

**Margherita Ramajoli**

## **Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento**

**in Diritto Processuale Amministrativo, fasc.3, 2014**

Sommario: 1. Ineffettività della tutela sostanziale di tipo sostitutivo e della tutela processuale di tipo compensativo. — 2. La tutela in forma specifica: mancato adeguamento della struttura del processo alla sua specifica funzione. — 3. L'originaria relazione tra procedimento e processo. — 4. L'attuale latitudine del potere giudiziale. — 5. Il depotenziamento del giudizio attraverso l'utilizzo del rito processuale. — 6. Il ruolo del commissario ad acta nell'irrisolta dialettica tra potere amministrativo e potere giudiziale.

1. Le recenti novità normative apportate alla disciplina del silenzio non significativo dalle leggi n. 35/2012, n. 190/2012 e n. 98/2013, nonché dal d.lgs. n. 160/2012 (secondo correttivo al c.p.a.) conducono nuovamente a domandarsi se il relativo processo sia idoneo a configurare una tutela giurisdizionale soddisfacente della pretesa fatta valere. Le novelle confermano ancora una volta che la disciplina del silenzio non tipizzato fa emergere tutte le problematiche e le ambiguità insite nella dialettica tra pubblica amministrazione e giudice amministrativo e, ancor prima, tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Il silenzio della pubblica amministrazione ex art. 2 della legge n. 241/90 è doppiamente censurabile, in quanto è mancata tutela sia dell'interesse pubblico sia dell'interesse privato (1).

Il silenzio è contrario anzitutto all'interesse pubblico, in quanto impedisce l'azione diretta alla sua realizzazione e costituisce quindi una rinuncia all'individuazione in concreto dell'interesse pubblico e della modalità migliore per portarlo a soddisfazione. Se si preferisce adottare una prospettiva in parte differente e con essa anche un linguaggio diverso, il non provvedere entro un termine prestabilito si pone in contrasto sia con i principi pubblicistici di doverosità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione, sia con il principio, parimenti pubblicistico, della certezza delle relazioni giuridiche.

Al tempo stesso il silenzio è contrario all'interesse del privato e ciò in un duplice senso. Anzitutto perché viola l'obbligo di provvedere entro un determinato termine che grava sulla pubblica amministrazione, il quale fronteggia una situazione sostanziale del privato che ha una indubbia consistenza giuridica, indipendentemente dal fatto che la si voglia chiamare diritto soggettivo o interesse legittimo, anche se l'espressa, ma forse non sufficientemente vigilata, previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia (art. 133, co. 1, lett. a), n. 3, c.p.a.) rafforza la tesi che si tratti di un vero e proprio diritto soggettivo. In particolare il silenzio impedisce la soddisfazione della pretesa del privato all'emanazione di un provvedimento amministrativo espresso entro un termine prestabilito e quindi non consente al singolo di conoscere la regola concreta del rapporto giuridico che lo lega all'amministrazione nel caso concreto (2).

In secondo luogo il silenzio impedisce al privato di ottenere quanto gli spetta nell'ipotesi in cui egli vanta un interesse qualificato all'emanazione del provvedimento positivo richiesto. La situazione giuridica del privato nel momento in cui formula alla pubblica amministrazione una domanda di provvedimento ampliativo presenta notevoli affinità con quella che il medesimo ha allorché propone un'azione davanti al giudice. Se l'azione giurisdizionale è intesa in senso concreto e non astratto, essa è un diritto della parte a una sentenza favorevole e non solo un diritto a una sentenza di merito che si presenta favorevole unicamente nell'aspirazione di chi propone l'azione stessa. Non diversamente il privato che rivolge un'istanza alla pubblica amministrazione richiede non l'emanazione di un qualsivoglia provvedimento finale, bensì proprio quell'utilità finale conseguibile all'esito positivo del procedimento (3).

Dal momento che il silenzio costituisce una grave patologia amministrativa, che vulnera al tempo stesso interesse pubblico e interesse privato, l'ordinamento giuridico deve anzitutto creare le condizioni per prevenire la realizzazione dell'inerzia. Qualora, nonostante ciò, l'inerzia si verifichi ugualmente, l'ordinamento giuridico deve configurare una o più tutele idonee a rimediare a questa disfunzione particolarmente critica, fermo restando altresì che anche ogni reazione svolge sempre una funzione preventiva pro-futuro.

Nel corso del tempo al problema dell'inazione amministrativa sono state date diverse risposte, provenienti anzitutto dalla giurisprudenza — supportata da una

parte della dottrina — e solo successivamente dal legislatore. Esse sono di vario tipo e se la tutela del cittadino era originariamente affidata in via esclusiva a uno specifico strumento processuale ora convivono con tale strumento soluzioni operanti sul versante di diritto sostanziale, specie ma non solo sul piano organizzativo, e soluzioni di tipo compensativo.

Il quadro è mutevole e non sempre all'insegna del rafforzamento della tutela del privato nei confronti del silenzio. L'evoluzione in materia rivela come le reazioni alla patologia dell'inazione amministrativa siano oggi maggiormente concentrate su strumenti di tipo sostitutivo, oppure sanzionatorio-disciplinare in senso lato, o, ancora, risarcitorio-indennitario.

In particolare le riforme attuate nel 2009, 2012 e 2013 hanno stabilito che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento è elemento di valutazione della *performance* individuale e di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente (art. 2, co. 9, della l. 241/90), che in caso di inerzia subentra il potere sostitutivo del “responsabile” individuato, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, dall’“organo di governo” (art. 2, co. 9*bis*), il quale dovrà entro un termine dimezzato rispetto a quello originariamente previsto concludere il procedimento “attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario” (art. 2, co. 9*ter*), che l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento fa sorgere un obbligo di risarcimento del danno ingiusto cagionato (art. 2*bis*, co. 1) e che in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte il soggetto ha diritto di ottenere “un indennizzo per il mero ritardo” (art. 2*bis*, co. 1*bis*).

Tuttavia le misure compensative risentono della mentalità del giudice amministrativo non facilmente propensa a elargire la tutela risarcitoria, la quale consiste comunque in una tutela non in forma specifica, bensì per equivalente, o, se si preferisce, una tutela di tipo secondario (4).

I rimedi indennitari presentano poi rispetto ai rimedi risarcitori un ancora più pronunciato carattere di succedaneità rispetto alla tutela in forma specifica, con l'aggravante che essi sono oltretutto concepiti dal legislatore in maniera più programmatica che reale (5).

Inoltre, anche se l'azione risarcitoria è proponibile in via autonoma ai sensi dell'art. 30 c.p.a., tuttavia, come è noto, in generale si tende a condizionare il risarcimento del danno alla previa esperibilità dell'azione avverso il silenzio, la quale in questa maniera si conferma come centrale ai fini della tutela del privato (6).

Per quanto attiene poi alle misure sostitutive, esse non sono una novità nel nostro ordinamento, che da tempo ha previsto nelle relazioni sia intersoggettive sia interorganiche la nomina di un commissario nell'ipotesi di gravi inerzie nel provvedere. Tali misure, pur essendo essenzialmente rimedi di tipo interno all'amministrazione inadempiente, presentano assonanze con il meccanismo esecutivo surrogatorio attuato tramite nomina del commissario *ad acta* da parte del giudice amministrativo, sul quale ci si intratterà in seguito, nonché con lo spostamento di competenza tipico del regime dei ricorsi gerarchici amministrativi, anche se qui non rileva tanto il profilo della supremazia quanto piuttosto quello della vicinanza nella relazione organizzativa rispetto al soggetto sostituito (7).

Le attualmente generalizzate misure sostitutive non sono però delineate in modo sufficientemente preciso dai frammentari e continui interventi normativi e non risultano ben armonizzate con la disciplina pregressa. La previsione di una sorta di commissario interno realizza un'inefficace concorrenza di competenze tra soggetti in seno alla medesima pubblica amministrazione, in quanto l'infelice formulazione del co. 9 *ter* dell'art. 2 della legge 241/90 impedisce di comprendere se, decorso il termine per la conclusione del procedimento, il soggetto originario mantenga il potere di provvedere, in base al principio dell'inesauribilità del potere amministrativo in capo al soggetto originariamente procedente, oppure tale potere sia da intendersi come trasferito in via esclusiva al titolare del potere sostitutivo, secondo i principi generali in materia di sostituzione amministrativa.

Inoltre il rimedio sostitutorio rischia di creare un ulteriore onere, di tipo procedimentale, in capo al privato desideroso di tutela, dal momento che è presumibile che la giurisprudenza verrà a concepire la facoltà di sollecitare il potere amministrativo sostitutivo quale "ordinaria diligenza" richiesta ex art. 30 c.p.a. al fine di ottenimento del risarcimento del danno da ritardo; del resto, il legislatore già richiede che per ottenere l'indennizzo da ritardo "l'istante (sia) tenuto ad azionare il potere sostitutivo" (art. 28, co. 2, d.l. 69/2013) (8).

Ma, al di là di queste specifiche considerazioni critiche, la presenza della menzionata congerie di rimedi di vario genere avverso il silenzio contribuisce a svuotare di senso e di contenuto la tutela di tipo giurisdizionale in forma specifica, come se il processo amministrativo non fosse in grado di assolvere la sua funzione di garanzia della situazione giuridica soggettiva violata.

2. Se si ha riguardo alla specifica tutela giurisdizionale avverso il silenzio si avverte la mancanza di una sufficiente riflessione processualistica per controbilanciare la condizionante forma impugnatoria troppo rigida del processo amministrativo. In particolare ha fatto difetto un approfondimento nel momento fondativo chiave della moderna giustizia amministrativa ovvero nel passaggio da un giudizio oggettivo a un giudizio soggettivo, perché ci si è accontentati di postulare che la funzione del processo fosse la tutela di situazioni giuridiche soggettive e non tanto l'oggettiva verifica dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, senza capire che contemporaneamente si sarebbe dovuto adeguare la struttura del processo alla sua funzione (9).

