il privato, a causa del decorso del tempo, abbia perso interesse nel provvedimento, ma voglia comunque ottenere la riparazione delle spese inutilmente sostenute), tanto per la presenza di un provvedimento tardivo adottato spontaneamente dall'amministrazione.

Ne consegue che la legittimità dell'atto può essere sostenuta solo applicando lo schema già delineato, elaborato sulla base degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies*.

b) L'azione risarcitoria può essere, altresì, esercitata contestualmente all'attivazione del ricorso avverso il silenzio (per espressa previsione normativa), ma anche, si ritiene, al meccanismo di sostituzione interna. Per il regime dell'atto si rinvia, allora, a quanto affermato ai punti 1.2. e 2.2.

### 4. Tipologia di interessi implicati

Il punto è stato già trattato in modo assai diffuso. In una prospettiva di sintesi, va qui ribadito che l'esigenza di tutelare il privato, e di evitare che l'inerzia di soggetti pubblici diversi dall'amministrazione procedente, ma comunque coinvolti, comprometta il suo interesse a ottenere una decisione tempestiva (in questi casi, data la discrezionalità che normalmente caratterizza le materie sensibili, sembra assuma rilievo l'interesse a ottenere un provvedimento qualsiasi, purché tempestivo), pare consentire anche il superamento della riserva assicurata dall'art. 17, l. 241/1990, in materia di valutazioni tecniche,

relativamente agli interessi sensibili, ammettendo, pure con riguardo all'inerzia dell'organismo tecnico adito, l'attivazione del rimedio di sostituzione interna e del ricorso avverso il silenzio.

#### 5. Ulteriori rimedi indiretti

Oltre a quelli appena richiamati, si è visto (Cap. III, sez. IV, par. 1) che esistono altri strumenti che, seppure in via indiretta, mirano a tutelare l'interesse del privato a ottenere in ogni caso una decisione entro i termini. La previsione delle diverse forme di responsabilità, sia dell'amministrazione, sia individuali, appare, infatti, volta a fungere da deterrente per l'ente pubblico e per i funzionari e dirigenti che vi operano all'interno, promuovendo un'azione tempestiva ed efficiente.

Peraltro, qui non si richiede sempre una particolare attività del privato (salvo per chiedere ovviamente la tutela risarcitoria del danno da ritardo), nel senso che, soprattutto, alla luce di quanto è stato detto sul valore economico della risorsa pubblica "tempo", le responsabilità amministrativo-contabili, nonché quelle disciplinari e dirigenziali potrebbero essere fatte valere indipendentemente dal fatto che il privato abbia deciso di tutelarsi a fronte dell'inerzia. Vero è, infatti, che l'attivazione dei rimedi esaminati rende più facile l'accertamento delle varie responsabilità (si pensi alla previsione per cui le sentenze che accolgono il ricorso avverso il silenzio devono essere trasmesse d'ufficio alla Corte dei conti), è altrettanto vero, però, che non è necessaria, dal momento che è sufficiente la violazione del termine di conclusione del procedimento e, ovviamente, la sussistenza degli altri requisiti previsti dalla legge, perché possano determinarsi delle conseguenze negative ai danni dei singoli dipendenti e dirigenti che, con i loro inadempimenti, abbiano contribuito a causare il ritardo.

Ne deriva, altresì, che la presenza di simili meccanismi, definiti nel corso della trattazione (si v. Cap. III, Premessa) di tutela indiretta (oltre la responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo che, invece, rientra sicuramente nei rimedi diretti, seppure allo scopo di ottenere un'utilità diversa), è idonea a spronare le amministrazioni a rispettare il termine di conclusione, o comunque, al fine di ridurre quantomeno la portata della responsabilità, a emanare spontaneamente il provvedimento, seppure a seguito della scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Quanto poi al regime dell'atto così adottato, dal momento che, in questo caso, il provvedimento non costituisce espressione di un apposito rimedio, non può che essere illegittimo, salva l'applicazione dello schema delineato sulla base degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990.

## 6. La tutela vista dalla parte del privato e (qualche riflessione ulteriore che concerne) il rimedio risarcitorio

Richiamati per grandi linee i differenti strumenti previsti dall'ordinamento, preme soffermarsi sui compiti che spettano al privato che decida di attivarsi per ottenere il provvedimento finale.

Intanto, non si può non notare che il cittadino ha a disposizione numerosi mezzi e possibilità di iniziativa. La loro previsione mira a rafforzarne e meglio proteggerne la posizione. Il rischio, tuttavia, è che il singolo risulti gravato da eccessivi oneri, sicché è necessario valorizzare al massimo le attività - previste da norme tra di loro poco coordinate - che compie (o che può compiere) a fronte della medesima situazione di inerzia: sollecitare la sostituzione, proporre il ricorso avverso il silenzio, eventualmente fare una diffida, attivare pretese risarcitorie nei confronti dell'amministrazione o del dipendente, sollecitare l'esercizio di poteri disciplinari, proporre una denuncia alla Corte dei conti.

A tacere del fatto che l'ordinamento già è intervenuto - ci si riferisce alla possibilità di impugnare, con lo strumento dei motivi aggiunti, il provvedimento sopravvenuto: art. 117, c. 5, c.p.a (si v. Cap. III, sez. I, par. 9.2.) - per alleggerire la posizione del privato "costretto" a reagire nei confronti dell'inerzia, guardando ai primi dei due strumenti testé elencati, si dovrebbe ritenere che il loro impiego abbia effetti anche in relazione alla responsabilità, sia dell'amministrazione, sia dei singoli funzionari e dirigenti. Per quanto riguarda, ad esempio, il primo aspetto, in occasione dell'esame della tutela risarcitoria per il danno da ritardo, si è visto come, nella determinazione del *quantum* del risarcimento, il giudice debba tenere conto del comportamento complessivo delle parti e, in particolare, "esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti" (art. 30, c. 3, c.p.a.).

Sicuramente, dunque, il fatto che il privato si attivi per tutelarsi a fronte dell'inerzia incide sulla portata della responsabilità dell'amministrazione. In particolare, non si ritiene che la disposizione da ultimo riportata vada interpretata nel senso che sia necessario l'esercizio dell'azione processuale (il rito avverso il silenzio). L'iniziativa procedimentale, infatti, già corrisponde all'"esperimento" di uno "strumento di tutela", di cui alla disciplina processuale della responsabilità civile, sicché sembra che null'altro si debba chiedere al privato che già abbia attivato i rimedi procedimentali.

