

SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA  
CURRICULUM: AMMINISTRAZIONE PUBBLICA EUROPEA E COMPARATA

XXIV° CICLO

Coordinatore Chiar.mo Prof. Roberto Miccù

**L'OBBLIGO DI PROVVEDERE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE  
E IL RUOLO DEL SOGGETTO PRIVATO**

DOTTORANDA  
Dott.ssa  
**Francesca Romani**

TUTOR  
Chiar.ma Prof.ssa  
**Paola Chirulli**

Anno Accademico 2011/2012

## INDICE

INTRODUZIONE .....	pag.	5
--------------------	------	---

### PARTE PRIMA

#### L'OBBLIGO DI PROVVEDERE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: PROFILI STORICI E RICOSTRUTTIVI

#### CAPITOLO I

##### *Le origini dell'obbligo di provvedere nell'ordinamento italiano*

1. Doverosità amministrativa, obbligo di provvedere e silenzio dell'Amministrazione .....	pag.	8
2. Obbligo di provvedere e ricorso gerarchico: la decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 agosto 1902 .....	pag.	20
3. Obbligo di provvedere e denuncia del privato .....	pag.	32
4. Obbligo di provvedere e istanza del privato: l'opera della giurisprudenza nei primi anni del XX secolo .....	pag.	35
5. (Segue): Le considerazioni della dottrina amministrativistica .....	pag.	47

#### CAPITOLO II

##### *Il contenuto dell'obbligo di provvedere nella ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale*

1. Il principio di doverosità amministrativa come dovere di decidere per la realizzazione dei pubblici interessi. Obbligo di provvedere,

	obbligo di pronunciarsi e obbligo di procedere .....	pag. 56
2.	Il principio di doverosità amministrativa come dovere di procedere non collegato a situazioni giuridiche soggettive di tipo sostanziale ma solo a situazioni strumentali .....	pag. 68
3.	Il principio di doverosità amministrativa come dovere di dare soddisfazione a situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.....	pag. 72
4.	L'obbligo di provvedere come principio autonomo dell'azione amministrativa. Il silenzio come oggettivo inadempimento rispetto all'obbligo di provvedere. L'evoluzione del silenzio dell'Amministrazione dalla figura del silenzio-rigetto a quella del silenzio-inadempimento. L'Adunanza plenaria del 10 marzo 1978 n. 10 e la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 1982 n. 92 .....	pag. 79

## PARTE SECONDA

### LA CODIFICAZIONE DELL'OBBLIGO DI PROVVEDERE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

#### CAPITOLO III

##### *L'obbligo di provvedere come principio generale nel diritto positivo*

1.	Il fondamento dell'obbligo di provvedere. La doverosità amministrativa nella Costituzione .....	pag. 98
2.	L'obbligo di provvedere nell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 .....	pag. 109
3.	Doverosità e iniziativa procedimentale: procedimenti a istanza di parte e procedimenti d'ufficio .....	pag. 122
4.	La doverosità amministrativa e il tempo del procedimento .....	pag. 140
5.	L'eccezione tipica all'obbligo di provvedere con provvedimento espresso: il silenzio-assenso e il silenzio-diniego .....	pag. 154

## **CAPITOLO IV**

### ***La violazione dell'obbligo di provvedere e il giudizio sul silenzio***

1. L'art. 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e il rito speciale avverso il silenzio ..... pag. 160
2. Il giudizio sulla fondatezza dell'istanza ..... pag. 171
3. La tutela contro l'inerzia della Pubblica Amministrazione ..... pag. 178

## **PARTE TERZA**

### **L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'OBBLIGO DI PROVVEDERE**

## **CAPITOLO V**

### ***La delimitazione delle fattispecie in cui sussiste l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione***

1. Le ipotesi in cui a seguito di un'istanza del cittadino non sorge l'obbligo di provvedere ..... pag. 185
2. L'orientamento restrittivo: l'obbligo di provvedere in presenza di uno specifico fondamento normativo ..... pag. 198
3. Obbligo di provvedere e principi generali regolatori dell'azione amministrativa ..... pag. 202
4. (Segue): Obbligo di provvedere e atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi ..... pag. 216
5. La doverosità dell'esercizio dei poteri d'ufficio su sollecitazione del soggetto privato ..... pag. 227
6. (segue): Obbligo di provvedere e denuncia qualificata ..... pag. 239

**CONCLUSIONI** ..... pag. 248

**BIBLIOGRAFIA** ..... pag. 253

## ***INTRODUZIONE***

L'indagine condotta nel presente lavoro origina dal tentativo di svolgere una ricostruzione organica del principio di doverosità dell'esercizio del potere da parte della pubblica Amministrazione a fronte della sollecitazione del soggetto privato.

Nel corso degli ultimi decenni, infatti, l'obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione ha assunto nell'ambito del diritto amministrativo una consistenza ed una rilevanza sempre maggiore, anche in considerazione delle molteplici problematiche giuridiche da esso coinvolte e delle evoluzioni giurisprudenziali e legislative maturate nel senso di una migliore tutela del cittadino nei confronti dell'inerzia della pubblica Amministrazione.

Nella prima parte del lavoro si analizzeranno le origini dell'obbligo di provvedere avendo riguardo soprattutto alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, le quali, in assenza di un'espressa previsione normativa, si sono trovate costrette ad affrontare il problema relativo al comportamento omissivo dell'Amministrazione in vista della concreta necessità di accordare tutela in sede giurisdizionale ai soggetti pregiudicati dall'inerzia amministrativa e che hanno elaborato le basi portanti dell'istituto dell'inerzia intesa come inadempimento dell'obbligo di provvedere gravante sull'Amministrazione.

La seconda parte del lavoro sarà rivolta all'analisi dell'obbligo di provvedere in relazione al diritto positivo e, quindi, con riferimento al suo fondamento costituzionale e alla sua espressa disciplina sostanziale e processuale. L'intento sarà quello di comprendere la portata della codificazione dell'obbligo di provvedere in riferimento ai due diversi tipi di iniziativa procedimentale (ad istanza di parte e d'ufficio) e di verificare in quale misura il principio di doverosità dell'esercizio del potere trovi una concreta garanzia di effettività nelle regole predisposte per la sua tutela in sede processuale. Si cercherà di comprendere se possa ritenersi sussistente

un vero e proprio obbligo di conclusione del procedimento tramite l'esercizio espresso del potere al quale fa riscontro un vero e proprio diritto del soggetto privato ad ottenere una risposta esplicita.

A questo proposito si farà anche riferimento ai recenti interventi normativi che sembrano orientati verso il rafforzamento della doverosità del provvedere e della certezza del tempo dell'azione amministrativa e, in particolare, alla previsione della risarcibilità del danno derivante dalla mancata o intempestiva adozione del provvedimento conclusivo del procedimento e alle modifiche da ultimo apportate all'art. 2 della legge n. 241/1990.

Infine, nell'ultima parte del lavoro, si rivolgerà l'attenzione alla concreta delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione del principio della doverosità dell'esercizio del potere amministrativo.

In quest'ottica sarà necessario fare riferimento all'elaborazione giurisprudenziale la quale ha superato l'orientamento restrittivo in base al quale l'obbligo giuridico di provvedere poteva trovare la propria fonte solo in un esplicito riferimento normativo, e ha affermato che lo stesso può invece desumersi anche dai principi costituzionali e dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa.

Nella prospettiva di analizzare l'ampliamento della sfera di operatività dell'esercizio doveroso del potere amministrativo, si rivolgerà l'attenzione anche alla doverosità dell'esercizio dei poteri d'ufficio su sollecitazione del soggetto privato al fine di valutare se l'attuale fase evolutiva di rafforzamento della doverosità si stia estendendo anche a tale categoria di procedimenti e se, in caso di risposta positiva, questo comporti la necessità di ripensare ad alcune storiche classificazioni ormai forse non più completamente attuali.