In questa maniera la struttura del processo amministrativo ha continuato a restare quella propria di un giudizio oggettivo finendo per frustrare la capacità del processo di soddisfare i differenti bisogni di tutela giurisdizionale, ovvero di adempiere alla sua precipua funzione. Questo è particolarmente evidente in materia di silenzio inadempimento, dove l'adeguamento del processo al bisogno di tutela giurisdizionale si trova comunque a fare i conti con un dato irrisolto e irrisolvibile, ossia la circostanza che la situazione fatta valere sul piano processuale non ha avuto alcuna definizione sul piano del diritto sostanziale. Questa mancata definizione sul piano sostanziale della relazione intercorrente tra le parti è una disfunzione imputabile unicamente all'amministrazione parte resistente, ma al tempo stesso è in grado di mettere in crisi il tradizionale postulato della strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale qualora al primo si intenda assegnare una funzione non meramente formale (10).

Dal momento che ancora oggi la tutela giurisdizionale è modellata essenzialmente mediante la predisposizione di un sindacato di legittimità sull'attività compiuta, la tutela del privato cui è impedito il raggiungimento del bene finale della vita cui aspira è pienamente garantita solo e unicamente nel caso di attività

provvedimentale espressa: mentre il sindacato nei confronti del provvedimento negativo da tempo (anche prima delle recenti modifiche processuali introduttive di un'azione di adempimento, su cui ci si intratterà oltre) è consentito dal filtro dato dai vizi di legittimità nei riguardi di tale provvedimento (11), il silenzio invece è un fatto inespressivo inidoneo a essere valutato come legittimo o illegittimo, strutturalmente incapace di aprire la strada a una reale tutela giurisdizionale che non si limiti ad accertare un già di per sé chiaro inadempimento.

La critica alla struttura del processo va qui intesa in senso ampio, come tale comprensiva del rito processuale. Infatti nel giudizio avverso il silenzio anche l'introduzione di un rito speciale è divenuta strumento di diminuzione della tutela giurisdizionale: la specialità del rito è stato invocata per giustificare una cognizione limitata del giudice, con un cortocircuito tra accertamento della fondatezza della pretesa e carattere accelerato e semplificato del rito processuale.

La previsione di riti speciali nel processo amministrativo trae alimento da due distinte istanze: la celerità, che conduce alla creazione di una mera procedura speciale di svolgimento del giudizio, e l'effettività della tutela, che spinge il legislatore a introdurre strumenti speciali di tutela, caratterizzati non soltanto da una forma specifica, ma anche da particolari poteri di cognizione e di decisione del giudice. Nel caso di rito in materia di silenzio, come si avrà modo di verificare, la specialità porta semplicemente a un'accelerazione dei tempi del giudizio e, di contro, impedisce un adeguamento dello strumento processuale allo specifico bisogno di tutela, anzi diminuisce l'effettività della tutela stessa.

Questo *deficit* di tutela giurisdizionale avverso il silenzio della pubblica amministrazione non è però solo dovuto a un mancato adeguamento della struttura e del rito processuale alla sua specifica funzione di tutela, ma nasce anzitutto da precise opzioni di diritto sostanziale. Il nostro legislatore ha evitato di intervenire sull'unico profilo di diritto sostanziale che avrebbe assicurato al privato un'adeguata tutela avverso il silenzio, non introducendo termini procedurali perentori per l'amministrazione. Nel silenzio normativo tutta la giurisprudenza, anche quella costituzionale, ha sempre avversato un'interpretazione dei termini nel senso della perentorietà, "perché la cessazione della potestà, derivante dal protrarsi del procedimento, potrebbe nuocere all'interesse pubblico alla cui cura quest'ultimo è preordinato, con evidente pregiudizio della collettività" (12).

Ritenere che l'inutile decorso del tempo non determini mai la decadenza dal potere in ragione dell'esistenza di un pubblico interesse porta a dimenticare che anche la certezza dei rapporti giuridici, attraverso la delimitazione nel tempo della possibilità di produrre una modificazione giuridica, è parimenti un interesse pubblico da tutelare. Attraverso previsioni di decadenza il legislatore "fissa il punto oltre il quale l'interesse del titolare del potere a procedere all'esercizio di questo nel tempo preferito cede all'interesse pubblico di non lasciare illimitata nel tempo la possibilità di attuare la modificazione giuridica corrispondente" (13).

La rilevanza della certezza dei rapporti giuridici assume particolare pregnanza nel caso dei procedimenti a istanza di parte. Infatti la consapevolezza che in essi l'amministrazione mira a verificare la compatibilità dell'interesse di cui è portatore il privato con l'interesse pubblico, che in questo contesto funge solo da limite all'attività privata, ha portato il legislatore a circoscrivere il paradigma fondato sulla centralità del provvedimento amministrativo, mettendo in crisi la raffigurazione del potere amministrativo come necessario e inesauribile, specie in virtù dell'istituto della segnalazione certificata d'inizio attività. Ma la riflessione in materia di silenzio pare slegata rispetto a questa più generale trasformazione del potere amministrativo, portandosi dietro alcune vischiosità della precedente versione autoritativa nella relazione tra amministrazione e privato.

L'interpretazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo come termine meramente acceleratorio od ordinatorio determina la conseguenza per cui il provvedimento tardivamente emanato non può essere considerato di per sé illegittimo. Il ritardo non è "un vizio in sé dell'atto" sopravvenuto, ma è solo un presupposto che può determinare, in concorso con altre condizioni, alcune forme di tutela, prima tra tutte la già evidenziata tutela risarcitoria (14).

In questa maniera tutta la complessiva disciplina è all'insegna di una mancata chiara cesura tra procedimento amministrativo e processo amministrativo, in quanto il primo non si esaurisce mai ed è in grado di sovrapporsi al secondo, doppiandolo e rendendolo inutile (15).

Abbracciata questa logica sfugge il senso ultimo del processo il quale si adatta all'amministrazione e non alla richiesta di tutela giurisdizionale nel caso in cui

l'amministrazione decida nel corso del giudizio di esercitare il suo potere perenne emanando un provvedimento tardivo: anche nel caso di silenzio il processo deve essere necessariamente e paradossalmente successivo rispetto a un provvedimento amministrativo.

Ma, come si avrà cura di dimostrare, nel corso del tempo (e dello spazio, se si ha riguardo alla disciplina oltre i confini nazionali) la relazione tra procedimento e processo non ha assunto sempre questi contorni così penalizzanti per l'effettività della tutela processuale.

3. Come è noto, la problematica del silenzio è emersa in seno alla giustizia amministrativa ed è merito della giurisprudenza avere creato *ex novo* un'azione avverso l'inerzia. Tutte le soluzioni di carattere processuale hanno tratto alimento da esigenze di giustizia sostanziale. Infatti sia la costruzione del silenzio come provvedimento negativo (tacitamente manifestato o presunto), sia la configurazione del silenzio come mero fatto nascono a fini processuali, allo scopo di consentire a colui che è leso dall'inerzia l'accesso alla via giurisdizionale, essenzialmente incentrata su una tutela di tipo impugnatorio.

Tuttavia la tutela giurisdizionale configurata in origine, fondata sull'interpretazione del silenzio come atto tacito o presunto, risultava maggiormente piena ed effettiva di quella attuale, la quale s'inserisce di contro e in maniera paradossale in un contesto più moderno e paritario quanto ai rapporti, sostanziali e processuali, tra amministrazione e privati.

L'attuale contesto è in generale qualificato da una disciplina processuale improntata alla tutela del bene della vita esposto all'azione dell'amministrazione, piuttosto che al sindacato degli atti che promanano da quest'ultima e, più nello specifico, per quanto qui rileva, è caratterizzato dal fatto vuoi che il tempo del decidere non è più una componente della discrezionalità amministrativa stante il riconoscimento normativo del dovere di provvedere con un conseguente tramonto dell'antica discrezionalità nel *quando*, vuoi che vari istituti di carattere generale, come il silenzio assenso e la s.c.i.a., si fondano sulla sottoposizione a decadenza del potere amministrativo conformativo dell'esercizio di diritti soggettivi dei privati.

Nonostante questa evoluzione di fondo nella dinamica tra privato-amministrazione-



giudice, la tutela giurisdizionale offerta in passato al soggetto leso dal silenzio della pubblica amministrazione è idonea a configurarsi come maggiormente soddisfattiva rispetto all'attuale.

Originariamente il non esercizio del potere di decisione era considerato esso stesso come un modo di esercizio e quindi di consumazione del potere. Notevoli le assonanze che tale ricostruzione del silenzio non tipizzato presenta sia con una certa interpretazione della disciplina dei ricorsi gerarchici, sia con la disciplina vigente nell'ordinamento francese, che prevede tramite una norma generale che il silenzio mantenuto dall'amministrazione su un'istanza del privato equivalga a una decisione di rigetto, tranne espresse eccezioni in cui il silenzio serbato su una domanda del privato equivale ad assenso, sia con la disciplina austriaca, in cui la violazione dell'obbligo di provvedere comporta come sanzione la perdita del potere di decidere (16).

La giurisprudenza, finché concepiva il silenzio come esternazione e presunzione di provvedimento (negativo), finiva con il ritenere, da un lato, che il silenzio dell'amministrazione potesse costituire l'esito finale del procedimento e fosse idoneo ad estinguere l'obbligo di provvedere, dall'altro, che l'oggetto del giudizio sul silenzio non fosse solo e tanto l'obbligo di provvedere, bensì la legittimità del provvedimento negativo, con la conseguenza che il giudicato “veniva a coprire il modo del provvedere (oltre che l'obbligo di farlo)” (17).