Inoltre, pure in mancanza di apposita previsione normativa, sarebbe preferibile che la sua iniziativa procedimentale potesse rilevare anche per un altro aspetto, legato questa volta

alle responsabilità individuali. Laddove il privato abbia fatto ricorso ai vari rimedi preposti dall'ordinamento, ad esempio, dovrebbe risultare più facile immaginare che sussista la colpa grave del funzionario che non si sia attivato tempestivamente per fare fronte alla richiesta del privato.

In sintesi, le azioni poste in essere dal privato, che sia stato leso dall'inerzia, possono avere un peso significativo anche in relazione a quei meccanismi di tutela che, pure non attivabili dal diretto interessato, siano comunque volti a contrastare il fenomeno del silenzio patologico. Per altro verso, nella logica della pressione "indiretta", la disciplina che impone la trasmissione della decisione sul silenzio alla Corte dei conti dovrebbe essere completata in via interpretativa, ampliando il dovere anche al caso (in fondo più rilevante e contiguo all'area della responsabilità patrimoniale) della condanna a risarcire il danno da ritardo.

Sempre guardando alla posizione dei privati, restano due profili critici: i costi e i tempi della tutela. Con riguardo al primo, si intende le spese concretamente sostenute dal privato per accedere alla tutela giurisdizionale (il discorso relativo ai costi dovuti al ritardo nel rilascio della decisione finale rientra, infatti, in quello più ampio della tutela risarcitoria). A questo proposito, però, sembra si possa sostenere che, anche in virtù dell'introduzione del dovere di rispondere, seppure con un provvedimento semplificato, nei casi di manifesta infondatezza, inammissibilità, improcedibilità e irricevibilità della domanda, il problema sia certamente ridotto.

E invero, quelle prese ora in considerazione dal legislatore coincidono, come si è già ricordato, con le situazioni in cui il giudice amministrativo era solito negare l'illegittimità del silenzio e, di conseguenza, difficilmente condannava l'amministrazione alle spese (a differenza di quanto avviene, invece, normalmente nel caso di violazione del dovere di provvedere). Il fatto che, ora, quest'ultima sia tenuta all'adozione di un provvedimento, anche nei casi di manifesta infondatezza, inammissibilità o irricevibilità, fa sì che il privato, salvo se insoddisfatto della decisione, non debba più rivolgersi al giudice per ottenere una risposta (con importanti effetti deflattivi del contenzioso) in ipotesi in cui prima si sarebbe visto rigettare il ricorso, con la conseguenza di dovere sostenere le spese, potendo beneficiare, al massimo, della compensazione.

Circa i tempi, essi risultano più lunghi della tutela endoprocedimentale; tuttavia, se si pensa alla garanzia di una decisione giurisdizionale non si può non riconoscere che la previsione di un rito breve, ma allo stesso tempo particolarmente incisivo, appaia abbastanza adeguata a tutelare il privato. Il vero problema è che, nonostante i tempi



piuttosto limitati previsti dalla legge, nella realtà dei tribunali quasi mai vengono rispettati. Ciò, però, non è legato alla idoneità degli strumenti di tutela preposti dall'ordinamento a fronte dell'inerzia amministrativa, ma a un discorso ben più generale, ed estraneo all'oggetto della tesi, relativo all'inefficienza e ai ritardi della giustizia italiana.

#### 7. La tutela vista dalla parte del controinteressato e dalla parte dell'amministrazione

In precedenza si è visto che l'ordinamento non deve preoccuparsi esclusivamente della tutela di chi sia direttamente coinvolto dall'inerzia amministrativa, ma anche dell'eventuale controinteressato. Pure con riferimento a quest'ultimo, la tutela è differente a seconda che siano stati o meno attivati i diversi strumenti di tutela.

Laddove, infatti, nessun rimedio sia stato esperito, ma l'amministrazione abbia adottato ugualmente il provvedimento tardivo, il terzo, nel caso in cui gli derivasse un pregiudizio da quell'atto, potrebbe impugnarlo facendone valere l'illegittimità. Tuttavia, in assenza di altri vizi, come si è detto, potrebbe operare la sanatoria consentita dall'applicazione degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies*.

Quando, invece, il diretto interessato abbia chiesto la sostituzione dell'organo inadempiente ovvero si sia rivolto al giudice, la tutela del controinteressato è assicurata prima dell'emanazione dell'atto, nel senso che, dopo, nel caso in cui fossero osservati i nuovi termini fissati rispettivamente dalla legge o dal giudice, questi non potrebbe far valere l'illegittimità del provvedimento così adottato, salvo ovviamente non risultasse viziato per altri aspetti (peraltro, ricordando sempre l'auspicata applicabilità, pure in questa ipotesi, ai fini della legittimità complessiva del provvedimento, del regime più "garantista" ricavabile dall'art. 21-*nonies*, che implica maggiori oneri istruttori e motivazionali).

Tornando, invece, alla fase precedente, nel caso della sostituzione procedimentale il controinteressato potrebbe sempre esercitare i suoi poteri partecipativi (a questo proposito, potrebbe essere interessante capire se la richiesta di sostituzione debba essere oggetto di apposita comunicazione nei confronti dei soggetti individuati dall'art. 7 della l. n. 241/1990, sul presupposto che, seppure si tratti più propriamente di una prosecuzione, appare idonea a consentire un nuovo avvio del procedimento, con l'unica differenza che deve essere portato a termine entro un tempo pari alla metà di quello originariamente stabilito).

Qualora, invece, sia stata esercitata l'azione processuale avverso il silenzio, il controinteressato sarebbe certamente coinvolto. Ai sensi del comma 1 dell'art. 117, c.p.a., infatti, il ricorso avverso il silenzio va notificato almeno a un controinteressato, ferma

restando la necessità di integrare il contraddittorio laddove vi siano più controinteressati. Questi potranno, allora, far valere le loro ragioni direttamente nel corso del giudizio.

Infine, l'ultimo profilo che merita un richiamo riguarda il ruolo svolto dalla stessa amministrazione per contrastare il fenomeno dell'inerzia. Quanto appena detto potrebbe sembrare un controsenso nel momento in cui l'inerzia è, appunto, dovuta agli inadempimenti che si verificano al suo interno.