Oggetto del presente lavoro è, pertanto, l'obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione; scopo la valutazione del suo reale ambito di applicazione.

**PARTE PRIMA**

**L'OBBLIGO DI PROVVEDERE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: PROFILI  
STORICI E RICOSTRUTTIVI**



## **Capitolo I**

### **Le origini dell'obbligo di provvedere nell'ordinamento italiano**

#### **1. Doverosità amministrativa, obbligo di provvedere e silenzio dell'Amministrazione.**

Il tema della doverosità dell'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione ha molto spesso formato oggetto di studio indiretto, è stato cioè approfondito nell'ambito delle problematiche connesse al comportamento inerte della Pubblica Amministrazione ed alle conseguenze da esso derivanti: necessario presupposto di qualsiasi trattazione sul silenzio dell'Amministrazione è, infatti, l'individuazione del "quando" gravi sull'Amministrazione un "obbligo di provvedere" a fronte di un'istanza del cittadino.

La connessione tra doverosità amministrativa e silenzio dell'Amministrazione era già assodata sin dall'inizio dello scorso secolo quando il silenzio illegittimamente serbato dall'Amministrazione era considerato dalla dottrina come una delle possibili violazioni dell'obbligo di provvedere e, dunque, una delle più note patologie nella condotta dei pubblici poteri rispetto al generale dovere di provvedere<sup>1</sup>.

La necessità di approfondire l'analisi relativa alla doverosità dell'azione amministrativa, in generale, e alla determinazione delle fattispecie in cui sorge in capo all'Amministrazione un obbligo di provvedere, in particolare, è divenuta sempre più urgente con l'estendersi dell'intervento autoritativo dell'Amministrazione nell'ambito della vita sociale e, dunque, a fronte dell'emersione dell'interesse individuale.

Va da sé, infatti, che fintanto che la funzione amministrativa era considerata come attività che nella normalità veniva intrapresa d'ufficio dalle competenti autorità

---

<sup>1</sup> O. RANELLETTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo. Anno scolastico 1920-21*, Napoli, 1921, 108.

– e, anzi, questo era ritenuto il tratto caratteristico che la distingueva dalla funzione giudiziaria sempre, quest’ultima, conseguente ad un “*eccitamento di interessati*”<sup>2</sup> – il problema di un eventuale comportamento silenzioso e quello connesso relativo alla sussistenza o meno di un obbligo di provvedere a favore dei cittadini non potevano neanche essere ipotizzati e, in ogni caso, non assumevano particolare rilevanza.

E’ solo a seguito dell’espansione della gamma e dell’ampiezza delle funzioni assunte come proprie dai poteri pubblici in numerosi settori sociali ed economici che il problema relativo all’obbligatorietà dell’esercizio del potere a fronte dell’istanza del cittadino e quello – speculare – dell’eventuale relativo aspetto patologico, discendente dal mancato esercizio del potere stesso, non hanno tardato ad emergere.

In generale, la doverosità dell’attività amministrativa può essere intesa come necessarietà di porre in essere un dato comportamento e “...*ha iniziato dagli anni ’50, a seguito del superamento dell’interpretazione dell’interesse pubblico come interesse della pubblica amministrazione, ad essere menzionata nell’accezione tecnica di preordinazione necessaria dell’azione amministrativa agli interessi pubblici legislativamente determinati*”<sup>3</sup>.

In un’accezione più specifica, e per quanto maggiormente attiene all’oggetto della presente indagine, la doverosità amministrativa è intesa come “... *doverosità innanzitutto di iniziare il procedimento e quindi doverosità nell’esercizio del potere; poi, come doverosità nella conclusione del procedimento; quindi, come doverosità*

---

<sup>2</sup> Sul punto U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 252-253. L’Autore specifica che “Nell’attività statuale che convenzionalmente chiamasi esecutiva la funzione amministrativa si distingue dalla funzione giudiziaria non solo per l’obbietto, ma altresì per il modo di esercizio. A differenza della seconda che non si svolge se non dietro eccitamento di interessati, la prima si esplica in via normale per iniziativa dei proprii organi e indipendentemente da particolari richieste di terzi. Questa differenza, però, che nei sistemi teorici meno recenti si presenta quasi assoluta, si è andata attenuando nell’ordine pratico quando al retto e adeguato svolgimento della funzione amministrativa si è fatto concorrere l’elemento dell’interesse individuale”.

<sup>3</sup> Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005, 58.

*nella assunzione e di conseguenza nella consumazione del potere; infine, come doverosità nella soddisfazione, ove possibile e ove legittima, delle pretese e delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati”<sup>4</sup>.*

Al fine di meglio comprendere quanto detto può essere utile ricordare la fondamentale distinzione tracciata nell’ambito della categoria indeterminata dei doveri giuridici da Santi Romano<sup>5</sup>, il quale, dopo aver appurato l’esistenza nell’ordinamento di doveri senza correlativi diritti nonché di diritti privi di corrispondenti doveri, distingueva la figura del dovere “in senso stretto” da quella dell’obbligo. In particolare, l’Autore, specificava che il dovere, pur identificandosi con un comportamento giuridicamente necessario, non sarebbe correlativo di un diritto di altro soggetto e, quindi, rimarrebbe fuori dall’orbita di un rapporto giuridico con singole cose o singole persone; mentre l’obbligo si caratterizzerebbe per essere sempre corrispondente ad un diritto altrui e, quindi, per costituire uno dei termini di un rapporto giuridico<sup>6</sup>.

Tuttavia è doveroso rilevare che l’Autore, subito dopo aver tracciato la suddetta distinzione, nel delineare le varie specie di doveri e di obblighi, chiariva che qualora il contenuto del dovere sia positivo e qualora il dovere sia collegato ad una funzione, pubblica o privata, non potrebbe parlarsi di obbligo in quanto resterebbe estraneo ad un rapporto giuridico concreto, proponendo come esempio, tra gli altri, anche il dovere – e non l’obbligo – di emanare un atto amministrativo<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in AA.VV., *Codice dell’azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011, 228; ID., *Doverosità dell’azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Il procedimento amministrativo*, V. CERULLI IRELLI (a cura di), Napoli, 2007, 140.

<sup>5</sup> In particolare SANTI ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 s.

<sup>6</sup> *Ibidem*, 104-105.

<sup>7</sup> *Ibidem*, 107-108. In particolare l’Autore nel distinguere le varie specie di doveri rileva che gli stessi possono essere classificati innanzitutto, in ordine al loro contenuto, in positivi o negativi e che “...i primi sono meno frequenti dei secondi, giacché di solito, quando si ha il dovere di fare o di dare, non solo sono determinati i soggetti a favore dei quali si deve fare o dare, ma si è con tali soggetti in

In ogni caso, a prescindere dai rilievi del Santi Romano circa la corretta qualificazione del dovere in relazione ad un atto amministrativo, è necessario sottolineare l'importanza del criterio suddetto secondo il quale il rapporto tra dovere e obbligo sarebbe quello di *genus e species*.

In realtà, già da tempo si intravedeva la possibilità di un “*obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento*”<sup>8</sup> in quella che veniva definita la “*relazione di interessi*”<sup>9</sup> tra soggetti privati e pubblica amministrazione.

Infatti, come già veniva rilevato nei primissimi anni del secolo passato, l'inerzia amministrativa “*...in non rari casi può riuscire per l'individuo non meno dannosa di un provvedimento che positivamente colpisca i suoi interessi*”<sup>10</sup>.

Dunque, è stata proprio la necessità di specificare i casi nei quali l'inerzia amministrativa<sup>11</sup> potesse assumere un significato ulteriore rispetto al semplice “nulla”<sup>12</sup> che ha portato l'attenzione degli studiosi nella ricerca delle ipotesi nelle

---

qualche rapporto giuridico, in modo che il dovere assume i caratteri dell'obbligo. Tuttavia, quando i doveri di cui è parola sono collegati, nel senso che si è accennato, ad una funzione, sia pubblica che privata, essi possono rimanere fuori e indipendenti da concreti rapporti giuridici e quindi non costituire degli obblighi. Si può così avere il dovere, ma di regola non si ha l'obbligo di emanare una legge, una sentenza, un atto amministrativo, in quanto nessuno ha viceversa il diritto di pretendere l'emanazione di tali atti, pur potendo avere ad essa un interesse giuridicamente protetto”.