In tal modo il controllo giurisdizionale si estendeva normalmente al merito della controversia, il processo era caratterizzato da un'istruttoria vera e propria, l'amministrazione resistente nel corso del giudizio era tenuta a far valere i motivi sostanziali a giustificazione del proprio diniego tacito, e, infine, in taluni casi il giudice giungeva a formulare la regola giuridica vincolante per il caso concreto (18).

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione avesse emanato un diniego tardivo esplicito il ricorrente poteva proporre contro di esso motivi aggiunti, con la conseguenza che il giudizio avverso il silenzio “assorbiva” il giudizio contro il diniego espresso sopravvenuto.

È la stessa giurisprudenza a parlare di “assorbimento del ricorso”, esprimendo la

consapevolezza che nell'azione avverso il silenzio è fatto valere lo stesso bisogno di tutela giurisdizionale che si manifesta nell'impugnazione del diniego esplicito: “la posizione del ricorrente, quanto all'interesse, permane identica, persistendo la sua pretesa di ottenere ciò che l'amministrazione gli ha negato, prima implicitamente poi esplicitamente”. In questa maniera si valorizzava l'esigenza di connessione, ossia l'esigenza di concentrare i poteri di cognizione del giudice intorno a un'unitaria vicenda giuridica (19).

Tuttavia la ricostruzione del silenzio sottostante a questo complessivo quadro è stata criticata e il rilievo principale ha riguardato il fatto che l'interpretazione del silenzio come elemento in grado di chiudere la vicenda procedimentale mal si concilierebbe con la cd. riserva di amministrazione e con il conseguente divieto di sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle ipotesi in cui si faccia questione dell'esercizio di poteri da parte dell'autorità.

Come si legge nella relazione di accompagnamento al primo tentativo, poi fallito, di disciplina normativa del silenzio, pur riconoscendosi la “opportunità” di “concedere ricorso alla giurisdizione amministrativa anche nel merito”, era preferibile “non poter sottoporre l'amministrazione attiva ad una così grave limitazione nello svolgimento della sua attività, limitazione che avrebbe avuto come conseguenza la sostituzione frequente del giudice amministrativo nella stessa determinazione del contenuto dell'atto” (20). Altrettanto chiara la giurisprudenza, che con la decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 1960, precisa che il giudice “può accertare l'illegittimità dell'omissione, ma non può sostituirsi all'amministrazione nel determinare il contenuto dell'atto”, trattandosi di “valutazioni riservate all'autorità amministrativa”, e che comunque “la pretesa, dedotta in sede giurisdizionale dal ricorrente, è rivolta ad ottenere l'emanazione d'un atto che definisca per la prima volta il rapporto” (21).

In realtà, come sopra osservato, alla base dell'interpretazione del silenzio come provvedimento tacito o presunto vi era l'idea, fortemente garantista per il privato, secondo cui il silenzio potesse costituire l'esito finale del procedimento e quindi estinguesse il potere di intervento dell'amministrazione, che non era affatto perenne. Quindi accedendo a tale interpretazione nessun problema di sostituzione tra poteri, amministrativo e giurisdizionale, si poneva, dal momento che il potere amministrativo si era già esaurito.

Il successivo accoglimento della concezione del silenzio come mero fatto o come comportamento e quindi come presupposto processuale per la proposizione del ricorso ha determinato l'abbandono dell'idea della perdita per l'amministrazione del potere di decidere come sanzione avverso silenzio e di conseguenza ha portato con sé anche una diversa configurazione delle forme e dei modi della tutela giurisdizionale. In realtà non è possibile ricostruire un quadro processuale unitario, specie a causa di continui interventi normativi e successivi provvedimenti giurisprudenziali modificativi-correttivi dei primi (22).

Tale quadro ha oscillato tra una tendenza, minoritaria, propensa come in passato ad ammettere in generale l'accertamento autonomo da parte del giudice dei fatti che stanno alla base della pretesa del ricorrente, una tendenza invece volta a estendere l'oggetto del giudizio alla valutazione della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente nel solo caso di attività vincolata dell'amministrazione e infine una tendenza favorevole a configurare l'azione sempre come dichiarativa e il giudizio avverso il silenzio come mero accertamento dell'obbligo di provvedere.

4. Attualmente la latitudine del potere giudiziale è tracciata nel c.p.a. dagli artt. 31 e 117. Le disposizioni prevedono due distinte azioni avverso il silenzio, o meglio, due distinti possibili esiti del giudizio nei confronti del silenzio, con una tecnica normativa che difetta di quella simmetria, di quella compattezza e di quella linealità che sarebbero state invece opportune in sede di codificazione; questa carenza è dovuta sia ai noti rimaneggiamenti che ha conosciuto la tematica delle azioni nel sistema codicistico, sia alla stratificazione normativa dei diversi modelli processuali in materia di silenzio a far data dall'art. 21<sup>bis</sup> della legge Tar.

Il codice, stabilendo che “chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere”, contempla un'*azione* dichiarativa promovibile dal privato sempre e in ogni caso. Ma siffatto “ordine all'amministrazione di provvedere” entro un dato termine può assumere un contenuto più specifico, essendo altresì configurata una *sentenza* di condanna all'adozione dell'atto amministrativo richiesto pronunciabile dal giudice al ricorrere di determinati presupposti (“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"); con l'ulteriore precisazione, dovuta al nuovo testo dell'art. 34, lett. c, risultante dal secondo correttivo al c.p.a., per cui la suddetta azione di adempimento è esercitata, al ricorrere dei citati presupposti, sempre contestualmente all'azione avverso il silenzio (23).

L'esito ultimo del combinato disposto codicistico è una disciplina ambivalente, non chiara sui caratteri e sui presupposti dei rimedi da adottare contro il silenzio dell'amministrazione, nonché sul rapporto intercorrente tra i medesimi, che hanno alla base modelli alternativi di tutela, frutto di sovrapposizioni successive.

L'alternativa, quanto a satisfattività e pienezza della tutela, tra azione di mero accertamento e azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto era già stata tracciata con efficacia da Cannada Bartoli, che aveva posto il quesito se il giudice dovesse decidere i ricorsi in materia "soltanto controllando il calendario, per dichiarare che, scaduti i termini, bisognava e bisognerà provvedere" oppure valutando "la fondatezza (o infondatezza) della domanda" (24).

Vero è che nulla vieta che il privato proponga l'azione avverso il silenzio al solo fine di ottenere una pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere e non la cognizione dell'esatta regolazione della sostanza del rapporto. Ciò corrisponde alla duplicità insita nella situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, che si articola al suo interno nella pretesa all'adozione di un espresso atto amministrativo entro un dato termine e nella pretesa all'adozione dell'atto positivo richiesto. Infatti al fine di conoscere la fondatezza nel merito della pretesa del ricorrente occorre sempre un'esplicita domanda di parte, in applicazione dei principi processuali generali e ora ai sensi del combinato disposto dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 39 c.p.a., per cui i poteri cognitori del giudice sono delimitati dal ricorso.

Ma l'evenienza più frequente è quella per cui attraverso l'azione avverso il silenzio si chiede la valutazione della fondatezza della pretesa. Solitamente infatti il ricorso contro il silenzio esprime, da un lato, il "diritto a conoscere", ossia il diritto a una risposta negativa controllabile (*petitum* immediato), dall'altro, l'interesse al bene della vita non conseguibile se non in virtù di positive determinazioni del titolare del potere pubblico (*petitum* mediato), configurandosi una sorta di cumulo tra domande secondo un rapporto di continenza (25).

Nel caso in cui al privato interessi l'accertamento della sua pretesa sostanziale il principio della domanda si scontra anzitutto con le condizioni richieste dal codice al fine di ottenere "misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio", per utilizzare l'espressione impiegata dall'art. 34, co. 1, lett. c, nel trattacciare i possibili contenuti delle sentenze di merito.

Infatti, come sopra osservato, ai sensi dell'art. 31, co. 3, l'azione di adempimento è esperibile unicamente nel caso di richiesta di provvedimenti a presupposto vincolato oppure semivincolato. Ma il concreto campo di applicazione dell'azione così configurata è quasi inesistente.

Si consideri dapprima l'attività vincolata. Anzitutto, va rammentato che nel caso di procedimenti non discrezionali o a basso tasso di discrezionalità, che richiedono all'amministrazione la mera verifica del possesso di determinati requisiti in capo al richiedente, il legislatore è solito optare per il meccanismo del silenzio assenso o della s.c.i.a., anziché per l'adozione di un provvedimento espresso. Di conseguenza, è presumibile ritenere che le ipotesi in cui vale il silenzio inadempimento siano quelle maggiormente connotate da discrezionalità amministrativa. Ma se rari sono i casi in cui si richiede all'amministrazione un provvedimento espresso il cui rilascio è meramente condizionato dalla sussistenza di presupposti rigidi, altrettanto raramente il giudice sarà titolare del potere di valutare l'esistenza di siffatti presupposti (26).

Inoltre, se il provvedimento richiesto comporta l'esercizio di attività amministrativa vincolata, in cui ogni apprezzamento d'interesse è precluso all'amministrazione, il privato richiedente è titolare di un diritto soggettivo, come nel caso di una delle pochissime pronunce successive alla disciplina codicistica in cui è stata riconosciuta la fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio (27).

A questo punto però lo spazio concretamente riservato all'azione di adempimento avverso il silenzio diviene quasi inesistente, perché, salvo le eccezionali ipotesi di cognizione esclusiva del giudice amministrativo, i diritti soggettivi sono sempre devoluti alla giurisdizione ordinaria, ove, tra l'altro, è del tutto pacifico che il giudice "può decidere direttamente la questione, avvalendosi dei poteri istruttori che gli competono" (28).

Ma l'accertamento della fondatezza della pretesa non è limitato dal legislatore alla sola ipotesi d'attività amministrativa vincolata, potendo alternativamente venire in rilievo l'ipotesi d'attività amministrativa in relazione alla quale siano esauriti margini d'esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori riservati all'amministrazione.