Tuttavia, si è visto che il fatto che non sia stato rispettato il termine di conclusione potrebbe portare l'amministrazione a un ripensamento dell'organizzazione interna, al fine di verificare se la violazione sia stata causata dal semplice inadempimento di un singolo ovvero da carenze e disfunzioni organizzative e funzionali. Tra l'altro, sembra che su tale valutazione possa incidere il risultato raggiunto con il meccanismo di sostituzione interna. Si potrebbe, infatti, sostenere che, qualora anche il rimedio si rivelasse inefficace, il problema potrebbe essere più che altro di carattere organizzativo, posto che nemmeno la sostituzione dell'organo inadempiente ha consentito di soddisfare la pretesa del privato. Diversamente, se lo strumento richiamato funzionasse, nel senso che il sostituto riuscisse ad adottare l'atto entro i tempi, emergerebbe forse maggiormente la responsabilità del singolo, con tutto ciò che ne consegue a livello disciplinare, ma anche in relazione all'accertamento della colpa grave in sede di responsabilità amministrativo-contabile.

## **Bibliografia**

- ABBAMONTE G., *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 20;
- ALESSI R., *Rilievi in ordine alle impugnative del comportamento omissivo dell'Amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1964, 546;
- ALLENA M., *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;
- AMORTH A., *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in ID., *Scritti giuridici 1948-1957*, vol. III, Milano, 1999, 1257;
- ANDREIS M., *Oggetto del giudizio sul silenzio e limiti alla tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, fasc. 11, 1339;
- ID. – FERRARI E., *Commento all'art. 21bis, l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2011, 817;
- ANGELONE M., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli-Roma, 2010;
- ANGIULI A., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988;
- ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005;
- ARMENANTE F. *Sull'ingiustizia del ritardo nell'azione amministrativa*, in [www.sspal.it](http://www.sspal.it);
- ASPRONE M., *Il rito speciale avverso il silenzio dell'amministrazione: osservazioni in relazione all'oggetto del giudizio*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2007, fasc. 19, 1915;
- ID., *La violazione del principio dell'obbligo di provvedere da parte della p.a.: profili sostanziali e processuali alla luce del d.lgs. 104/2010*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2011, fasc. 2-3, 203;
- ID., *L'obbligo di provvedere della p.a.*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2010, fasc. 22, 2244;
- ID. – SACCO G.M., *La nuova disciplina in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2009, fasc. 2-3, 171;
- AVERARDI A., *Il Consiglio di Stato e la risarcibilità del danno biologico da ritardo*, in *Giornale di dir. amm.*, fasc. 7, 2011, 742;
- BALLERO S., *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- BARBARO S., *Il risarcimento del danno non patrimoniale da ritardo nell'erogazione dell'indennizzo di cui alla legge n. 210/1992*, in *Danno e responsabilità*, 2009, fasc. 7, 29;

- BARBATI C., *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri – sanzioni – rimedi*, Milano, 1992;
- BARBIERI E.M., *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della Pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, II, 3527;
- BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2002, 689;
- BASEGGIO C., *L'efficacia della norma sopravvenuta nei confronti dell'atto amministrativo: il caso del riconoscimento dei crediti formativi universitari*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- BELLOMO F., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2008;
- BENEDETTI A., *L'attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento*, in G. ARENA – C. MARZUOLI, E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli-Roma, 2001;
- BENETAZZO C., *Il potere del giudice amministrativo di "conoscere della fondatezza dell'istanza" nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto della p.a.*, in *Foro amm. Tar*, 2010, fasc. 2, 501;
- BERLINGÒ V., *Inerzia dell'amministrazione tra progressione procedimentale dell'interesse legittimo e limiti della sostituzione*, in *Dir. amm.*, 2009, fasc. 2, 449;
- BERTI G., *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965;
- BERTINI P., *Apparati amministrativi e celerità d'azione. Le vicende di un difficile rapporto*, in *Foro amm.*, 1998, fasc. 6, 1956;
- BERTOLDINI A., *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, fasc. 4, 1288;
- BERTONAZZI L., *Il giudizio sul silenzio*, in VILLATA R. – SASSANI B., *Il processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale*, Torino, 2012, 905;
- BETTI E., *Dovere giuridico (teoria gen.)* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 53;
- BIGNAMI M., *Il tempo del procedimento ed il tempo del processo, secondo la prospettiva del diritto costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, fasc. 12, 3843;
- BIN R. – PITRUZZELLA G., *Diritto pubblico*, Torino, 2004;
- BINI S., *Il rito del silenzio applicato alla D.I.A.*, in *Urb. e app.*, 2001, fasc. 10, 1119;
- ID., *La conversione del dito del silenzio*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 9, 1059;
- BOLDRIN M.E. – CARANTA R., *Le azioni risarcitorie nel nuovo processo amministrativo, in Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc. 2, 245;
- BORGNA E., *Silenzio della p.a. e risarcimento del danno*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 8, 975;

BORSI U., *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'Amministrazione*, Città di Castello, 1931;

ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 252;

BOSCOLO E., *Silenzio-rifiuto su istanza di concessione e sopravvenienza di nuova disciplina urbanistica*, in *Urb. e app.*, 1997, fasc. 7, 794;

BOTTINO G., *La riforma della conclusione del procedimento amministrativo tra obbligo di provvedimento espresso e modalità di determinazione dei termini finali (la l. n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 2, l. n. 241 del 1990)*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 4, 1345;

BRIGNOLA F., *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992;

BUSICO L., *L'oggetto del rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Il nuovo diritto*, 2004, fasc. 5, pt. 2, 355;

ID., *Silenzio-rifiuto e legge n. 15/2005*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it);

CACCIAVILLANI C., *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 41;

CALVANI A., *Il silenzio inadempimento*, in MASTRANGELO D. (a cura di), *Aspetti dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Roma, 2006;

CAMARDA L., *La responsabilità amministrativa legata alla certezza della conclusione del procedimento nella logica della semplificazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, fasc. 17, 1747;

CANGELOSI G., *Sulle problematiche del rapporto fra silenzio dell'amministrazione e tutela del cittadino*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2010, fasc. 17, 1689;

CANNADA BARTOLI E., *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro Padano*, 1956, fasc. 1, 175;