<sup>8</sup> O. RANELLETTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo. Anno scolastico 1920-21*, cit., 108 s. In particolare, l'Autore afferma che: “Noi crediamo che questo possa ritenersi il principio generale del nostro diritto amministrativo; per cui, quando l'autorità amministrativa abbia l'obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento, e non dichiara la sua volontà, malgrado le istanze ripetute, e regolarmente intimate, dell'interessato, quel silenzio debba interpretarsi come rifiuto di prendere quel provvedimento”. Mentre, “Se l'autorità non ha alcun obbligo giuridico di prendere un provvedimento, il suo silenzio, mantenuto di fronte a qualunque comportamento di un'altra persona, non può avere alcun significato”.

<sup>9</sup> O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Rivista italiana per la scienza giuridica*, XIII (1892), 3 s., ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, 21 s.

<sup>10</sup> Così U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 254.

<sup>11</sup> Sulla differente terminologia usata in materia di inerzia si veda S. CASSESE, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, I, 31, il quale ritiene che “silenzio, inerzia, omissione, reticenza, astensione, inazione, *taciturnitas*, e le forme composte mancanza o carenza di atto, provvedimento o azione, sono adoperate dalla dottrina per indicare l'inerzia. La ricchezza del vocabolario adoperato per indicare il fenomeno sembra essere segno di insufficiente precisazione dei termini iniziali del problema”.

<sup>12</sup> Si vedano le considerazioni su cosa debba intendersi per silenzio di S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, 447-448. L'Autore specifica che: “Se si voglia attribuire alle parole il

quali la mancata risposta da parte dell'Amministrazione potesse essere interpretata come inadempimento rispetto ad un – preesistente – obbligo di provvedere. La violazione di un siffatto obbligo può, infatti, concretarsi o in un ritardo dell'azione amministrativa – qualora l'amministrazione, seppur tardivamente, comunque provveda – oppure in un vero e proprio comportamento silenzioso che, se non “giustificato” dalla previa attribuzione (da parte del Giudice o della Legge) di un particolare significato (accoglimento o rigetto della domanda o della istanza), non può che determinare un inadempimento<sup>13</sup>.

---

loro significato naturale, non potrà ricondursi sotto codesta espressione se non l'inerzia di un soggetto in forza della quale risulta eliminata ogni forma di attività esterna del medesimo. E intendiamoci bene: inerzia non soltanto verbale, risultante cioè dalla assenza di ogni e qualsiasi manifestazione tangibile del normale linguaggio scritto o parlato, ma bensì anche corporale (intesa la espressione nel suo significato più largo), tale perciò da escludere che un qualche mezzo venga adoperato per giungere alla realizzazione di un qualsivoglia scopo, sia pur futile e innocuo, nel mondo esterno. Ma il silenzio, inteso in senso assoluto, è fisicamente inconcepibile, importando esso la negazione stessa della vita, e cioè il nulla, e perciò non può costituire l'oggetto, neanche ipotetico, di una indagine giuridica: perché questa possa svolgersi è necessario che esso venga considerato come un atteggiamento particolare dell'individuo in ordine ad uno scopo specifico, di fronte a determinate circostanze, in relazione a singolari eventi. Infatti, può ben darsi che la attività di un soggetto in un certo momento della sua vita giuridica venga ad annullarsi completamente nei rispetti di un interesse che pur rientri nella sua sfera di influenza, per il fatto che manchi ogni mezzo esterno di identificazione del volere”. E sul presupposto che la volontà rappresenti la fonte di tutte le azioni umane, l'Autore chiarisce che “...il silenzio può rappresentarsi come quella attitudine del soggetto la quale non sia suscettibile di costituire in nessun modo un mezzo atto a manifestare il volere. Con ciò meglio resta chiarito il contenuto del concetto in disputa: il silenzio è dal punto di vista giuridico un non atto, non già un atto negativo come prevalentemente lo si definisce. Invero l'atto negativo presuppone pur sempre una manifestazione di volontà giuridicamente valutabile, mentre il silenzio, in sé e per sé considerato, in tanto conserva questo suo carattere in quanto non costituisca un mezzo di manifestazione di volontà”. Si veda anche U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 255, secondo il quale “...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*”.

<sup>13</sup> In realtà, secondo alcuni Autori nei casi in cui il silenzio è equiparato per legge a un provvedimento (positivo o negativo) non si potrebbe parlare di silenzio in senso proprio: si veda F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1971, 3, secondo il quale nelle ipotesi in cui il silenzio è equiparato per legge ad un provvedimento amministrativo positivo o negativo “...non si pone, o non si pone in maniera autentica, un problema di inerzia, dato che appunto la legge rende quest'ultima espressiva di provvedimenti. In quelle ipotesi vi sarà pertanto un provvedimento, positivo o negativo (a seconda della previsione legislativa), ma non vi sarà silenzio. Di contro il problema del silenzio sorge quando l'inerzia non è prevalutata dalla legge”.

In realtà, finché non furono previsti meccanismi di tutela nei confronti dell'intervento dello Stato nella vita individuale e sociale, l'interesse del cittadino non trovava, appunto, adeguata tutela giuridica e *“...l'individuo poteva lagnarsi tanto del fatto che del non fatto dell'amministrazione coll'invocare in via puramente graziosa che fosse provveduto a seconda del suo interesse”*<sup>14</sup>.

Nel momento in cui furono istituiti *“speciali organi giurisdizionali”* iniziò a ricevere maggiore protezione il momento del controllo dell'azione amministrativa tramite lo strumento del ricorso contenzioso accanto a quello del ricorso gerarchico, mentre *“...di nessuna garanzia giuridica si arricchì, almeno presso di noi, l'istanza diretta contro la specifica inerzia dell'amministrazione per quanto col continuo estendersi della ingerenza dello Stato e dei minori enti autarchici nella vita sociale, se si rendeva sempre più facile e frequente l'azione amministrativa lesiva di individuali spettanze, ugualmente si accresceva la facilità che le autorità amministrative omettessero di provvedere quando dovevano, essendo ben naturale che coll'aumentare dei compiti aumentassero le occasioni di non osservarli per intero”*<sup>15</sup>.

Nei primi anni del secolo passato la dottrina riteneva che non potesse parlarsi di un vero e proprio obbligo giuridico di provvedere a carico dell'Amministrazione specificando che, tutt'al più, si sarebbe potuto parlare di un obbligo *“morale”* o *“politico”* di dare seguito alle istanze dei privati. In particolare si affermava che *“...poiché nessuna disposizione di legge fa obbligo a queste autorità di provvedere espressamente sulle istanze individuali a loro indirizzate e tanto meno fa obbligo di*

---

<sup>14</sup> Così U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 253.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 253. L'Autore chiarisce che *“...l'istanza contro il fatto delle autorità amministrative necessariamente relativa al momento di controllo della funzione, col crearsi di speciali organi giurisdizionali destinati ad esaminarla e risolverla poté in certo modo sdoppiarsi in istituti diversi, da un lato conservandosi col suo carattere originario nel ricorso gerarchico e dall'altro trasformandosi in ricorso contenzioso”*.

*provvedere entro limiti di tempo congrui e ragionevoli, ne consegue che, se d'obbligo potrà parlarsi, se ne potrà parlare soltanto in senso morale o politico e quindi la relativa violazione non assumerà mai importanza giuridica, né darà luogo a sanzioni di diritto*<sup>16</sup>.

Tale concezione si adattava perfettamente al momento storico in cui era certamente esistete un senso di fiducia nella correttezza e lealtà dell'Amministrazione<sup>17</sup>.