Nell'ordinamento processuale tedesco, che con i suoi §§ 42 e 113, co. 5, VwGO ha costituito l'indubbio termine di riferimento per il nostro legislatore, si adopera l'espressione "questione matura per la decisione" quale condizione per l'insorgere del potere giudiziale all'adozione del provvedimento richiesto (29).

Tuttavia dalla scarna lettera della legge non risulta con chiarezza se la maturità della questione ai fini della decisione e quindi l'esaurimento dei margini di discrezionalità (presumibilmente tecnica) della pubblica amministrazione possa verificarsi solo in sede procedimentale oppure anche in sede processuale per effetto del giudizio in corso.

Gioca qui la tradizionale ritrosia del giudice amministrativo a compiere un autonomo accertamento dei fatti, a nominare un consulente tecnico d'ufficio, a invitare l'amministrazione ad esporre le eventuali non esplicitate ragioni ostative al rilascio del provvedimento richiesto dal ricorrente, a riesaminare il comportamento dell'amministrazione sotto il profilo dei motivi che hanno determinato il silenzio palesati dalla documentazione fornita dall'amministrazione stessa (30).

Sullo sfondo della problematica domina il limite del divieto di sostituzione all'amministrazione da parte del giudice, interpretato in maniera rigida dalla giurisprudenza stessa, al punto che anche nel caso di risultanze istruttorie già integralmente acquisite al procedimento amministrativo e preludio di un provvedimento favorevole l'esito della sentenza avverso il silenzio tende a risolversi nell'ordine all'amministrazione di provvedere sull'istanza richiesta, senza giungere a prefigurare oppure a ordinare il rilascio del provvedimento stesso (31).

Ma il confine invalicabile della riserva non deve essere preso a pretesto per rimuovere il fatto che esistono "segmenti di conoscenza" che non invadono la sfera riservata di attribuzioni dell'amministrazione, quali l'individuazione e

l'interpretazione delle norme giuridiche applicabili alla pretesa sostanziale del ricorrente oppure l'identificazione dello stato in cui il procedimento amministrativo è giunto, o, ancora, la verifica degli elementi fattuali della fattispecie (32).

5. In questo contesto problematico anche il rito speciale (o, meglio, l'interpretazione data al rito speciale) contribuisce a ostacolare l'adeguamento della struttura del processo alla sua funzione e quindi la soddisfazione del diritto del ricorrente a un reale rimedio.

Fin dal suo primo comparire, (art. 21*bis* della legge Tar, come introdotto dalla l. n. 205/2000) il rito speciale avverso il silenzio si configura come rito semplificato e accelerato il cui obiettivo è fornire una rapida pronuncia immediatamente esecutiva che, in caso di accoglimento del ricorso, obblighi l'amministrazione a provvedere sulla domanda originariamente proposta dal privato con possibilità di nomina di un commissario *ad acta* solo in caso di perdurante inadempienza. Quindi l'originario intento del legislatore era solo quello di indurre l'amministrazione a esprimersi sollecitamente sull'istanza del privato.

Ma tale rito elementare, inizialmente concepito in via esclusiva per un giudizio di mero accertamento dell'obbligo di provvedere, non è cambiato una volta che, a far data dalla novella del 2005 (art. 2, co. 5, della l. n. 241/90, come introdotto dal d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005), è stato espressamente riconosciuto anche il potere giudiziale di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa avanzata dal privato.

A questo punto è dato registrare un anomalo fenomeno di ribaltamento tra causa ed effetto, per cui mentre si è soliti affermare che il rito processuale è forgiato in base al bisogno di tutela richiesta (33), qui in realtà il rito processuale diviene in grado di condizionare la misura della tutela giurisdizionale, che si esaurisce esclusivamente in una sentenza dichiarativa dell'obbligo di provvedere che nulla dice o impone in ordine al contenuto del provvedimento da adottare.

Nelle argomentazioni giurisprudenziali l'esistenza di un rito speciale assurge a ragione giustificatrice del mancato sindacato sul merito della domanda, in virtù dell'equazione semplicità del rito/limitatezza della cognizione.

La giurisprudenza sostiene che un rito speciale camerale, connotato da particolare celerità e da concludersi con una sentenza in forma semplificata, impedisca di per sé un'istruttoria processuale. Il potere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa fatta valere è ritenuto espressamente “in contrasto ... con la natura semplificata del giudizio sul silenzio e della decisione che deve definirlo, e che deve essere succintamente motivata” (34). Si afferma che “rimane il fatto che il giudizio sul silenzio ha pur sempre carattere semplificato, sicché, ove siano necessari complessi accertamenti istruttori, il Giudice non può che limitarsi a verificare l'esistenza di un obbligo di provvedere” (35), non essendo le valutazioni tecniche surrogabili in sede giurisdizionale, “siccome corrispondenti ad attività procedurali (ad es., acquisizione di pareri o nulla osta da parte di organi all'uopo preposti ovvero instaurazione del contraddittorio con l'interessato) mai svolte dall'amministrazione” (36).

La dottrina più avvertita ha criticato questo monolitico orientamento, evidenziando che l'unica differenza sostanziale tra il rito speciale avverso il silenzio e il rito ordinario sta nella pubblicità e nella scansione temporale e non certo nell'ampiezza della cognizione. Nessun ostacolo deriverebbe dal rito all'accertamento completo della fondatezza della pretesa (37).

Nella bozza originale del c.p.a. è possibile cogliere un tentativo di porre freno al depotenziamento del giudizio attraverso l'utilizzo del rito, o, se si preferisce, è possibile cogliere la presa d'atto normativa che le resistenze pretorie all'accertamento completo della fondatezza della pretesa si appuntavano sull'esistenza di un rito speciale, che pertanto andava abbandonato. Infatti l'originario articolato codicistico prevedeva che nell'ipotesi in cui fosse stato chiesto l'accertamento della fondatezza della pretesa, il giudice aveva il potere di “disporre, anche su istanza di parte, la conversione del rito camerale in rito ordinario”; in tal caso egli avrebbe dovuto fissare l'udienza pubblica per la discussione del ricorso. Si precisava poi la conversione del rito era facoltativa ed era rimessa alla valutazione del giudice; infatti, ove la fondatezza della pretesa fosse stata insussistente, sarebbe stato superfluo convertire il rito.

Ma la versione definitiva del codice non contempla più questa ipotesi di conversione facoltativa in rito ordinario che avrebbe eliminato un'ostacolo alla soddisfazione della pretesa fatta valere in giudizio, avendo così perso l'occasione



di adeguare alla sostanza del processo la forma del medesimo, come risultante dalla restrittiva interpretazione giurisprudenziale.

In più il codice, nel regolamentare il rito speciale avverso il silenzio, risulta meno analitico rispetto al suo precedente e cioè all'art. 21*bis* della legge Tar. Dal combinato disposto dell'art. 87, che regola in generale i procedimenti in camera di consiglio, e dell'art. 117, emerge una disciplina eccessivamente concisa, che si limita solamente a prevedere il dimezzamento dei termini processuali, tranne di quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti; la fissazione d'ufficio della camera di consiglio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato, con la possibilità di sentire i difensori che ne fanno richiesta; la decisione con sentenza in forma semplificata. L'omissione più vistosa riguarda il profilo probatorio, espressamente previsto dalla pregressa disciplina, la quale contemplava l'ipotesi che il collegio avesse disposto un'istruttoria, con la conseguenza che il ricorso fosse deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori (art. 21*bis*, co. 1, legge Tar).

Attualmente invece manca nel rito contro il silenzio la previsione di un'istruttoria di approfondimento probatorio, necessaria laddove la pronuncia non si voglia ridurre al mero accertamento dell'inadempimento all'obbligo di provvedere. Se ne ricava l'impressione che il rito speciale venga sempre più scarnificato dal legislatore, allo scopo di garantire sì una tutela immediata, ma non piena della pretesa fatta valere.

L'idea che l'accertamento della pretesa mal si concili con un rito speciale emerge altresì dalla disciplina del cumulo dell'azione avverso il silenzio con l'azione di risarcimento, cumulo ora ammesso in via normativa, venendosi così a superare le preesistenti resistenze giurisprudenziali. Ai sensi dell'art. 117, co. 6, c.p.a., nel caso in cui l'azione di risarcimento del danno da ritardo sia proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio il giudice ha il potere di definire con il rito speciale quest'ultima e fissare l'udienza pubblica per la trattazione con rito ordinario dell'azione risarcitoria. Questo perché, per usare le parole della giurisprudenza, il rito speciale sul silenzio è concepito come “tendenzialmente incompatibile” con le controversie che hanno un oggetto diverso rispetto alla statuizione in merito all'accertamento dell'inadempimento dell'amministrazione (38).

Oltretutto questa tendenziale incompatibilità risulta per il ricorrente penalizzante anche sotto il profilo della tutela risarcitoria. Come è noto, la giurisprudenza maggioritaria è restia a riconoscere il danno da mero ritardo nel provvedere e limita il risarcimento alle ipotesi in cui, oltre all'elemento soggettivo del dolo o della colpa e alla prova del pregiudizio subito, l'interessato dimostri la fondatezza della pretesa sostanziale (39). Siffatto orientamento unito alla non obbligatorietà della trattazione della questione risarcitoria nelle forme ordinarie conduce la giurisprudenza a negare il risarcimento proprio in ragione del rito speciale, inteso come impeditivo di una cognizione completa della fattispecie: “osta all'accoglimento della domanda risarcitoria il fatto che occorre ancora esperire una fase istruttoria più o meno complessa demandata ad un accertamento autonomo e distinto della p.a., senza potersi escludere *in toto* l'emersione di elementi suscettibili di apprezzamento discrezionale” (40).