ID., *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, 305;

CAPUTO O., *Rito del silenzio e risarcimento danni*, in *Urb. e app.*, 2008, fasc. 11, 1297;

CARANTA R. – VECCI G., *Inerzia, silenzio, ritardo: quale responsabilità per la pubblica amministrazione?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, fasc. 6, 1397;

CARBONE A., *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 3, 1096;

ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012;

CARBONE V., *Le nuove frontiere della responsabilità della p.a.*, in *Danno e responsabilità*, 2011, fasc. 6, 577;

CARINGELLA F. – GAROFOLI R., *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008;

CARIOLA A., *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, Intervento al Convegno di Catania, 11-12 novembre 2005, “*Le nuove regole dell’azione amministrativa*”, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

CAROCCIA R., *La “lunga marcia” dell’azione avverso il silenzio-inadempimento nel processo amministrativo: dal principio di concentrazione delle tutele al principio di effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

CASCIONE D., *In tema di doverosità dell’agire amministrativo e di tutela giurisdizionale contro il silenzio*, in *Foro amm.*, 2001, fasc. 9, 2943;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011;

ID., *Provvedimento e atto amministrativo* (voce), in *Digesto Disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997;

ID., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 503;

ID. – FRACCHIA F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18;

CASSESE S., *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, fasc. 1, 30;

ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000;

CAVA F., *La nuova disciplina del silenzio inadempimento dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it);

CAVALLARO M.C., *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 2, 489;

ID., *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004;

CENTOFANTI N., *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Milano, 2005;

CESARINI L., *I tempi del procedimento ed il silenzio*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000;

CHIESA C., *L’obbligo di provvedere delle pubbliche amministrazioni e le sue garanzie di effettività*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2010, fasc. 3, 871;

CHINÈ G., *IL nuovo rito del silenzio tra innovazione legislativa e interpretazione adeguatrice*, in *Corriere del merito*, 2006, fasc. 11, 1321;

- CIAMMOLA M., *L'oggetto del giudizio amministrativo nel silenzio-inadempimento: l'adunanza plenaria fa un passo indietro*, in *Il Nuovo Diritto*, 2002 fasc. 7-8, pt. 2, pp. 625;
- CICCHESE R., *Procedure concorsuali, norme interpretative e jus superveniens*, in *Corriere Merito*, 2011, 10, 1004;
- CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005;
- ID., *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, fasc. 1, 99;
- ID., *Osservazioni sul dovere di provvedere e sul "silenzio" nell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc. 3, 633;
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995;
- ID. – FONDERICO G., *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 1, 61;
- CODINI E., *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2008;
- COLAVECCHIO A., *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, in *Nuove autonomie*, 2010, fasc. 2, 315;
- COMINO A., *La risarcibilità del danno da mero ritardo: una questione aperta*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc. 4, 942;
- COMPORI G.D., *La tutela risarcitoria della certezza giuridica sulle facoltà inerenti al diritto dominicale assoggettato al potere pianificatorio della pubblica amministrazione*, in *Giustizia civile*, 2004, fasc. 4, 987;
- ID., *La tutela risarcitoria "oltre" il codice*, in *Foro amm. Tar*, 2010, fasc. 10, 67;
- ID., *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001;
- CORLETTO D., *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Torino, 2001, 106;
- CORRADINO M., *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge . 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- CORSALE M., *Certezza del diritto. I) Profili teorici (voce)*, in *Enc.Giur. Treccani*, Roma, 1988;
- CORSARO A., *Il giudizio speciale sul silenzio e la conversione in rito ordinario*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, fasc. 5, 1630;
- ID., *Il sindacato del giudice amministrativo sul silenzio della p.a. dopo la l. n. 80 del 2005*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, fasc. 1, 3415;

ID., *Silenzio dell'ente: basta un giudizio solo – processi snelli, più tutela per i cittadini*, in *D&G*, 2005, fasc. 47, 82;

CORTESI A., *Il potere del g.a. di conoscere la fondatezza dell'istanza del cittadino*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 4, 477;

COSTAGLIOLA C., *Il silenzio della p.a. come novellato dalla l. n. 80 del 2005 ed il sindacato del giudice amministrativo: il cammino della giurisprudenza*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, fasc. 11, 2521;

CREPALDI G., *Il silenzio della pubblica amministrazione: formazione ed impugnazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, fasc. 10, 3104;

ID., *La sospensione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, fasc. 1, 108;

ID., *Le posizioni giuridiche soggettive e il rito speciale di cui all'art. 21bis, l. Tar*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, fasc. 10, 2828;

CRISCENTI C., *Il rito del silenzio nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, fasc. 6;

CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008;

CUOCOLO L., *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009;

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.giustamm.it*;

D'ANGELO G., *Il giudizio sul silenzio fra novità giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 4, 989;

D'ANTONIO S., *Risarcimento del danno "da mero ritardo" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, fasc. 6, 1426;

D'ARIENZO M., *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli-Roma, 2012;

DE FLAMMINEIS S., *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: "modi" e "tempi" di un'interconnessione disciplinare*, in *La giustizia penale*, 2009, fasc. 11, pt. 2, 656;

DE GIORGI CEZZI G., *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 8, 955;

DEL GATTO S., *Giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: verifica della pretesa o controllo del calendario?*, in *Giust. civile*, 2002, fasc. 3, 804;

DE LUCIA L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 4, 717;

DE NICTOLIS R., *I riti speciali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2010, fasc. 11, 1151;



DE PALMA M., *La nomina del commissario ad acta nel rito speciale sul silenzio della p.a.*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 7, 657;

DE PIERO R., *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 6, 694;

DE PRETIS D., *L'azione e i poteri del giudice*, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 9;

DE SIMONE R., *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento lascia senza tutela posizioni di diritto soggettivo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

DETTORI S., *Riflessioni sul principio "tempus regit actum" applicato alle ipotesi di silenzio e sulla doverosità dell'azione nell'amministrazione di risultato*, in *Giust. amm.*, 2006, fasc. 2, 369;

DIANA A.G., *Prescrizioni, decadenze e nullità nel diritto amministrativo*, Padova, 2002;

DI LIETO G.M., *Interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio-rifiuto: i confini tra processo e procedimento*, in *Foro amm. Tar*, 2004, fasc. 5, 1618;

ID., *Tutela cautelare degli interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto: i confini tra processo e procedimento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