I lineamenti dell'obbligo di provvedere si iniziavano a delineare qualche anno più tardi quando Autorevole dottrina, nel rilevare che il principio generale di matrice privatistica che riconosce valore di dichiarazione tacita al silenzio serbato da chi “*loqui potuit et debuit*” poteva indubbiamente valere anche nel campo del diritto amministrativo, si assodava da subito che la problematica fondamentale da affrontare, tanto nel campo del diritto privato quanto in quello del diritto amministrativo, non poteva che essere quella relativa alla determinazione dei casi nei quali sussiste il “*debut*” e, dunque, alla identificazione delle fattispecie nelle quali vi è l'obbligo di “*loqui*”<sup>18</sup>.

In particolare, non solo veniva riconosciuto che nel caso in cui l'obbligo di parlare fosse previsto da una norma giuridica “*...naturalmente non v'è da discutere*”<sup>19</sup>, ma si accennava anche al fatto che, a fronte di esigenze pratiche e

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, 258. L'Autore rileva che: “Tale è pur troppo lo stato delle cose e per quanto esso sia deplorabile, non si può certamente disconoscerlo assurgendo a vedute teoriche che prescindano dalle condizioni effettive della nostra legislazione”.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 271. Infatti l'Autore, poche pagine dopo le sopra esposte affermazioni, nel segnalare alcune delle difficoltà discendenti dall'attuazione pratica del principio stabilito dalla IV sezione del Consiglio di Stato con la storica decisione del 22 agosto 1902 (di cui ampiamente nel seguente paragrafo), sottolinea anche quella relativa al modo di provare la data di presentazione del ricorso gerarchico rilevando che “...noi riteniamo che la difficoltà relativa all'accertamento della data di presentazione del ricorso possa essere grandemente ridotta facendo sulla lealtà della amministrazione quel congruo assegnamento che la esperienza permette e consiglia”.

<sup>18</sup> U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), II, parte 2, Milano, 1915, 714-715.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 715.

sociali, tale obbligo potesse sussistere anche in ulteriori casi in cui la legge non lo avesse espressamente previsto e sulla base di – seppur non meglio specificati – criteri di buona amministrazione, concludendo tuttavia che “*questa obbligatorietà, per dir così, obiettiva e generica, non può esser base sufficiente a costituire quel «debut», da cui prende le mosse la presunzione che interpreta il silenzio come manifestazione di volontà*”<sup>20</sup>; e ciò in quanto “*l’obbligo di provvedere non può identificarsi in una generica obbligatorietà dell’azione amministrativa ma deve consistere in uno specifico dovere verso la controparte di un determinato rapporto concreto*”<sup>21</sup>.

Risultava, dunque, riconosciuta la possibilità che, accanto agli effetti giuridici discendenti dal silenzio in virtù di una presunzione giuridica e, cioè, di una norma di legge che espressamente stabiliva la presunzione che il silenzio mantenuto dall’autorità adita per un determinato periodo di tempo andasse inteso come manifestazione di volontà positiva o negativa a seconda dei casi, tali effetti giuridici potevano anche derivare direttamente dal comportamento lesivo di un “*obbligo giuridico*” qualora la norma positiva prescrivesse in determinate circostanze ad un soggetto “*l’adempimento di un atto particolare per cui l’inerzia di questi legittimi il sorgere di una responsabilità cioè di speciali effetti giuridici*”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, 715. Giova riportare il contenuto completo della nota n.1: “Uno degli elementi che si dovrebbe appunto cercar di determinare, volendo tentare ex professo una soluzione del grave problema nel campo del diritto amministrativo, è quello che si riferisce al «*debut*». E’ assai frequente il caso che una determinata attività sia obbligatoria per gli enti pubblici, non solo alla stregua delle norme giuridiche, ma anche – il che non può trascurarsi qui, dove si tratta appunto di accordare riconoscimento e soddisfazione a particolari esigenze pratiche – alla stregua dei criteri di buona amministrazione. Per modo che in tal caso non può dirsi consentita l’inerzia alla pubblica amministrazione. Ma è chiaro che questa obbligatorietà, per dir così, obiettiva e generica, non può esser base sufficiente a costituire quel «*debut*», da cui prende le mosse la presunzione che interpreta il silenzio come manifestazione di volontà. E ciò perché questa presunzione non pare possa utilmente applicarsi fuori dei rapporti concreti, con soggetti determinati, in cui funziona quasi come sanzione di un obbligo di «parlare» che, se fonda sul rispetto ad esigenze generali, incombe, in concreto, nei riguardi di soggetti determinati ed anzi, di solito, nello svolgimento di un preesistente rapporto. Tutto ciò, s’intende, astrazione fatta dai casi per i quali la presunzione è costituita dalla legge stessa”.

<sup>21</sup> Così U. FORTI, *Il «silenzio» della Pubblica Amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in AA. VV., *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, 535.

<sup>22</sup> S. TRENTIN, *L’atto amministrativo*, cit., 454-455.



Veniva messo in rilievo che, affinché il silenzio dell'autorità potesse essere interpretato come non esercizio della funzione amministrativa, insieme all'inazione amministrativa dovevano sussistere anche altre due circostanze. In particolare, da un lato, *“è necessario che nel caso specifico, in ordine all'oggetto particolare in cui confronto la inazione si è verificata, esista non soltanto un obbligo generico ad agire nel nome dell'ente pubblico, ma sia singolarmente prescritta la esplicazione di una determinata attività”*<sup>23</sup> e, dall'altro, *“occorre che l'agente sia stato richiamato alla osservanza del proprio dovere, o per meglio dire sia stato invitato, mediante il rilievo che un obbligo particolare di agire esiste, ad esercitare la propria funzione”*<sup>24</sup>.

Dunque il presupposto dell'attribuzione al comportamento inattivo dell'amministrazione di effetti rilevanti per l'ordinamento giuridico era rinvenuto nel mancato esercizio di una funzione obbligatoria e, quindi, nella presenza di un

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, 460-461. L'Autore specifica che “Molto spesso infatti, pur incombendo all'autorità amministrativa il dovere di compiere tutti quegli atti che risultino necessari per la soddisfazione del pubblico interesse, pur essendo dalla legge espressamente previste tutte le ipotesi in cui una qualche azione da quella debba venir esercitata, può essere rimesso all'arbitrio dell'autorità medesima la scelta dei mezzi convenienti a provvedere alle singole contingenze per modo che sorga a favore di questa un vero e proprio potere discrezionale [...]. Ma può darsi anche che la attività del funzionario sia in modo assoluto vincolata dalla legge [...]. In questa circostanza, evidentemente, il silenzio conservato dall'autorità amministrativa deve interpretarsi quale una forma vera e propria di astensione, come cioè un non esercizio della funzione di cui essa è investita, come un disconoscimento del dovere professionale; a meno che non risulti manifesta la intenzione (il che esige condizioni tali che tolgano al silenzio il suo vero carattere e lo trasformi in una forma qualsiasi di manifestazione del volere), da parte dell'autorità medesima, di porre in essere (in base magari ad una falsa valutazione dei poteri ad essa conferiti) un comportamento diretto a provvedere, sia pure in modo negativo, all'interesse che nel caso specifico doveva essere perseguito”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, 462. L'Autore aggiunge che “E' evidente però che, anche all'infuori e indipendentemente dal fatto che una diffida a compiere un determinato atto sia stata in qualche forma comunicata all'agente, il silenzio dovrà sempre interpretarsi come una vera astensione, quando la presunzione trovi un espresso fondamento legislativo: così, per esempio, se una norma giuridica affermi espressamente che l'inerzia del funzionario, quando speciali circostanze si verificano, debba intendersi quale rifiuto ad esercitare la funzione, nessun'altra indagine sarà duopo compiere se non quella diretta ad accertare che nella singola fattispecie ricorrano tutti gli estremi cui quella presunzione è subordinata”.

obbligo di agire, o meglio, di un “*obbligo di rispondere*”<sup>25</sup>, che comportava in capo al singolo “*un diritto ad una determinata prestazione*”<sup>26</sup>.