Sicuramente più garantista per il privato è l'attuale disciplina codicistica di un diverso tipo di cumulo, quello tra azione avverso il silenzio e azione d'annullamento del provvedimento sopravvenuto. In passato, nel silenzio del legislatore, la giurisprudenza maggioritaria sosteneva che l'atto amministrativo emanato in pendenza del giudizio avverso il silenzio determinasse la cessazione della materia del contendere, mentre proprio in ragione della specialità del rito processuale non era reputato utilizzabile l'istituto dei motivi aggiunti, dovendo così il privato intraprendere un nuovo distinto giudizio al fine di domandare l'annullamento dell'atto sopravvenuto.

In questa visione dominava ancora l'idea della tutela giurisdizionale garantita solo e unicamente nel caso di attività provvedimentale, nonché l'idea della specialità del rito intesa come limite alla tutela elargita. Emblematiche a tal proposito, da un lato, l'affermazione contenuta in una pronuncia che, nel ritenere inammissibile l'impugnativa tramite motivi aggiunti di un provvedimento di cui era stata acquisita la conoscenza in pendenza del ricorso avverso il silenzio, precisava che nel giudizio contro il silenzio, “mancando il provvedimento, non si è ancora prodotta una vera lesione di posizioni soggettive” (41); dall'altro, la frequente invocazione del rito speciale, nettamente differenziato dal rito ordinario, come tale inconciliabile con una definizione di merito della controversia (42).

Ora invece l'art. 117, co. 5, c.p.a., stabilisce che se nel corso del giudizio

sopravviene il provvedimento espresso, oppure un atto connesso con l'oggetto della controversia, esso è impugnabile anche con i motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il provvedimento espresso e l'intero giudizio prosegue con tale rito. Con la conversione obbligatoria del rito speciale in rito ordinario nel caso di atto tardivo si vengono a valorizzare le esigenze alla base del *simultaneous process* e una corretta concezione dei rapporti tra procedimento e processo.

Tuttavia, nel caso in cui il provvedimento sopravvenuto sia ritenuto illegittimo per motivi diversi dalla sua tardività si ritiene che il privato debba comunque proporre contro di esso una nuova impugnazione, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui sia stata contestata la decisione dell'amministrazione, a fronte dello smarrimento della pratica, di rinnovare il procedimento (43).

Si ripropone, ancora una volta, una relazione falsata tra processo e procedimento, con il primo reso inutile dal fatto che il secondo non si esaurisce mai.

6. La dialettica irrisolta tra potere amministrativo e potere giurisdizionale affiora nuovamente con riferimento alla figura del commissario *ad acta*, venendosi così a chiudere il cerchio della prevalenza del potere amministrativo rispetto al potere giudiziale di soddisfazione della pretesa sostanziale.

L'art. 117, co. 3, c.p.a. si limita a stabilire che il giudice nomina, ove occorra, un commissario *ad acta* "con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata". Consentendo la nomina del commissario *ad acta* in via contestuale all'ordine di provvedere e venendo così a configurare la fase esecutiva come un momento interno dell'unitario giudizio avverso il silenzio, si supera la precedente normativa (art. 21*bis*, co. 2, legge Tar) e si recepisce l'indirizzo giurisprudenziale favorevole a rimuovere la distinzione tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza (44); del resto, è quest'ultima una distinzione abbandonata anche in via generale, dal momento che il c.p.a. ha previsto per tutti i giudizi di cognizione la possibilità di una nomina immediata di un commissario *ad acta*, con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza (art. 34, co. 1, lett. e).

Tuttavia questa garanzia temporale per il privato si ridimensiona leggendo la giurisprudenza in materia: spesso il commissario è nominato nella sentenza

dichiarativa dell'obbligo di pronunciarsi, ma il suo intervento è previsto solo nell'ipotesi di ulteriore inadempienza dell'amministrazione all'obbligo di provvedere entro il nuovo termine fissato dalla sentenza stessa (45); oppure il giudice si limita a dichiarare l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione e a ordinare alla stessa di provvedere entro un dato termine e solo successivamente, stante il perdurante silenzio amministrativo, provvede ad accogliere la domanda di nomina di un commissario che adotti l'atto e che, preliminarmente all'emanazione del medesimo, dovrà accertare se anteriormente alla data dell'insediamento l'amministrazione abbia nel frattempo provveduto, astenendosi in tal caso dall'adozione di ogni provvedimento (46); altre volte ancora si ha una prima pronuncia dichiarativa dell'illegittimità del silenzio tenuto dall'amministrazione, una mancata esecuzione da parte dell'amministrazione dell'ordine di provvedere contenuto nella sentenza passata in giudicato, una successiva sentenza "esecutiva del silenzio accertato giudizialmente", la quale però si limita a dichiarare nuovamente l'obbligo di provvedere e a statuire che, solo decorso inutilmente il termine ivi prescritto per l'adempimento, sarà il commissario nominato con la sentenza medesima a provvedere (47); talvolta poi il commissario resta a sua volta inerte, "data l'impossibilità di provvedere a causa del mancato apporto collaborativo dell'amministrazione" (48).

Inoltre nel codice il rapporto tra potere giudiziale e potere commissariale non è tracciato in maniera chiara. Dalla lettera dell'art. 117 (che è del tutto scollegata dall'art. 31, contemplante le tipologie di azioni esperibili) non è dato comprendere se la possibilità di nomina del commissario si innesti nel solo giudizio che ordina all'amministrazione di provvedere oppure anche nel giudizio di condanna all'emanazione del provvedimento; in questo secondo caso il risultato tipico ottenibile dalla sentenza sarebbe sempre la sostituzione di un'amministrazione rimasta inadempiente con altra amministrazione, sia pure *sui generis*, mentre il giudice pronuncerebbe unicamente una sentenza dichiarativa, anche nel caso di decisione sulla pretesa sostanziale, affidata unicamente al commissario.

A questo quesito la dottrina ha risposto che "nel caso del silenzio il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, ma deve sempre procedere alla nomina del commissario" e pertanto questa nomina non è in alternativa a un intervento diretto del giudice, che mai potrebbe ingerirsi nell'attività amministrativa (49).

In questa logica una pronuncia direttamente del giudice sulla fondatezza della pretesa dovrebbe aversi in casi del tutto limitati, ossia nelle sole ipotesi di domanda del privato manifestamente infondata, perché in questo caso sarebbe diseconomico obbligare l'amministrazione a provvedere se l'atto espresso è necessariamente di rigetto (50). Tuttavia anche quest'esito processuale necessitato mal si concilia con le innovazioni sostanziali introdotte dalla legge n. 190/2012, la quale ha previsto che nel caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda le pubbliche amministrazioni concludano il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata (nuova versione dell'art. 2, co. 1, legge n. 241/90); in tal maniera la pronuncia giudiziale di fondatezza della pretesa diviene un guscio pressoché vuoto.

A svuotare di contenuto la tutela giurisdizionale vi è poi un ulteriore *self restraint* pretorio, eccentrico rispetto a quanto ormai tradizionalmente avviene nell'ordinario processo impugnatorio, il cui giudicato è caratterizzato da un ampio effetto conformativo a garanzia del privato. In quanto la sentenza avverso il silenzio si limita ad accertare il semplice fatto del mancato adempimento dell'obbligo di provvedere, il commissario si trova nella condizione di dovere emettere il provvedimento richiesto senza alcuna indicazione, senza alcuna direttiva, senza alcun paletto emergente dalla sentenza, dovendo dunque egli stesso valutare il merito della questione e venendo a disporre di piena autonomia decisoria.

Ben diverso è ciò che accade nell'ordinamento tedesco, in cui il giudice, quando considera la questione non matura per la decisione, venendo in rilievo profili di discrezionalità in senso lato, indica sempre i principi cui dovrà conformarsi l'amministrazione inadempiente, per cui i motivi della decisione integrano in misura rafforzata il suo dispositivo, con una portata conformativa potenziata (51).

L'assenza di qualsivoglia contenuto conformativo della sentenza avverso il silenzio genera gravi problemi di rallentamento nella tutela offerta e ancora una volta un ruolo non secondario è svolto dalla stratificazione di modelli processuali avverso il silenzio. Infatti la prima norma che espressamente prevedeva un commissario *ad acta* nel giudizio contro il silenzio consentiva al giudice solo di emettere un generico ordine di provvedere (art. 21*bis* della legge Tar) e anche adesso, presumibilmente per un fenomeno di vischiosità, rafforzato dal potente

condizionamento esercitato dalla sentenza n. 1/2002 dell'Adunanza plenaria, la sentenza non viene caricata di quell'effetto conformativo necessario per vincolare la successiva attività di esercizio del potere.

In questa maniera, però, non è affatto garantita la funzione del processo di assicurare la soddisfazione dell'interesse fatto valere dal ricorrente, perché specialmente nel giudizio avverso il silenzio dovrebbe essere valorizzato quel carattere che contraddistingue tutti i giudizi di cognizione davanti al giudice amministrativo, ossia, come è stato efficacemente detto, il fatto che il processo amministrativo guarda non solo al passato ma anche al futuro (52).

Ma se l'effetto conformativo della sentenza avverso il silenzio è pressoché nullo, limitandosi alla mera necessità di provvedere, l'attività richiesta al commissario risulta di tipo sostitutivo pieno, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione giudiziale se non per quanto attiene all'accertamento dell'obbligo di provvedere. Ne consegue che il commissario andrebbe assimilato non già all'ausiliario del giudice nominato per dare esecuzione a una sentenza, come avviene in sede di ottemperanza, quanto semmai a un organo straordinario dell'amministrazione rimasta inerte (53).

La logica è quella propria della sostituzione in via amministrativa più che quella del giudizio di ottemperanza. Anche in sede processuale si opta per il modello, ora generalizzato dalle sopra viste modifiche alla legge n. 241/90, del commissario nominato a rimedio dell'inerzia dell'amministrazione, chiamato a non tanto a dare esecuzione a un precedente *dictum*, quanto piuttosto a provvedere del tutto autonomamente, con l'unica differenza che nel caso di specie la nomina è di tipo giudiziale (54).