DI LORETO D., *Parte II – D.Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198*, in R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010;

DI NITTO T., *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di dir. amm.*, 2009, fasc. 11, 1151;

DORE S. - G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

D'ORO F., *Il danno da ritardo alla luce delle nuove tendenze legislative e giurisprudenziali*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2009, fasc. 6, 891;

D'ORSOGNA M., *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, in ZITO A. – DE CAROLIS D. (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, 169;

ID. – SCOCA F.G., *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, fasc. 3, 393;

DURANTE N., *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

FABRI A., *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, fasc. 1, 113;

FACCON A., *Note in tema di silenzio-inadempimento e diritto intertemporale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in ID. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001;
- FANTINI S., *Art. 30. Azione di condanna*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, 566;
- ID., *Considerazioni sull'obbligo di provvedere alla (ri)pianificazione urbanistica e sulla discrezionalità nel "quid"*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 8, 962;
- ID., *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 12, 1429;
- FARES G., *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, fasc. 5, 987;
- FARINA M., *Silenzio significativo della pubblica amministrazione e omissione di atti di ufficio*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, fasc. 5, 621;
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003;
- FIGORILLI F., *Verso un'azione di accertamento del silenzio-rifiuto della p.a.*, in *Foro amm.*, 1987, 2195;
- ID. – GIUSTI A., *Articolo 2, Conclusione del procedimento*, in PAOLANTONIO N. – POLICE A. – ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005;
- ID. – M. RENNA, *Commento all'art. 2*, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 105;
- FIMIANI P., *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione: risarcibilità e giurisdizione*, in *Giust. civile*, 2009, fasc. 2, pt. 1, 426;
- 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. ed il silenzio assenso*, in *Giornale di dir. amm.*, 2005, fasc. 10, 1017;
- FORTI U., *Il "silenzio" della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1993, vol. I, 532;
- FRACCHIA F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996;
- ID., *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009;
- ID., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I, 79;
- ID., *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003;
- FRAENKEL HAEBERLE C., *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004;

- FRANCAVILLA M., *Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento*, in *Corriere del merito*, 2006, fasc. 1, 133;
- FUSCO R., *Brevi note sul risarcimento del "danno da ritardo" alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 4, 757;
- GALLO C.E., *Il giudizio avverso il silenzio della P.A., la cumulabilità delle azioni e la convertibilità dei riti*, in *Urb. e app.*, 2004, fasc. 8;
- ID., *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 5, 501;
- ID., *Silenzio e comportamento della p.a. tra giudice amministrativo e giudice ordinario*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 2, 171;
- GALVAGNO E., *Ancora un'occasione mancata per il danno da ritardo: l'errore scusabile esclude il risarcimento del tempo perduto*, in *Giur. it.*, 2009, fasc. 4, 1006;
- GAMBARDELLA F., *Giudizio sul silenzio-rifiuto e diritti soggettivi*, in *Foro amm. Tar*, 2007, fasc. 11, 3559;
- ID., *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- GARRONE G.B., *Silenzio della pubblica amministrazione (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (voce), in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1997;
- GASPARI A., *Danno da ritardo e p.a.: criticità e profili evolutivi*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it);
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, ed. IX;
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, 157-196;
- ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993;
- GIGLIONI F., *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 4, 936;
- GIORGIO D., *Precetto penale e precetto amministrativo a confronto per la individuazione di una diversa rilevanza giuridica della inerzia della pubblica amministrazione*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1996, fasc. 9, 245;
- GIOVAGNOLI R., *Area tematica: l'attività amministrativa. La tutela del privato contro l'inerzia non qualificata della p.a.*, in *Diritto e Formazione*, 2002, fasc. 3, 385;
- ID., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005;
- GIUFFRIDA A., *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *Nota a Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311 e Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318*, in *Foro it.*, 2009, fasc. 3, 165;

ID., *Rito speciale avverso il silenzio-rifiuto della p.a. e ragioni di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. Tar*, 2009, fasc. 1, 214;

GNES M., *La scelta del diritto*, Milano, 2004;

GOGGIAMANI F., *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005;

GOISIS F., *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21bis legge Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 575;

GOTTI P., *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della p.a. nella conclusione del procedimento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, fasc. 11, 2473;

GRAGNOLI E., *Sanzioni pecuniarie amministrative e termine per la conclusione del procedimento*, in *Argomenti di dir. lavoro*, 2006, fasc. 6, 1661;

GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in [www.sspa.it](http://www.sspa.it);

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980;

ID., *L'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 1;

ID., *La tutela degli interessi legittimi avverso il silenzio della pubblica amministrazione nelle recenti leggi di giustizia amministrativa*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1973, fasc. 10, 717;

ID., *Silenzio della pubblica amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, fasc. 4, 137;

ID., *Silenzio della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, fasc. 3, 397;

GRECO R., *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;

GUAGLIANO L. – ROLLI R., *Tempo, silenzio e processo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

GUASTINI R., *Dovere giuridico* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, 1988;

Id. *Obbligo* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, 1988;

GUCCIONE G., *Il ricorso avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, fasc. 4, 1083;

ID., *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a.: la necessità della diffida ad adempiere e la recente riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

GUICCIARDI E., *Interesse occasionalmente protetto e inerzia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1957, III, 21;

IANNOTTA L., *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, fasc. 2, 299;

ID., *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, fasc. 4, 935;

ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, fasc. 4, 579;

IARIA D., *Il ricorso e la tutela contro il silenzio*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo speciale*, Milano, 2001, 10;

INVERSINI M.L., *Il potere di provvedere dell'amministrazione surrogata dopo la nomina del commissario ad acta*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, fasc. 2, 411;

ITALIA V., *Il dovere di concludere il procedimento entro tempi certi e gli enti locali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, fasc. 17, 745;

LAMBERTI A., *Il ricorso avverso il silenzio*, in Cerulli Irelli V. (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000;

LAMBERTI L., *Silenzio: sempre più impervia la via dell'innovazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, fasc. 9, 2039;

LA TORRE G., *Il risarcimento del danno da ritardo della p.a.*, in *L'amministrazione italiana*, 2010, fasc. 2, 153;

LA VALLE F., *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, 360;

LAZZARO A., *Brevi note sulle recenti modifiche all'art. 2 l. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *Contributo in tema di risarcimento del danno da ritardo*, Napoli, 2011;