La possibilità di rinvenire un vero e proprio obbligo giuridico di agire a carico dell'autorità pubblica era collegato alla natura non discrezionale dell'atto amministrativo richiesto. Infatti, in quest'ultimo caso, veniva sottolineato che non si sarebbe potuto parlare di un obbligo specifico di agire e l'inerzia avrebbe potuto comunque rappresentare una forma di esercizio della funzione con correlato soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Seppur nell'ambito della ricerca delle ipotesi di responsabilità “*in omissis*” della pubblica amministrazione, veniva rilevato, infatti, che “*...vi sarà un dovere giuridico ed un corrispondente diritto nel cittadino solo dove ed in quanto il diritto obbiettivo o il rapporto giuridico speciale vincolino la libertà dell'amministrazione e le tolgano la scelta tra il fare ed il non fare; in questi casi – ed in questi soltanto – un diverso comportamento dell'amministrazione può ledere il diritto subbiettivo del singolo e dar luogo alla responsabilità*”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, 1276. L'Autore afferma che eccezionalmente la volontà “... può desumersi dal fatto concludente, e anche dal silenzio accompagnato da particolari circostanze e specie dall'obbligo di rispondere”.

<sup>26</sup> In questo senso S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., 464-465. In particolare, l'Autore rileva che “Nella molteplicità dei rapporti che intercedono fra la amministrazione pubblica ed i singoli, non sono infrequenti quelli che importano la costituzione di un obbligo da parte della prima a favore dei secondi ed il sorgere corrispondente in questi di un diritto ad una determinata prestazione. Orbene, questa prestazione potendo essere positiva o negativa, potendo consistere cioè in un *facere* ovvero in un *non facere*, richiederà, quando si presentino le circostanze necessarie, che la amministrazione emetta un dato provvedimento, agisca in altre parole positivamente, ovvero si astenga in modo assoluto dall'agire. La astensione nella prima delle due ipotesi prospettate, rendendo impossibile l'adempimento di quella prestazione alla quale un diritto concretamente ed attualmente esiste nei terzi, risolvendosi cioè nella violazione di un obbligo giuridico, darà luogo al sorgere di una responsabilità suscettibile come vedremo di essere fatta valere sia di fronte all'ente, come tale, sia di fronte al funzionario in quanto persona fisica”.

<sup>27</sup> U. FORTI, *Contributi alla teorica della responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906, 265. L'Autore prosegue chiarendo che “...così si ha diritto a valersi del servizio postale e telegrafico, ma è in facoltà dell'amministrazione il regolare l'orario degli uffici relativi; si ha diritto ad essere ammessi in un istituto di beneficenza soltanto se le norme che lo governano impongano l'obbligo di accogliere senza limiti le persone appartenenti ad una data categoria, e non si ha mai diritto a ricevere quei soccorsi della cui opportunità deve giudicare l'amministrazione; così l'amministrazione non può rimuovere i suoi funzionari detti inamovibili senza

Pertanto, parte della dottrina riteneva che, affinché il silenzio dell'autorità amministrativa potesse comportare, ai fini della responsabilità, delle conseguenze giuridiche, sarebbe stato necessario accertare la presenza di un obbligo specifico di agire “...il quale a priori escluda la possibilità che essa sia fornita nella materia specifica di poteri discrezionali”<sup>28</sup>.

Tuttavia altra parte della dottrina rilevava che, la responsabilità dell'amministrazione di fronte ai terzi, si sarebbe potuta concretare anche qualora l'amministrazione stessa fosse rimasta inerte – comportando l'effettiva lesione di un diritto del singolo – a prescindere dalla violazione di un dovere specifico previsto da una norma<sup>29</sup>.

In particolare, quest'ultimo orientamento, nel ritenere che nel diritto pubblico non potesse trovare applicazione la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale, formulava un'altra distinzione nella quale inquadrare tutti i casi di responsabilità degli enti pubblici, sia per atti positivi che per omissioni. Nello specifico, si trattava del caso in cui “...vi è da parte della pubblica amministrazione un obbligo (di fare o di non fare) il quale preesiste alla lesione del diritto del cittadino”<sup>30</sup> e quello in cui “...non vi è da parte della pubblica amministrazione

---

il concorso delle circostanze previste dalla legge, e, ove lo faccia, lede in essi dei diritti; mentre è chiaro che l'impiegato non ha diritto a conservare una data residenza o al conseguimento di una gratificazione; e così via”.

<sup>28</sup> S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., 470-471. Infatti, l'Autore ritiene che elemento indispensabile per poter interpretare l'inerzia amministrativa come forma di esercizio dell'attività e non come astensione dalla stessa sia, appunto, l'esistenza di un potere discrezionale in capo al soggetto agente in relazione all'oggetto nei cui confronti il silenzio è mantenuto. In particolare, afferma che: “...se, infatti, nella particolare fattispecie la legge espressamente imponga all'autorità un dato comportamento, se cioè, indipendentemente da ogni e qualsiasi valutazione subiettiva, la autorità medesima sia tenuta alla emanazione dell'atto, non vi è dubbio che si presenti in modo assoluto ingiustificata la presunzione che l'agente abbia in qualche modo perseguito lo scopo assegnatogli mediante il conferimento dei poteri di cui è investito”.

<sup>29</sup> U. FORTI, *Contributi alla teorica della responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 263 s.

<sup>30</sup> *Ibidem*, 264. In questo caso l'Autore specifica che “...il diritto che questi pretende leso è appunto quello che ha per oggetto la prestazione alla quale l'ente pubblico è tenuto”.

*alcun determinato obbligo giuridico di fare o di non fare; ma soltanto l'effettiva violazione del diritto del singolo fa nascere in questi un diritto al risarcimento*"<sup>31</sup>.

Tale concezione, anche se elaborata ai fini della ricerca e dell'inquadramento delle ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione, ipotizzava dunque la presenza di una responsabilità amministrativa fondata esclusivamente sulla effettiva violazione della sfera giuridica del singolo senza quindi previa necessaria identificazione di una norma violata ma ricollegata soltanto all'obbligo generalissimo gravante su ogni soggetto di rispettare la sfera del diritto altrui nell'esercizio del proprio<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, 265-266. L'Autore chiarisce che "... Nel caso precedente la norma di diritto violata dal comportamento illecito della pubblica amministrazione crea indubbiamente degli obblighi da parte di essa e dei corrispettivi diritti nei singoli, per quanto, come si è visto, questi obblighi non intercedano sempre tra due soggetti entrambi individualmente determinati; qui invece non è determinato neanche il contenuto dell'obbligo, di modo che un obbligo concreto non esiste. Infatti la norma violata è soltanto quella che impone a ciascun soggetto di diritto di rispettare la sfera di diritto altrui nell'esercizio del proprio, mantenendosi in quei confini entro i quali per legge è determinata la loro coesistenza; non è quindi in sostanza che lo stesso limite di ogni diritto subbiettivo, espresso in forma negativa; è un principio generalissimo, che si applica ad ognuno *erga omnes*, che riassume in sé la tutela accordata ad ogni diritto subbiettivo, ma appunto per questo è incapace per sé di crearne altri, da farsi valere verso altri soggetti. Perché ciò avvenga occorre che sia intervenuta una effettiva lesione del diritto del singolo; allora il principio generale genera il diritto non meno generale alla riparazione del danno sofferto. Così è soltanto quest'effettiva lesione che stabilisce il contatto giuridico, cioè dà vita ad un rapporto di diritto tra l'amministrazione ed il singolo: qui la riparazione non è mai il succedaneo di un prestazione dovuta e non fatta, o il rimedio ad un rapporto giuridico svoltosi in modo anormale, ma soltanto e più semplicemente un rimedio destinato a ricostituire, per quanto è possibile, l'equilibrio tra le coesistenti attività, turbato da un comportamento anti-giuridico".