Il codice tace poi su un altro punto nevralgico, per quanto esso sia necessario per disciplinare la successione cronologica di poteri tra amministrazione inerte e commissario. Mentre infatti l'art. 21*bis*, co. 3, della legge Tar, disponeva che il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, doveva accertare se anteriormente alla data del suo insediamento l'amministrazione avesse provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato alla medesima dal giudice amministrativo, il c.p.a. non riprende questa disposizione pregressa, con la conseguenza che sono state espresse posizioni

antitetiche sul punto.

Tuttavia, sia che si acceda all'interpretazione favorevole a mantenere il potere in capo all'amministrazione inadempiente anche a seguito dell'insediamento del commissario (55), sia che si preferisca ritenere che l'amministrazione ordinaria decada dal potere almeno a partire dall'insediamento del commissario (56), vi è comunque un momento temporale in cui la tutela attivata tramite ricorso avverso il silenzio perde qualsiasi significato. Infatti se l'amministrazione provvede dopo la nomina del commissario ma prima del suo insediamento, il privato si trova nelle condizioni di instaurare un nuovo giudizio, questa volta d'impugnazione del provvedimento intervenuto, quasi che la tutela giurisdizionale offerta a privato si risolva beffardamente in una sorta di costante proroga giurisdizionale del termine di conclusione del procedimento amministrativo, o altrimenti, come incisivamente detto, come una indebita rimessione in termini per la parte resistente (57).

Infine, costretto a instaurare un nuovo giudizio si trova altresì il privato che, a seguito dell'emanazione ad opera del commissario del provvedimento richiesto, subisca la mancata doverosa esecuzione materiale del medesimo, come nel caso di un ordine di demolizione di un abuso edilizio e della demolizione coattiva dello stesso. La giurisprudenza ha giustamente affermato che per verificare se l'esecuzione dell'atto commissariale rientri nella competenza del medesimo commissario straordinario ovvero in quella degli organi ordinari, è decisivo l'esame della decisione del giudice amministrativo di nomina del commissario, che ne determina i relativi poteri.

Ma dal momento che il giudice del silenzio si limita sempre unicamente ad accertare l'inadempienza amministrativa, ne discende che il commissario esaurisce i propri compiti con l'emanazione del provvedimento, non rientrando anche l'attività di esecuzione dell'atto nell'ambito dei poteri del commissario, e la successiva sua mancata esecuzione è riferibile unicamente agli organi ordinari dell'amministrazione, per cui "la relativa inerzia è riferibile al mancato esercizio della funzione amministrativa (di esecuzione del provvedimento autoritativo già emesso) e può essere contestata, a sua volta, con un ulteriore giudizio" (58).

In conclusione il quadro tracciato mostra l'estrema difficoltà di concepire un'adeguata e soddisfacente tutela giurisdizionale contro il silenzio. L'attuale

giudizio ha per oggetto il mero accertamento dell'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione e solo in ipotesi di scuola anche l'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, segue un rito all'insegna della celerità, ma non della pienezza della tutela, non assolve affatto la sua funzione di garanzia della situazione giuridica soggettiva violata, bensì tende a ottenere una determinazione espressa dell'amministrazione a prescindere dal suo contenuto, risultando così ancora asservito a una logica di supremazia dell'amministrazione, che ha una sua sicura ragion d'essere sul piano sostanziale, ma che è priva di giustificazione alcuna sul piano processuale. La tutela nei confronti del silenzio è quindi la manifestazione più vistosa della drammaticità della dialettica tra amministrazione e giudice, nonché della difficoltà di configurare una struttura del processo congeniale alla funzione del medesimo, almeno fino a che anche nel processo dominerà l'ottica del potere amministrativo non altrimenti surrogabile e non invece la soddisfazione dell'interesse fatto valere dal ricorrente.

**ABSTRACT:** Lo scritto esamina l'attuale configurazione della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto, che riflette tutte le ambiguità insite nella dialettica tra pubblica amministrazione e giudice amministrativo e, ancor prima, tra diritto sostanziale e diritto processuale. La complessiva disciplina è all'insegna di una mancata chiara cesura tra procedimento e processo amministrativo, in quanto il primo non s'esaurisce mai ed è in grado di sovrapporsi al secondo, doppiandolo e rendendolo inutile. La critica alla struttura del processo avverso il silenzio è intesa in maniera ampia, come tale comprensiva del rito speciale introdotto. Infatti il rito processuale e l'interpretazione del medesimo fatta dalla giurisprudenza arrivano a condizionare la misura della tutela giurisdizionale, assurgendo a ragione giustificatrice del mancato sindacato sul merito della domanda.

**Note:**

(\*) Saggio destinato agli scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani.

(1) In questo senso cfr. già F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 32 ss., 89 ss., e, ancor prima, S. Cassese, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, 30 ss.; sul dibattito in ordine alla sussistenza in capo all'amministrazione pubblica di un "obbligo" o di un "dovere" di provvedere si rinvia, da ultimo, ad A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*,



tempo e garanzie giurisdizionali, in L. R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 15 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss., 126 ss. e all'ampia bibliografia ivi citata.

(2) Sulla pluralità di situazioni soggettive in capo al soggetto che presenta un'istanza all'amministrazione cfr. A. Romano Tassone, voce *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 1998, 984 ss., secondo cui "il diritto ... di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti" costituisce "non già (o meglio non soltanto) situazione strumentale alla soddisfazione di un interesse materiale che viene quindi protetto sub specie di interesse legittimo, ma appunto diritto in sé e per sé"; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in questa *Rivista*, 2002, 239 ss.; M. Renna e F. Figorilli, Art. 2, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 107 ss., spec. 125 ss.; sicuramente, come osserva M. Renna, Art. 2 bis, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice*, cit., 135 ss., 136, è soprattutto la previsione normativa di un risarcimento del danno da ritardo dell'azione amministrativa a consolidare la configurabilità della pretesa all'osservanza del termine del procedimento quale vero e proprio diritto soggettivo. Sulle pretese procedurali come diritti fondamentali cfr., da ultimo, L.R. Perfetti, *Pretese procedurali come diritti fondamentali*. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, in questa *Rivista*, 2012, 850 ss.

(3) Sui termini del vivace dibattito tra azione in senso astratto e in senso concreto, che ha interessato essenzialmente gli studiosi del processo civile, dal momento che il processo amministrativo sconta la difficoltà d'inquadramento della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 20, 2009, 121 ss., spec. 123 ss., e, se si vuole, M. Ramajoli, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Bologna, 2011, 575-576.

(4) Sul carattere secondario della tutela per equivalente cfr., se si vuole, M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, 2010, 121 ss.; circa la consistenza dell'onere probatorio che incombe sulla parte che propone domanda di risarcimento del danno da

ritardo, nonché in ordine alla natura giuridica e agli elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione cfr., da ultimo, per particolare chiarezza, Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405, nonché TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 novembre 2013, n. 2560.

(5) Sul punto cfr. M.A. Sandulli, Le novità in tema di silenzio, in *Il libro dell'anno del diritto* 2013, Roma, 2013, 4 ss.

(6) Cfr., per tutti, E. Sticchi Damiani, Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 3329 ss.

(7) Sull'intervento sostitutivo tra organi dello stesso ente o tra organi di enti differenti in ragione dell'inosservanza dei termini procedurali cfr. M. Bombardelli (a cura di), *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 6 ss.; G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013, 23 ss., 74 ss.; in particolare, nel caso dell'amministrazione statale il potere sostitutivo era stato previsto in capo al direttore generale dell'unità responsabile del procedimento oppure del Ministro competente qualora il provvedimento da emanare fosse stato di competenza del direttore generale (art. 3ter, d.l. 12 maggio 1995, n. 163, conv. in l. 11 luglio 1995, n. 273). Tuttavia, a seguito del nuovo assetto dei rapporti tra organi politici e organi dirigenziali, è stato escluso il potere sostitutivo ministeriale, per cui ora, ai sensi del nuovo testo dell'art. 14, co. 3, del d.lgs. 2001, n. 165, in caso di inerzia il Ministro "può nominare, salvi i casi di urgenza previa contestazione, un commissario ad acta". Come osserva M. Clarich, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 691 ss., la nuova versione dell'art. 2 della legge n. 241 (così come risultante dall'art. 1, co. 1, del d.l. n. 5/2012, come modificato dalla l. n. 35/2012, nonché dall'art. 13, co. 1, del d.l. n. 83/2012, nel testo integrato dalla l. n. 134/2012), nell'obbligare le amministrazioni a individuare il soggetto al quale attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia, è in realtà una specificazione del potere che spetta comunque ai dirigenti generali ex art. 16, co. 1, lett. e, del d.l. n. 165/2001, che attribuisce loro il potere di dirigere, coordinare e controllare l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti "anche con potere sostitutivo in caso di inerzia", nonché del principio di cui al già menzionato art. 3ter del medesimo decreto legge. Non costituisce una novità neppure la considerazione del silenzio ai fini della responsabilità dirigenziale (cfr. art. 20 d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 6 d.lgs. n. 470/1993; art. 3ter, d.l. n. 163/1995, conv. in l. n. 273/1995; sul punto cfr. A. Travi, *Commento all'art. 2 della legge n. 241/1990*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 9 ss.), anche se va dato atto che queste complessive "misure

per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni” non hanno finora raggiunto i risultati agognati. Sugli interventi sostitutivi da parte di soggetti diversi da quello precedente e sulle “variegate reazioni di carattere sanzionatorio” si veda anche M. Lipari, I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini, in *Dir. amm.*, 2003, 291 ss., spec. 334 ss.