ID., *La certezza dei tempi dell'azione amministrativa nella l. n. 69/2009*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

LEBAN D., *Prescrizione e decadenza nel diritto privato*, Padova, 2003;

LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964;

LEONARDI R., *Il difficile rapporto tra esegesi letterale e buon senso: l'adunanza plenaria limita i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della pubblica amministrazione (art. 21-bis l. n. 1034 del 1971)*, in *Giustizia civile*, 2002, 815;

LIGNANI P.G., *Silenzio (dir. amm.)* (voce), in *Enc. dir., Agg., III*, Milano, 1999, 978;

LIGUORI F., *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

LIPARI M., *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Diritto amministrativo*, 2003, fasc. 2, 291;

LOIODICE A., *Il silenzio della pubblica amministrazione nelle recenti innovazioni legislative*, in *Cons. Stato*, 2005, fasc. 7-8, 1443;

LOMBARDI G., *Il silenzio della pubblica amministrazione. (Profili comparatistica e spunti problematici)*, in *Diritto e società*, 1983, fasc. 5, 527;

LUCATTINI S., *La responsabilità da ritardo dell'azione amministrativa: dalla spettanza alla satisfattività*, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 6, 1896;

LUMETTI M.V., *Tempus regit actum: disciplina applicabile e provvedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

MADDALENA M.L., *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

MADERA A.E., *Consiglio di Stato e risarcibilità del danno biologico da ritardo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007;

MANCUSO G., *Silenzio-rifiuto e sindacato del giudice amministrativo: prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 3 comma 6-bis, l. 14 maggio 2000 n. 80*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

MANFREDI G., *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003;

MANGANARO F. – ROMANO TASSONE A. (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004;

ID. – VIZZARI G., *Accordi tra amministrazioni, situazioni giuridiche soggettive e nuovo rito sul silenzio della p.a.*, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 4, 445;

MARASCA M., *Danno da ritardo: perplessità sulla giurisdizione dopo la L. 69-09. Un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione*, in [www.dirittoeprocesso.com](http://www.dirittoeprocesso.com);

MARCHESE P., *Il silenzio nel diritto amministrativo*, Milano, 1983;

MARCHETTI B., *I rimedi a garanzia dell'esecuzione delle pronunce del giudice*, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 147;

MARI G., *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2003, fasc. 2, 750;

- MARIUZZO F., *Articolo 2 (Ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione)*, in AV.VV., *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000;
- MARONE R., *L'impugnativa del silenzio-rifiuto. Ipotesi per colmare una lacuna legislativa*, in *Foro amm.*, 1993, 313;
- MARRAMA D., *Nuovo rito e oggetto antico nel giudizio sul silenzio non significativo della pubblica amministrazione*, in *Il Consiglio di Stato*, 2001 fasc. 11, pt. 2, pp. 1987;
- MARTINES F., *L'azione di classe del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- MARUOTTI L., *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, fasc. 1, 37;
- ID., *Le nuove frontiere dell'accertamento e della condanna davanti al giudice amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- MASARACCHIA A., *Il ritardo nella conclusione del procedimento determina una lesione di tipo "non patrimoniale"*, in *Guida al diritto*, 2011, fasc. 12, 85;
- MASCIA M., *Novità nel giudizio contro il silenzio della p.a.: superamento della diffida e giudizio sulla fondatezza della domanda*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, fasc. 1, 171;
- MASTRAGOSTINO F., *La tutela risarcitoria del diniego e dell'inerzia tra reintegrazione e risarcimento per equivalente*, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 259;
- MATTEI E., *Il rito del silenzio ex art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971 e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di pubblico impiego*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2009, fasc. 4-5, 325;
- MAZZAMUTO M., *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739;
- MELE M.L., *Osservazioni e controdeduzioni fra certezza del diritto, autenticità e celerità: un equilibrio difficile*, in *Foro amm. Tar*, 2005, 504;
- MERCATI L., *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002;
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001;
- ID., *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 4, 527;
- MEZZOTERO A., *Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento. Tiene la rete di contenimento del giudice amministrativo?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc. 7-8, 119;
- MICARI G., *Il c.d. "danno da ritardo" ed i corollari tratti da una sentenza-trattato del Tar Puglia*, in *Giur. merito*, 2006, fasc. 2, 435;

ID., *P.a., danno da ritardo “mero” ed atipicità degli atti legittimi dannosi*, in *Danno e resp.*, 2007, fasc. 2, 121;

ID., *Provvedimento amministrativo ampliativo in ritardo: il danno non patrimoniale busa alla porta dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Giur. merito*, 2005, 12, 2755;

ID., *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l’adunanza plenaria sul danno da ritardo “mero” infittisce la “rete di contenimento”*, in *Giust. civile*, 2006, fasc. 6, 1329;

MIRATE S., *In tema di ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giur. italiana*, 2002, fasc. 12, 2402;

ID., *La natura del giudizio ex art. 21 bis della legge n. 1034/1971: l’Adunanza plenaria limita il sindacato del giudice amministrativo all’illegittimità del silenzio (nota a Cons. Stato, ad. plen. 9 gennaio 2002, n. 1)*, in *Giur. Italiana*, 2002, fasc. 6, 1285;

ID., *Silenzio della pubblica amministrazione e azione di condanna*, in *Giur. it.*, 2001, 1993;

MOLFESE G., *Prescrizione e decadenza*, Milano, 2009;

MONETA G., *La tempestività del procedimento e le sue garanzie*, in G. SCIULLO (a cura di), *L’attuazione della legge 241/90. Risultati e prospettive*, Atti del Convegno di Macerata, 21-22 giugno 1996, Milano, 1997;

MONTEDURO M., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Vol. 1: Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012.