<sup>32</sup> Critica tale ricostruzione S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., 468-469. Secondo l'Autore "...in tanto l'inerzia amministrativa potrà determinare il sorgere di un rapporto di responsabilità, in quanto nell'ipotesi specifica sussista nei confronti dell'ente un obbligo concreto ad agire cui faccia riscontro un diritto da parte del privato a pretendere che un provvedimento venga emesso in ordine all'oggetto rispetto al quale il silenzio deve essere considerato: se dovesse ritenersi, come da qualcuno si ritiene, che anche indipendentemente da codesto obbligo definito nel suo contenuto, e nell'esercizio di una funzione la quale importi una assoluta discrezionalità nel soggetto riguardo alla emanazione dell'atto, possa la persona amministrativa essere tenuta a causa della propria inerzia a rispondere per il danno che il cittadino sia venuto in questo modo a risentire, solo che si accerti la esistenza di un rapporto di causalità fisica fra il danno stesso ed il comportamento dell'ente, si dovrebbe ammettere che l'istituto della responsabilità rinvenga in una circostanza di fatto tutto il suo fondamento e presenti quale unico requisito caratteristico quello del pregiudizio effettivo di un bene giuridico, qualunque sia la protezione che a questo la norma positiva consente di fronte all'esercizio della attività della persona pubblica".

Questi rilievi si scontravano con chi<sup>33</sup> riteneva che *“l’atto o l’omissione debbono risultare illegittimi, non soltanto perché contraddicano in genere a un obbligo legale dell’amministrazione, ma soprattutto perché violino una norma di garanzia di un interesse od anche di un diritto privato; questo interesse o diritto debbono risultare, a parte ogni estraneo rapporto di diritto privato, quali diritti pubblici subbiettivi, direttamente garantiti dalla norma violata”*.

In ogni caso, al fine di meglio comprendere l’iter che ha portato alla individuazione delle ipotesi in cui fosse concretamente sussistente un obbligo giuridico di provvedere a carico della pubblica amministrazione e al fine di analizzare il contenuto che tale obbligo ha gradualmente assunto, è necessario muovere l’indagine di pari passo con quelli che furono gli orientamenti giurisprudenziali del Giudice amministrativo che, sopperendo alla mancanza di una disciplina legislativa generale, ha di volta in volta fissato i tasselli per la delineazione dell’istituto.

## **2. Obbligo di provvedere e ricorso gerarchico: la decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 agosto 1902.**

L’opera della giurisprudenza amministrativa nella delineazione dei contenuti e della portata della doverosità di provvedere è stata fondamentale. Infatti, è proprio attraverso la ricerca dei rimedi giurisdizionali a tutela dell’inerzia amministrativa che si è a poco a poco affermata la regola dell’obbligo giuridico di provvedere. Solo dopo molto tempo, negli anni ’90 del XX secolo, il Legislatore è tardivamente intervenuto a disciplinare in maniera generale il principio di doverosità

---

<sup>33</sup> M. DE PORCELLINIS, *Della responsabilità per omessa manutenzione di opere pubbliche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, II, 33.

amministrativa codificando i risultati di un percorso avviato dalla giurisprudenza e dalla dottrina quasi un secolo prima.

La prima tappa fondamentale di tale processo è rappresentata dalla storica decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 agosto 1902, n. 429<sup>34</sup>, con cui “... si affermò, per la prima volta in modo chiaro sia pure indiretto, che rispetto all’istanza di riesame si poneva come doveroso l’esercizio del potere. Per altro verso, si aprirono le porte alla tutela del cittadino anche di fronte ad un comportamento inerte dell’amministrazione pubblica”<sup>35</sup>.

Infatti, il problema principale da risolvere era quello di escogitare un meccanismo che garantisse al privato, nelle ipotesi in cui l’Amministrazione rimanesse inerte, l’accesso alla tutela giurisdizionale in un sistema di tipo impugnatorio, modellato, quindi, sulla necessaria impugnazione di un atto: se l’Amministrazione rimaneva inerte, mancando il provvedimento da impugnare, veniva meno il presupposto per l’esperienza dell’azione giudiziaria<sup>36</sup>.

Altro problema da risolvere<sup>37</sup>, che rientrava in quello più generale appena detto, era quello della necessaria definitività del provvedimento amministrativo ai

---

<sup>34</sup> Pubblicata in *Giur. it.*, 1902, III, 343; in *Giust. amm.*, 1902, I, 455; in *Legge*, 1903, 482; *Rivista amm.*, 1903, 213. Ora anche in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, G. PASQUINI e A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2001, 62 s., con commento di M. CHIAPPETTA - M. DE GIORGI - A. SANDULLI, *Il silenzio significativo su ricorso amministrativo*, 64 s.

<sup>35</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 231.

<sup>36</sup> L’art. 3 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, disciplinava la competenza della nuova Quarta Sezione del Consiglio di Stato, istituita con la legge stessa, prevedendo che: “Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge contro atti e provvedimenti di un’Autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell’Autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali”.

<sup>37</sup> Tali concetti sono stati espressi molto chiaramente da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1937, 118, il quale rileva che “Il movimento della dottrina, affinché anche nel sistema italiano, come già in altri ordinamenti, l’obbligo della decisione dei ricorsi avesse una completa sanzione giuridica, risale a tempi assai remoti. Nel periodo in cui i ricorsi amministrativi rappresentavano l’unica tutela degli interessi individuali diversi dai diritti soggettivi, la certezza della decisione fu invocata come mezzo per rendere meno incerta ed imperfetta questa forma di tutela giuridica. Perfezionata questa con l’introduzione dei ricorsi giurisdizionali, la certezza della decisione divenne necessaria per un altro ordine di ragioni: in quanto le nuove leggi richiedevano il

fini della tutela giurisdizionale<sup>38</sup>, la quale, quindi, poteva essere intrapresa solo a seguito del previo esaurimento del ricorso amministrativo<sup>39</sup>.

Pertanto, l'esigenza sottesa alla pronuncia in esame era quella di porre dei limiti all'inerzia amministrativa e di assicurare ai privati degli adeguati strumenti di tutela.

Veniva infatti rilevato che nel caso in cui l'Autorità competente ad emettere il provvedimento definitivo – impugnabile in quanto tale davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato – mantenesse, invece, il silenzio sulla relativa istanza del privato, precludendo a quest'ultimo la via del ricorso contenzioso “...*si può volta a volta ripiombare inattesa e irrimediabilmente nel dominio assoluto dell'arbitrio di chi governa. Provvedere ad evitare questo eventuale inconveniente significa non tanto allargare la portata dei costituiti istituti di giustizia amministrativa, quanto dare loro l'efficacia che devono avere per naturale carattere, assicurarne la serietà, renderne la disciplina veramente consona al loro scopo*”<sup>40</sup>.

In realtà, la IV Sezione del Consiglio di Stato era intervenuta a sindacare il comportamento omissivo della Pubblica Amministrazione già dalla fine del XIX secolo con le decisioni del 16 marzo 1893, n. 109<sup>41</sup>, del 13 aprile 1893 n. 146<sup>42</sup> e del 18 luglio 1893 n. 244<sup>43</sup>.

---

provvedimento definitivo come presupposto indispensabile per potere ricorrere ai nuovi organi giurisdizionali”.

<sup>38</sup> L'art. 28 della vigente legge sul Consiglio di Stato n. 5992/1889 stabiliva che, di regola, il ricorso alla IV Sezione non era ammesso se non contro il provvedimento definitivo emanato in sede amministrativa su ricorso presentato in via gerarchica. Analogamente disponeva l'art. 12 n. 4 della stessa legge per l'ammissione del ricorso straordinario al re.

<sup>39</sup> La regola della pregiudizialità necessaria del ricorso amministrativo rispetto a quello giurisdizionale è venuta meno ad opera dell'art. 20 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

<sup>40</sup> Così U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 257.