(8) Sui tanti profili problematici che la suddetta disciplina pone cfr., oltre al già menzionato M. Clarich, *La certezza*, cit., 691 ss., 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.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, 2013, 207 ss.; L. Bertonazzi, Il giudizio sul silenzio, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 905 ss., 930, nt. 70, che evidenzia come non sia pacifico cosa accada qualora il privato ricorra avverso il silenzio e, in pendenza del relativo giudizio, si rivolga al titolare del potere sostitutivo, oppure immediatamente si rivolga al titolare del potere sostitutivo e poi, in pendenza del termine che costui ha a disposizione per provvedere, proponga ricorso al Tar, essendo scaduto invano l'originario termine per provvedere.

(9) Sul fatto che il passaggio della giurisdizione amministrativa da giurisdizione oggettiva sulla legalità a giurisdizione veramente soggettiva non si sia mai realmente compiuto cfr., per tutti, G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in questa *Rivista*, 2001, 287 ss., spec. 295 ss.

(10) Sul “fatto costitutivo” dell'interesse legittimo e sulle conseguenze in termini di oggetto del processo si rinvia a L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in questa *Rivista*, 2013, 617 ss., spec. 641 ss., e all'ampia bibliografia ivi riportata.

(11) Cfr. il sempre attuale F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 167 ss., 322 ss.

(12) Così Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amm.*, 1996, 1869 ss., seguita da una giurisprudenza costante, anche di rango costituzionale (Corte cost., 17 luglio 2002, n. 355). Critici sul punto, sia pure con accenti diversi, M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 19 ss.; B. Tonoletti, voce *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, 1999, 156 ss., spec. 167 ss.; L. Ferrara, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio-inadempimento con attenzione alla Saumnisbeschwerde austriaca*, in *La*

tutela dell'interesse al provvedimento, a cura di G. Falcon, Trento, 2001, 73 ss.; 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 questa Rivista, 2004, 571 ss.; A. Colavecchio, L'obbligo, cit., 222 ss.

(13) A. Romano, Note in tema di decadenza, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, 171 ss., 190-191, 227. Ad aggravare il quadro vi è il fatto che, mentre il termine fissato per provvedere è considerato meramente ordinatorio, l'esercizio dell'azione avverso il silenzio dell'amministrazione soggiace a un termine annuale (art. 31, co. 2, c.p.a.), per cui la giurisprudenza considera irricevibile il ricorso proposto oltre il termine e ritiene che tale conclusione in rito non possa essere evitata dalla proposizione di una diffida a provvedere. « Consentire, infatti, che detto termine possa essere procrastinato indefinitamente con la presentazione di diffide sarebbe contrario sia al dato letterale della disposizione, sia alla sua ratio che è quella di fissare un termine ultimo per la proposizione del ricorso in applicazione del principio della certezza del diritto »; così TAR Campania, Sez. VI, 2 gennaio 2013, n. 18; 14 dicembre 2011, n. 5801; 13 luglio 2011, n. 3770; 19 gennaio 2011, n. 361; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 novembre 2009, n. 11563. Cfr. altresì C.g.a.r.S., 12 agosto 2010, n. 1099, secondo cui deve essere riconosciuta natura decadenziale al termine annuale, “non suscettibile di interruzioni, per effetto di successive diffide o atti integrativi di provenienza dell'interessato”. Scaduto il termine annuale, il privato può unicamente sollecitare di nuovo l'esercizio del potere amministrativo, con una nuova istanza e, in caso di prolungata inerzia, ricorrere avverso il silenzio (art. 31, co. 2, c.p.a.); in tema cfr. M. Occhiena e F. Fracchia, Art. 31, in Codice del processo amministrativo, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, I, 519 ss., 525.

(14) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2013, n. 4980, per cui l'obbligo di rispettare i termini di conclusione del procedimento rileva “sul piano dei comportamenti, fonte di responsabilità nel caso di violazione, ma giammai (è) requisito di validità degli atti”.

(15) Per evitare che il procedimento amministrativo tardivamente svolto continui a paralizzare e a interferire con il processo è stato sostenuto che, una volta instaurato il giudizio contro il silenzio, la situazione potestativa dell'amministrazione debba essere “formalmente esercitata non più nel procedimento amministrativo, ma nel processo giurisdizionale”, in modo che “l'accertamento dei fatti rilevanti per la produzione degli effetti giuridici, pur nei limiti del giudizio di legittimità, avvenga nel processo di cognizione, in contraddittorio fra le parti, secondo le regole del

principio dispositivo” (B. Tonoletti, voce Silenzio, cit., 171-172). La supremazia della pubblica amministrazione come parte processuale e l'opacità tra procedimento e processo si colgono altresì in una vicenda sotto certi profili simile a quella del silenzio e cioè nella motivazione postuma del provvedimento amministrativo impugnato, che ha alla base la medesima idea di inesauribilità del procedimento amministrativo. Sul punto cfr. L. Ferrara, Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 1193 ss.

(16) Per quanto riguarda la tematica dei ricorsi gerarchici cfr., per tutti, M. Nigro, La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi, in *Foro it.*, 1963, 49 ss.; sulla disciplina francese si rinvia a B. Veronelli, La nuova disciplina del silenzio in Francia, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 554 ss., mentre su quella austriaca a L. Ferrara, Prime riflessioni, 72-82, ss.; C. Fraenkel-Haeberle, Il silenzio dell'amministrazione: echi d'oltralpe, in questa *Rivista*, 2010, 1046 ss., 1049 ss.

(17) Così, efficacemente, F.G. Scoca, Il silenzio, cit., 293-294; cfr. in tal senso, per chiarezza, Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 1957, n. 87, in *Cons. Stato*, 1957, 359. La costruzione del silenzio dell'amministrazione a seguito di una istanza come atto tacito negativo si fondava sulla lettura come “principio generale di diritto amministrativo” dell'art. 5 della legge com. prov. del 1934, in base al quale il silenzio mantenuto per un certo tempo dall'autorità investita della disciplina del ricorso gerarchico equivaleva a rigetto del ricorso; sul punto A. Amorth, Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione, in *Foro it.*, 1949, I, 147, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, III, 1257 ss., spec. 1262 ss.; a sua volta la tesi favorevole a configurare nell'ambito dei ricorsi gerarchici come atto negativo di rifiuto il silenzio nasce, prima che in via normativa, in via giurisprudenziale con la nota pronuncia del Cons. Stato, Sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429, in *Giur. it.*, 1902, III, 343.

(18) Sul punto, ampiamente, B. Tonoletti, voce Silenzio, cit., spec. 160 ss.; nonché in tema le acute considerazioni di E. Sticchi Damiani, Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale, in questa *Rivista*, 2010, 1 ss., spec. 9-22. Sempre a fini di effettività della tutela giurisdizionale ha suggerito la tesi che, decorso il termine ordinatorio per intervenire sulla s.c.i.a., si formasse il silenzio-diniego (e non il silenzio inadempimento così come modernamente interpretato) sull'esercizio dei poteri inibitori e ripristinatori, con le ulteriori conseguenze in ordine al relativo giudizio, G. Greco, La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso e il silenzio

inadempimento non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?, *ivi*, 2011, 359 ss.

(19) Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 1958, n. 921, in Cons. Stato, 1958, I, 1527.

(20) Così la relazione di accompagnamento dello schema di legge generale sulla pubblica amministrazione predisposto dalla Commissione per la riforma dell'amministrazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la c.d. Commissione Forti (1948), in *La procedura amministrativa*, a cura di G. Pastori, Vicenza, 1964, 574-575.

(21) Su questa decisione (Cons. Stato, Ad. plen., 3 maggio 1960, n. 8, in *Giur. it.*, 1960, III, 257 ss., con nota di E. Guicciardi, Silenzio e pronuncia sullo stesso ricorso gerarchico, che però si riferiva alla diversa ipotesi del silenzio rigetto in sede di ricorso gerarchico) e sulla giurisprudenza successiva cfr. B. Tonoletti, voce *Silenzio*, cit., 162.

(22) Secondo una traiettoria che parte da Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/1960, cit., passa attraverso Cons. Stato, Ad. plen., 10 marzo 1978, n. 10, in Cons. Stato, 1978, I, 335 ss., giunge all'art. 2 della legge n. 241/90, all'art. 2 della legge n. 205 del 2000, che inserì l'art. 21bis nel corpo della legge Tar, continua con Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in questa *Rivista*, 2002, 932 ss., con nota di F. Giglioni, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, *ivi*, 2002, 936 ss., con le modifiche apportate all'art. 2 della legge n. 241/90 dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, per arrivare agli artt. 31 e 117 c.p.a., anche alla luce delle modifiche operate dal secondo correttivo al codice.

(23) Oppure contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego. Il secondo correttivo al codice viene così a eliminare l'evidente e criticabile asimmetria tra l'azione di annullamento del diniego espresso e l'azione avverso il silenzio, per cui solo la seconda poteva assumere le sembianze di un'azione di adempimento, consentendo di conseguire un risultato maggiore rispetto a quello ottenibile in un ordinario giudizio di legittimità. Sul punto cfr. R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 227-228. Attualmente quindi l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, e cioè l'azione di adempimento, è esperibile dal privato indipendentemente dal fatto che questi sia stato leso dall'inerzia dell'amministrazione o da un provvedimento di diniego e in quest'ultima ipotesi la controversia verterà non tanto sull'illegittimità dell'atto di diniego quanto, come nel caso del silenzio, sul rifiuto dell'atto richiesto. Sull'originaria previsione e sulla successiva eliminazione dell'azione di adempimento nel testo definitivo del c.p.a. cfr., per tutti, F. Merusi, *In viaggio con Laband*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); sulle

modifiche apportate dal secondo correttivo al codice cfr. A. Carbone, L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo), ivi.

(24) E. Cannada Bartoli, Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda, in *Foro amm.*, 1993, 310; sulla necessità non di una pronuncia qualsiasi, bensì di una pronuncia di contenuto positivo, relativa a un provvedimento soddisfacente della pretesa fatta valere in giudizio, cfr. anche G. Greco, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, 1981, Milano, 23 ss.; Id., Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo, in questa Rivista, 1992, 481 ss.; M. Clarich, Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, ivi, 2005, 557 ss.