ID., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l’obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 1, 103;

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI L. – PERICU G. – ROMANO A. - ROVERSI MONACO F.A. - SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005;

ID., *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 251;

MORTATI V.C., *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935;

NAPOLITANO G., *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in AA.VV., *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, 2005;

NASSIS C., *Il silenzio della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: lineamenti evolutivi*, in *Giust. amm.*, 2006, fasc. 6, 1264;

NEFELI GRIBAUDI M., *Ricorso avverso il silenzio inadempimento: un rimedio speciale, esclusivo dell’interesse legittimo*, in *Il corriere del merito*, 2011, fasc. 3, 325;

NICODEMO G.F., *La disciplina dei termini nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 12, 1402;



- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Edizione a curadi E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002;
- OCCHIENA M., *Diffida e silenzio-rifiuto: il tradimento della teoria di Aldo M. Sandulli*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Aldo M. Sandulli (1915-1984): attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004;
- ID., *Gli enti pubblici*, in FRACCHIA F. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2010;
- ID., *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 4128;
- ID., *Riforma della l. 241/1990 e “nuovo” silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- ID., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002;
- ID., *Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, 579;
- ID. – F. SAITTA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, fasc. 5, 399;
- ONORATO M.T., *Considerazioni sul termine di conclusione del procedimento amministrativo*, in *Trib. amm. reg.*, 1998, fasc. 5-6, 221;
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 310;
- OSELLA S., *La centralità del “tempo” nella valutazione della correttezza della Pubblica amministrazione*, in *Foro amm. Cds*, 2012, fasc. 3, 649;
- PALEOLOGO G., *Istanza (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1989;
- PALMA G., *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Padova, 1999, 73;
- PALUMBI G., *Spunti critici a margine di una decisione: annullamento d'ufficio e certezza del diritto*, in *Foro amm.*, 1976, fasc. 11, 2939;
- PAPA S., *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008;
- PARISIO V., *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, e dalla l. 14 maggio 2005, n. 800*, in *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 7-8, 2798;
- ID., *Inerzia della pubblica amministrazione e riforma della Costituzione: primi brevissimi spunti di riflessione*, in *Foro amm.*, 1993, 2603;
- ID., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996;

ID., *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5550;

G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 12;

PATRITO P. – PROTTO M., *Rito del silenzio*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 985, in *Urb. e app.*, 2012, fasc. 8/9, 960;

PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

ID., *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, 66;

ID., *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Il corriere giuridico*, 2011, fasc. 3, 301;

ID., *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza e danno da ritardo)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

PEDACI V., *Brevi considerazioni sull'inerzia dell'amministrazione e sul significato del silenzio*, in *L'amministrazione italiana*, 2000, fasc. 3, 374;

ID., *Prime note sul problema del danno da ritardo in recenti prospettazioni del giudice amministrativo*, in *L'amministrazione italiana*, 2009, fasc. 9, 1125;

PELILLO S., *Il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

PELLINGRA CONTINO M., *L'obbligo di concludere il procedimento amministrativo e la legge 80/2005*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2006, fasc. 4;

PELLIZZARI S., *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, in *Foro amm. Tar*, 2008, fasc. 3, 865;

PERONGINI S., *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2010, fasc. 2, 423;

PIGNATARO S., *Questioni vecchie e nuove in tema di silenzio rifiuto*, in *Giurisd. amm.*, 2006, fasc. 5, 108;

PIRAINO S., *Silenzio dell'amministrazione e tutela del cittadino*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, fasc. 19, 2217;

PIZZORUSSO A., *Certezza del diritto. II) Profili applicativi* (voce), in *Enc. giur. diritto*, Roma, 1988;

POLICE A., *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, fasc. 2, 359;

- ID., *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in A.M. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Estratto, Milano, 2011, 66;
- PORTALURI G., *Sopravvenienze normative e procedimenti autorizzatori: "tempus regit actum"?*, in *Foro amm. Tar*, 2008, fasc. 2, 952;
- POZZANI P., *Presupposti sostanziali del danno da ritardo e tutela giurisdizionale verso la p.a.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008;
- ID., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, fasc. 1, 213;
- PULICI E., *Il silenzio della pubblica amministrazione. Questioni processuali*, Milano, 2007;
- QUADRI E., *Art. 117. Ricorsi avverso il silenzio*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, 1773;
- ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007;
- QUINTO P., *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- ID., *Il risarcimento del danno da ritardo: un passo avanti ed uno indietro*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- ID., *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo: le perplessità del legislatore e l'incertezza del giudice*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- ID., *Problemi vecchi e nuovi del risarcimento del danno da ritardo: commento ad una sentenza del Tar Lombardia*, in *Foro amm. Tar*, 2011, fasc. 1, 16;
- RANELLETTI O., *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, vol. III;
- RENNA M., *Commento all'art. 2 bis*, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 134;
- ID., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in A.A. V.V., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 287;
- ID. – FIGORILLI F., *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo (voce)*, in *Enc. giur.*, 2009, Roma,
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni) (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 164;
- RESTA R., *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV, 106;
- ROCCELLA A., *Tempus regit actum, autonomia legislativa regionale e contributo per la sanatoria nel terzo condono edilizio (nota a Tar Lombardia, Milano, sez. II, ord. 20 marzo 2009, n. 53)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, fasc. 3, 703;

ROMANO A., *Introduzione*, in MAZZAROLLI L. – PERICU G. – ROMANO A. – ROVERSI MONACO F.A. – SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993;

ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005;

ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1983;

ROMANO TASSONE A., *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002,

ROMEO A., *Brevi note in tema di silenzio della p.a. e obbligo di provvedere*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, fasc. 11, 3481;

ROTIGLIANO R., *Profili risarcitori dell'omesso o ritardato esercizio della funzione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, fasc. 3, 747;

RUPERTO C., *Prescrizione e decadenza*, Torino, 1968;

SAITTA N., *Il silenzio della p.a. torna a farsi sentire (a proposito di un disegno di legge)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *I provvedimenti monocratici nel processo amministrativo*, Milano, 2002;

ID., *Ricorsi contro il silenzio della p.a.: quale silenzio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

SALA G., *Oggetto del giudizio e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 147;

SALAZAR M., *Le modifiche del processo amministrativo nella Legge 18 giugno 2009, n. 69: una prima lettura*, in *Rivista giuridica della scuola*, 2010, fasc. 1, 15;

SALVIA F., *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Diritto e società*, 2004, fasc. 4, 551;

SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940;

ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e società*, 1982, 715;

ID., *Questioni recenti in tema di silenzio della p.a.*, in *Foro it.*, 1949, III, col. 128;

ID., *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, fasc. 2, 169;

SANDULLI M.A., *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto – Note a margine della legge di conversione del d.l. n. 35/2005*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *I termini del processo amministrativo nella l. 205 del 2000*, in *Foro amm. Tar*, 2002, fasc. 1, 302;