<sup>41</sup> In *Giust. amm.*, 1893, 197 s. In questa decisione il Consiglio di Stato rilevava che “...non entra nelle attribuzioni della IV Sezione il rinviare le parti all'autorità competente, perché abbia luogo il provvedimento definitivo”. In relazione a tale decisione si veda quanto affermato da V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), III, Milano, 1901, 933-934, secondo il quale “Si intende perfettamente come la

La decisione ritenuta come “capostipite” è in particolare quella della IV Sezione del 2 marzo 1894 n. 78<sup>44</sup>, la quale riconobbe rilevanza giuridica al comportamento puramente passivo della pubblica Amministrazione. Nella pronuncia veniva, infatti, affermato che quando vi sia un provvedimento ministeriale che espressamente dichiara di non voler dar corso a proposte di riforma di istituti di beneficenza (quindi un’espressa risoluzione negativa) e anche quando vi sia “*l’omissione di qualunque provvedimento al riguardo*”, si debbano ravvisare degli atti definitivi che, in quanto tali, sarebbero impugnabili solo con il ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato o con il ricorso straordinario al Re; veniva, quindi,

---

nostra IV Sezione, che nella sua giurisprudenza si ispira sempre alla più lodevole larghezza di criteri, abbia preferito, potendolo, di non affrontare una questione nella quale non è possibile conciliare le esigenze di una bene intesa giustizia amministrativa col sistema della legislazione vigente. Noi stessi, che abbiamo dovuto sostenere tale incompatibilità, saremmo ben lieti di un ripiego che possa permettere di introdurre, senza la legge, la finzione che il decorrimo di un certo tempo sia da ritenersi equivalente ad un «provvedimento positivo di diniego» Ma non ne vediamo il modo”.

<sup>42</sup> In *Giust. amm.*, 1893, 197, in nota. In particolare, con il ricorso si mirava ad ottenere che l’autorità amministrativa fosse obbligata a provvedere in materia di privativa industriale. La IV Sezione, evitando di pronunciarsi sulla questione oggetto del ricorso, affermava che “...Non è ora il caso di esaminare se rientrerebbe nei confini della giurisdizione attribuita alla Sezione IV dalla legge sul Consiglio di Stato un ricorso il quale, come l’attuale, si propone non di ottenere l’annullamento di un provvedimento positivo sia di concessione sia di diniego, ma di ottenere che l’autorità amministrativa emetta il provvedimento, cioè sia indotta a provvedere”.

<sup>43</sup> In *Giust. amm.*, 1893, 317 s. In tale causa il ricorrente aveva presentato domanda diretta a ottenere l’annullamento della risoluzione ministeriale con la quale il Governo stabiliva di sospendere ogni decisione sulla domanda avanzata dallo stesso ricorrente di annullamento della deliberazione di un Comune fino a che non fosse stata definita con sentenza dell’autorità giudiziaria la lite vertente tra il ricorrente e il Comune stesso. La IV Sezione considerava che l’astensione dal provvedimento sarebbe stata “... esercizio di una facoltà” che attiene alla “...funzione di vigilanza” e a “...ragioni di convenienza”. In particolare, la IV Sezione rilevava che “La facoltà data, nell’interesse pubblico, al Governo di annullare le deliberazioni delle rappresentanze locali (...) è una facoltà discrezionale che il Governo esercita con piena autonomia quale Suprema autorità di vigilanza, sia per iniziativa propria, sia sopra denuncia, ma l’esercizio di questa facoltà non può mai essere provocato o imposto dai privati cittadini per mezzo di ricorso nel senso giurisdizionale amministrativo della parola”. Concludeva quindi affermando che non avrebbe potuto “...ordinare al Governo di provvedere, il che facendo essa verrebbe ad invadere la sfera riservata all’amministrazione attiva, responsabile davanti ai poteri politici”. In realtà, neanche in questo caso il Consiglio di Stato ha stabilito un principio generale in materia ma si è limitato a considerare esclusivamente il caso della denuncia distinguendolo da quello di un vero ricorso in sede gerarchica e affermando che il Governo non ha obbligo di provvedere su una denuncia lasciando tuttavia impregiudicata la questione circa l’obbligatorietà del provvedere in seguito alla presentazione di un ricorso.

<sup>44</sup> In *Giust. amm.*, 1894, 164 s.



ritenuto ammissibile l'esperimento del ricorso – anche – giurisdizionale nel caso di omissione.

Come autorevolmente osservato, in tale decisione la IV Sezione enunciò due principi che l'elaborazione dottrinale e pratica successiva ha meglio precisato: “...*la possibile equivalenza dell'omissione di qualunque provvedimento alla formale dichiarazione di diniego, e l'ammissibilità del ricorso contenzioso contro l'atto negativo*”<sup>45</sup>.

Inoltre, proprio all'inizio del XX secolo il Consiglio di Stato si era espresso, seppur in sede consultiva, sulla questione della indispensabilità della presenza di un atto ai fini della instaurazione della procedura contenziosa rilevando, nel parere del 18 maggio 1900 emesso dalla Sezione finanze<sup>46</sup>, gli inconvenienti discendenti da un tale sistema nel caso in cui l'Autorità adita si fosse rifiutata di pronunciarsi, senza tuttavia proporre una soluzione generale al problema e non attribuendo una valenza significativa al silenzio serbato dall'Amministrazione.

Con la decisione della IV Sezione 22 agosto 1902, n. 429, invece, il Consiglio di Stato affronta direttamente il problema e ricostruisce l'inerzia dell'Amministrazione come manifestazione di volontà negativa elaborando, in mancanza di una specifica disposizione normativa, la figura del silenzio-rigetto inizialmente riferita al solo silenzio mantenuto sul ricorso gerarchico.

Il caso *Longo*, oggetto della suddetta decisione, riguardava, tra l'altro, l'ammissibilità di un ricorso giurisdizionale proposto da un alunno di cancelleria addetto al Casellario giudiziale del Tribunale di Napoli (Gregorio Longo), contro il Primo Presidente della Corte di Appello di Napoli e contro il Ministero di Grazia e Giustizia, per ottenere la revoca del decreto del 3 giugno 1901 con cui il Primo

---

<sup>45</sup> Così R. MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. II, Roma, 1932, 398.

<sup>46</sup> Pubblicato in *Giur. it.*, 1900, III, 311.

Presidente della Corte di Appello di Napoli lo aveva dispensato dal servizio; il ricorso giurisdizionale veniva presentato a seguito del silenzio mantenuto dal Ministero di Grazia e Giustizia adito con ricorso gerarchico.

Contro il provvedimento di dispensa dal servizio il ricorrente aveva, infatti, dapprima presentato ricorso al Ministero di Grazia e Giustizia ma, non avendo ottenuto alcuna risposta, aveva successivamente notificato a quest'ultimo un atto con cui lo diffidava a dare nel termine di dieci giorni una risposta al proprio reclamo, sia per il richiamo in servizio che per la rivalsa degli stipendi spettanti per tutto il periodo della sospensione, espressamente riservandosi di far valere i propri diritti nei modi e sensi di legge qualora il Ministero non avesse dato una risposta nel termine indicato. Persistendo il comportamento inerte dell'Amministrazione il Longo aveva, quindi, presentato ricorso alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato contro il suddetto provvedimento di dispensa “*confermato tacitamente*” dal Ministero di Grazia e Giustizia al fine di ottenerne la revoca e la dichiarazione del proprio diritto alla reintegrazione in servizio e alla rivalsa degli stipendi arretrati e dei danni subiti.

L'Avvocatura Generale Erariale aveva sollevato, tra l'altro, l'eccezione di inammissibilità del ricorso in quanto il provvedimento impugnato non avrebbe posseduto il carattere della definitività, essendo appunto previsto, dalla disciplina di riferimento, il reclamo davanti al Ministero di Grazia e Giustizia contro i provvedimenti di quella specie.