(25) B. Sassani, Silenzio ed esecuzione della sentenza nella riforma del processo amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 415.

(26) Così E. Sticchi Damiani, Il giudice del silenzio, cit., spec. 6 ss., ma cfr. altresì, sempre del medesimo Autore, L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3365 ss.

(27) TAR Roma, Sez. I, 4 dicembre 2013, n. 10462, che ha ammesso in sovrannumero il ricorrente a un corso di formazione specialistica in medicina. Sul binomio attività vincolata-diritto soggettivo cfr., per tutti, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 62 ss.

(28) Così, riconoscendo fondato il motivo d'appello di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1116, in materia di rapporto di lavoro privatizzato.

(29) M. Clarich, L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali, in questa Rivista, 1985, 66 ss.; Id., Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, ivi, 2005, 557 ss.; C. Fraenkel-Haeberle, Il silenzio, cit., 1054 ss.

(30) Del resto, lo stesso legislatore non si preoccupa affatto di precisare quali siano gli adempimenti istruttori riservati all'amministrazione e quali siano invece le circostanze di fatto verificabili direttamente dal giudice. Mentre il testo del codice elaborato dalla Commissione di tecnici disponeva espressamente che nel caso di richiesta di condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento "le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa" (art. 42 della bozza originaria), il testo finale tace del tutto, non precisando quali siano i poteri istruttori che competono al giudice al fine di decidere direttamente la questione.

(31) Rappresentativa del self restraint giudiziale è TAR Lazio, Roma, Sez. I-ter, 12 maggio 2010, n. 10900, in materia di rilascio di licenza di porto di fucile per uso di caccia, avendosi già ottenuto esito positivo quanto ad accertamenti medico tossicologici ed emissione di un giudizio di idoneità medico-legale.

(32) In tal senso F.G. Scoca, *Il silenzio*, cit., spec. nt. 41; B. Tonoletti, voce *Silenzio*, cit., spec. 171 ss.; A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 242 ss.; sottolineano che l'art. 31 c.p.a., se letteralmente interpretato, finisce con "il rendere impossibile" il potere giudiziario di apprezzamento della fondatezza della pretesa M. Occhiena e F. Fracchia, *Art. 31*, cit., 527-528. Risponde alla medesima logica restrittiva la giurisprudenza che non consente di adire il giudice per censurare l'inerzia regolamentare, su cui cfr. M. Sica, *La tutela giurisdizionale contro l'inerzia regolamentare della p.a.*, in *Studi in onore di Albero Romano*, Napoli, 2011, III, 1583 ss.

(33) Cfr., per tutti, A. Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 538 ss.; S. Menchini, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in questa Rivista, 1999, 921 ss.

(34) Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5843. Capostipite dell'orientamento giurisprudenziale per cui la configurazione di un modello processuale caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità è congrua se il giudizio si incentra sul silenzio, non anche se il giudice dovesse estendere la propria cognizione ad altri profili è Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2002, cit.

(35) TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 1 aprile 2008, n. 2727.

(36) TAR Napoli, Sez. VIII, 11 giugno 2009, n. 3207.

(37) Cfr. G. Greco, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in questa Rivista, 2002, 1 ss., 8 ss.; F. Giglioni, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, cit., 968, e, più in generale, A. Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., 538; L.R. Perfetti, *Art. 26 legge Tar*, in A. Romano e R. Villata (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, III ed., 844 ss., 886-895. In effetti "un rito accelerato e semplificato, con minori garanzie di contraddittorio si giustifica proprio per il fatto che non si decideva sulla fondatezza della pretesa; nel momento in cui si riconosce al giudice il potere di decidere anche su quest'ultima, occorre coerentemente modificare anche il rito di rito" (M.A. Sandulli, *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)); sull'istituto della



sentenza in forma semplificata cfr., per tutti, E. Sticchi Damiani, La sentenza in forma semplificata, in Foro amm.-C.d.S., 2008, 2857 ss.

(38) Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2012, n. 3847. Sull'opportunità che il giudice, "all'atto di convertire il rito, fissi immediatamente l'udienza pubblica di trattazione, da celebrarsi entro un termine prestabilito", al fine di evitare lungaggini nel giudizio N. Paolantonio, I riti speciali, in Giustizia amministrativa, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2013, 516. Sulle pregresse resistenze giurisprudenziali ad ammettere l'azione risarcitoria nell'ambito del giudizio nei confronti del silenzio rifiuto cfr., per chiarezza, TAR Napoli, Sez. VII, 9 febbraio 2010, n. 806.

(39) Da ultimo cfr. M.A. Sandulli, Le novità in tema di silenzio, cit., 4 ss.

(40) Così TAR Campania, Salerno, Sez. II, 18 novembre 2013, n. 2277. Sul pronunciamento della domanda di risarcimento dei danni secondo il rito della camera di consiglio cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 27 luglio 2011, n. 1083; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 12 marzo 2012, n. 638.

(41) TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. II, 16 ottobre 2007, n. 2004. Cfr., altresì, per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2002, n. 144.

(42) Sul punto, cfr., se si vuole, M. Ramajoli, Sulla pluralità di riti processuali, in Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato, a cura di G. Falcon, Padova, 2010, 317 ss.

(43) TAR Campania, Salerno, Sez. II, 18 gennaio 2012, n. 45. Ma da ultimo cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 21845, per cui l'improcedibilità del ricorso a seguito del sopravvenuto difetto d'interesse in ragione di un tardivo diniego non fa venire meno l'interesse a una decisione di accertamento della violazione dell'obbligo di provvedimento nella prospettiva della futura proponibilità di una domanda di risarcimento.

(44) "Non si riesce ad intravedere per quale motivo occorrerebbe costringere il privato alle fatiche di un'ulteriore azione giurisdizionale al solo fine di promuovere la nomina del commissario"; così Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2002, n. 230, capostipite dell'indirizzo poi recepito dal codice.

(45) TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 26 aprile 2013, n. 2190.

(46) Emblematica a tal riguardo la complessiva vicenda ricostruibile tramite TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 6 ottobre 2009, n. 1628 e 28 febbraio 2011, n. 491.

(47) TAR Campania, Salerno, Sez. II, 18 novembre 2013, n. 2277.

(48) Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4615.

(49) A. Travi, *Lezioni*, cit., 350 e, con riferimento alla disciplina preesistente, F. Fracchia, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 88-89; nel senso invece che la nomina del commissario sia alternativa a un intervento diretto del giudice cfr. L. Bertonazzi, *Il giudizio*, cit., 985, facendo essenzialmente leva sull'art. 21 c.p.a., ai sensi del quale, in via generale, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, "può nominare" come proprio ausiliario un commissario ad acta. Nessun dubbio sussiste invece nell'ordinamento austriaco, ove la Corte ha il potere di emanare con sentenza l'atto in via sostitutiva e di individuare l'autorità amministrativa o giudiziaria cui affidare l'esecuzione della propria decisione, che rappresenta titolo esecutivo; sul punto cfr. C. Fraenkel-Haeberle, *Il silenzio*, cit., 1052 ss.

(50) In tal senso, chiaramente, Cons. Stato, Sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311.

(51) Cfr. C. Fraenkel-Haeberle, *Il silenzio dell'amministrazione*, cit., 1055 ss., e dottrina ivi citata.

(52) Per tutti M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 386 ss.

(53) Cfr., sia pure con riferimento alla disciplina pregressa, A. Travi, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, 227 ss., 233; con la conseguenza ulteriore che, "trattandosi oggettivamente dell'esercizio della medesima funzione, l'Amministrazione sostituita si troverà rispetto all'attività del Commissario ... nella condizione di doverne accettare le decisioni come a sé imputabili e, quindi modificabili solo in sede di autotutela" (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 marzo 2009, n. 1363). Configura invece il commissario ad acta come ausiliario del giudice A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 190 ss.

(54) Sulle diverse tipologie di commissari ad acta si rinvia a V. Caputi Jambrenghi, voce *Commissario ad acta*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 284 ss.; N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, 491 ss., nonché, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602. Osserva R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in questa *Rivista*, 1989, 369 ss., 396, sia pure con riferimento al giudizio esecutivo, ma con un'impostazione che ben si adatta al tema oggetto di analisi, che "la tesi del commissario organo ausiliario del giudice dell'esecuzione, in astratto forse più coerente, è nel concreto abbandonata dalla giurisprudenza nello stesso momento in cui gli si attribuisce un potere di provvedere nella specifica vicenda al di là dei limiti segnati dal precedente giudicato (vicenda esemplare: di decidere sulla domanda di concessione edilizia dopo una sentenza che ha accertato l'immotivato silenzio del Sindaco)".

(55) L. Bertonazzi, *Il giudizio*, cit., 991, nt. 256.

(56) E. Quadri, Art. 117, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, III, cit., 1612 ss., 1617. Cfr. inoltre la giurisprudenza precodicistica sull'evenienza in cui l'amministrazione inadempiente abbia fatto conoscere l'esistenza di un iter avanzato per la definizione dell'istanza dopo che il commissario si era insediato; cfr., per tutte, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 8 aprile 2008, n. 454.

(57) Di proroga giurisdizionale del termine di conclusione del procedimento, nonché di una sorta di rimessione in termini parla E. Sticchi Damiani, *Il giudice*, cit., 8-9.

(58) Cfr., anche se antecedente al codice, in quanto espressiva di un principio di carattere generale, Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 793. Quanto agli atti commissariali, l'art. 117, co. 4, c.p.a. attribuisce al giudice la competenza a conoscere "di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario". La disposizione non è di immediata comprensione, non essendo precisato se gli atti del commissario siano impugnabili in base alle regole ordinarie, oppure contestabili davanti al giudice che ha provveduto alla nomina del commissario stesso. In tema cfr. V. Parisio, *I riti speciali*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, cit., 692 ss.; L. Bertonazzi, *Il giudizio*, cit., 990 ss.