SANNA C., *La linea di confine dell'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione di fronte alle istanze dei soggetti privati*, in *Rivista giuridica sarda*, 2011, fasc. 2, 474;

- SANTORO P., *Il danno da ritardo diventa danno erariale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- SARRA R., *Ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione: un freno all'estensione dei poteri decisorio del giudice amministrativo (nota a Cons. Stato, ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, e Tar Lazio, sez. III, 6 marzo 2002, n. 1682)*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 2002, 146;
- SARTORIO G., *Ricorsi in materia di silenzio della P.A.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- SASSANI B., *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in SASSANI B. – VILLATA R. (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2004;
- SATTA F., *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, fasc. 1, 49;
- SCIRÈ A., *Il rito contra silentium a tutela dei diritti soggettivi?*, in *Foro amm. C.d.s.*, 2006, fasc. 3, 1019;
- SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, fasc. 2, 379;
- ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990;
- ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971;
- ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 2, 239;
- ID., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere giuridico*, 2011, fasc. 7, 988;
- SCOCA S.S., *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- SCOGNAMIGLIO A., *Istanze alla pubblica amministrazione (voce)*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3285;
- SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, fasc. 3, 521;
- SEGRETO A. – DE LUCA G., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999;
- SGROI M., *I tempi del procedimento*, in G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990 n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, 51;
- SILVIS C., *La giustiziabilità del silenzio-inadempimento della p.a.: questioni risolte e problematiche emergenti*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it);
- SIRIANNI G., *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991;
- SORDI B., *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa, Atti del XLVIII Convegno di*

*studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002*, Milano, 2003, 45;

SORICELLI G., *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della p.a. per danno da ritardo?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *L'obbligo di concludere il procedimento e la questione del silenzio*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1996, fasc. 10-11, pt. 2, 1113;

ID., *Silenzio-inadempimento della p.a.: ma esiste ancora la tutela del privato?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

SPAGNA V., *Giudizio avverso il silenzio-rifiuto ed esigenze di effettività di tutela: aspettative deluse dal nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, fasc. 4, 985;

SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003;

SPEZZATI A., *Giurisdizione in materia di risarcimento per danno da ritardo della p.a.*, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 7, 791;

SPINELLI S., *Ancora sull'oggetto del giudizio nel nuovo rito avverso il silenzio della p.a.*, in *Foro amm. Tar*, 2003, fasc. 5, 1986;

STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, 3;

STICCHI DAMIANI E., *Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. Tar.*, 2007, fasc. 10, 3329;

ID., *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, fasc. 1, 1;

ID., *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 10, 3365;

ID., *La diffida a provvedere nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2002, fasc. 12, 4205;

SUCK N., *L'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il termine nel procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

TANDA P., *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

TARANTINO L., *Chiedi al silenzio*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 8, 890;

ID., *L'epilogo del silenzio. O sancta simplicitas!*, in *Urb. e app.*, 2002, fasc. 4, 420;

TARULLO S., *Ancora sul risarcimento per lesione dell'interesse legittimo: nuovi fermenti in punto di giurisdizione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in PAOLANTONIO N. – POLICE A. – ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006;

ID., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 2, 437;

ID., *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

ID., *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, *ivi*;

ID., *Rito del silenzio e cumulo di azioni*, *ivi*;

ID., *Violazione del termine di conclusione del procedimento ed illegittimità del provvedimento tardivo*, *ivi*;

TESAURO A., *Il silenzio e l'omissione nella teoria degli eventi giuridici*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, vol. II, 536;

TONOLETTI B., *Art. 2 (Ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, fasc. 3-4, 575;

ID., *Oggetto del giudizio contro il silenzio rifiuto della p.a.: orientamenti giurisprudenziali*, in *Urb. e app.*, 1997, fasc. 9, 1039;

ID., *Silenzio della pubblica amministrazione (voce)*, in *Digesto Disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1997;

TOSCHEI S., *Obiettivo tempestività e certezza nell'azione*, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 27, 29;

TRAVI A., *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it);

ID., *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, 227;

ID., *Nota a Tar Lazio, sez. II, 4 novembre 2010, n. 33190*, in *Foro it.*, 2010, III, 628;

ID., *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985;

TREBASTONI D., *Silenzio della pubblica amministrazione e oggetto del pregiudizio: un problema di tutela effettiva*, in *Foro Amministrativo C.d.S.*, 2002 fasc. 1, pp. 242;

TRENTIN S., *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915;

TRIMARCHI F., *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, fasc. 6, 1673;

TULUMELLO G., *Il silenzio è d'oro?*, in *Giust. amm.*, 2005, fasc. 6, 1287;

ID., *Itinerari giurisprudenziali in materia di valutazione della fondatezza della pretesa nel giudizio sul silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc. 7-8, 166;

- VACCA A., *Risarcimento del danno e violazione del dovere di provvedere, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241 del 1990: prime considerazioni*, in *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 2, 480;
- VAIANO D., *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in RENNA M. – SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 477;
- ID., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002;
- VALLA L., *Il giudice amministrativo e il risarcimento "del tempo perduto"*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 6, 651;
- VERONELLI M., *Azione diretta e immediata avverso il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giornale di dir. amm.*, 2003, fasc. 1, 45;
- ID., *L'inerzia della pubblica amministrazione davanti all'Adunanza plenaria*, in *Giornale di dir. amm.*, 2002, fasc. 7, 762;
- VERZARO S. (a cura di), *Sul risarcimento del danno da ritardo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc. 4, 962;
- VIDETTA C., *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, 2006, fasc. 6, 1969;
- ID., *Note a margine del nuovo art. 10 bis l.n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 6, 1969;
- VIOLA L., *Ancora sul danno esistenziale avanti al Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- ID., *Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, *ivi*;
- VIRGA G., *La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della P.A.*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it);
- VIZZARI G., *Sul ricorso avverso il silenzio della p.a.*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, fasc. 3, 855;
- VOLPE F., *Appunti di un amministrativista per uno studio sulla classificazione delle situazioni giuridiche soggettive*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- ID., *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it);
- ID., *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004;
- ZARAMELLA S., *Ricorso contro il silenzio: oggetto*, in *Studium iuris*, 2005, fasc. 7-8, 923;
- ZINGALES U.G., *Una singolare forma di tutela per il cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, fasc. 3, 246.