Il Consiglio di Stato dichiarava, invece, l'ammissibilità del ricorso proposto in quanto “... è vero che per l'art. 24 del Regolamento 9 ottobre 1900, n. 365, sugli alunni delle cancellerie e segreterie giudiziarie, contro i decreti di dispensa dal servizio o di destituzione pronunciati dai Capi delle Corti è fatto salvo il reclamo al Ministero di Grazia e Giustizia; ma quando (come nella specie) l'impiegato colpito da quella misura disciplinare ripetutamente ricorre al Ministro, quando notifica a

*questo giudiziariamente un atto invitandolo a provvedere e non ne ottiene alcuna risposta, non potrebbe non riconoscere nel prolungato silenzio dell'Autorità superiore la determinazione di far proprio il provvedimento contro il quale fu invano ad essa prodotto reclamo”.*

Con questa decisione, il Consiglio di Stato ha, dunque, affermato l'equivalenza dell'inerzia amministrativa ad un provvedimento di rigetto dell'istanza di riesame, come tale suscettibile di costituire oggetto di ricorso giurisdizionale nell'ordinario termine decadenziale decorrente dalla scadenza del termine a provvedere indicato nella diffida. Ciò sulla base di una presunzione secondo la quale dal “*prolungato silenzio*” dell'Amministrazione, “*ripetutamente*” invitata a dare una risposta, si desumerebbe la volontà – *rectius* la “*determinazione*” – “*di far proprio*” il provvedimento oggetto di ricorso gerarchico e, quindi, equiparando il silenzio mantenuto ad un provvedimento di conferma dell'atto stesso e di contestuale rigetto del ricorso amministrativo proposto.

La pronuncia in esame si riferiva, pertanto, esclusivamente al comportamento inerte mantenuto dall'Amministrazione a seguito di ricorso presentato in via gerarchica diretto ad ottenere un provvedimento definitivo e, quindi, in quello che è stato chiamato il c.d. momento del controllo dell'azione amministrativa, mentre non conteneva alcun riferimento al parallelo problema – che, anzi, in un certo senso precede quello affrontato dalla sentenza – del silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte di un'istanza del cittadino presentata per sollecitare l'esercizio di una determinata attività nel momento della c.d. azione amministrativa originaria<sup>47</sup>. Tale circostanza, comunque, discendeva dal fatto che, in quel determinato momento

---

<sup>47</sup> Tale distinzione è tracciata molto chiaramente da U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 253, il quale rileva che il concorso dell'interesse individuale nello svolgimento della funzione amministrativa si manifesta sotto forma di istanza alle competenti autorità e “... può verificarsi in due distinti momenti della funzione, nel momento dell'azione che diremo originaria e nel momento del controllo dell'azione stessa”.

storico, come detto, la funzione amministrativa veniva “normalmente” esercitata d’ufficio e, quindi, per iniziativa dei propri organi; l’istanza del privato volta a sollecitarne lo svolgimento stava a poco a poco comparando nel contesto giuridico<sup>48</sup>.

Dunque, la decisione del Consiglio di Stato affermava per la prima volta, seppur indirettamente, la sussistenza di un obbligo di provvedere sui ricorsi gerarchici, pena la presunzione di una manifestazione di volontà negativa volta a rigettare il ricorso stesso: il silenzio veniva equiparato ad un provvedimento negativo, di rigetto, dell’amministrazione.

Non manca chi abbia intravisto, già in questa pronuncia, una prima apparizione della doverosità amministrativa nelle sue molteplici manifestazioni. In particolare, è stato affermato che “...già in quella prima decisione – e si ritiene in modo del tutto inconsapevole – figurano in nuce le tre specie di doverosità amministrativa (...): doverosità dell’amministrazione di prendere in esame l’istanza di riesame; doverosità dell’amministrazione di decidere sull’istanza accogliendola o rigettandola e, in terzo luogo, doverosità rispetto alla pretesa sostanziale dell’istante a vedere esercitata l’autotutela amministrativa”<sup>49</sup>.

In realtà, la dottrina dei primi anni del 1900 non era unanime nel ritenere sussistente un vero e proprio obbligo giuridico a carico dell’Amministrazione di rispondere in ordine ai ricorsi gerarchici diretti ad ottenere provvedimenti definitivi ed anzi, vi erano opinioni contrapposte. E ciò in virtù del fatto che l’obbligatorietà del provvedere era originariamente perlopiù correlata alla presenza di una specifica

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, 253. In particolare l’Autore chiarisce che “Poiché normalmente [...] la funzione amministrativa, data la sua indole, deve svolgersi per iniziativa degli stessi suoi organi, l’ammettere che il singolo interessato possa con sua istanza eccitarla rappresenta già un correttivo di eventuali deficienze che nell’esercizio della funzione abbiano a manifestarsi. Ma questo correttivo, se d’ordinario è bastevole a fare riparare le omissioni derivanti da mera negligenza o da troppo scarsa avvedutezza delle autorità, non ha alcuna seria efficacia in rapporto alle omissioni colpevolmente volute, nelle quali le autorità possono persistere rimanendo inerti ed astenendosi dal rispondere in qualunque modo alle private istanze loro rivolte”.

<sup>49</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 231.

previsione legislativa che tale obbligatorietà imponesse e che nel caso dei ricorsi gerarchici mancava.

Da un lato, vi era infatti chi<sup>50</sup> considerava che la presentazione di un ricorso gerarchico comportasse, in capo all'autorità, un “*obbligo giuridico di risolverlo*”<sup>51</sup> e, specularmente, in capo al ricorrente, “*il diritto che il ricorso deve avere la sua risoluzione*” nel senso che “*il superiore gerarchico può benissimo respingere il reclamo, ma non lasciarlo inascoltato*”<sup>52</sup>.

Dello stesso avviso era anche chi<sup>53</sup> riteneva che il cittadino che si fosse trovato nelle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio di un ricorso amministrativo – inteso in senso generale e, quindi, comprendendo nell'espressione non solo il “*ricorso gerarchico in senso ristretto*” ma anche la “*rimostranza alla stessa autorità*” e il “*ricorso straordinario*” – avesse “*un diritto personale ad ottenere una decisione, previo esame dell'affare*”<sup>54</sup>. Questo diritto, seppur non consacrato in nessun testo di legge, “*però trova il suo fondamento in molteplici ragioni*”, tra le quali l'Autore rilevava innanzitutto l’“*importanza che cotali mezzi hanno avuto nell'ordinamento italiano prima del 1889 dove costituivano in tutte le materie nelle quali la pigra giurisprudenza non riconosceva diritti civili e politici, l'unica difesa del cittadino contro l'amministrazione*”; inoltre tale obbligo potrebbe dedursi “*dal fatto che molte disposizioni generali di tutti quei ricorsi o particolari ad alcuni di essi implicano l'intenzione di garantire una risposta all'interessato e di assicurarne*

---

<sup>50</sup> V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 676 s.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 678.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 676-677. L'Autore chiarisce che “Se un simile principio non può dar luogo a dubbio alcuno, potrebbesi tuttavia chiedere quale sanzione esso abbia. Sanzione diretta, è difficile trovarla: ma, indirettamente, l'omissione del provvedimento da prendere sull'istanza dell'interessato può giustificare qualche volta un ricorso contenzioso, o, quanto meno, esonerare dall'adempimento di alcuna condizione giuridica richiesta per procedere in via contenziosa (il provvedimento definitivo [...])”.

<sup>53</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 489 s.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 489.

*l'intrinseca giustizia come la facoltà di produrre memorie, l'obbligo di udire i pareri di corpi consultivi, quello di motivare, la prescrizione di termini e di altre formalità procedurali*"<sup>55</sup>. Infine, tale diritto troverebbe fondamento anche in *"una norma consuetudinaria in proposito riconosciuta costantemente dalla giurisprudenza specialmente col contrapporre la denuncia la quale non implica obbligo di rispondere e provvedere al ricorso che importa quest'obbligo"*<sup>56</sup>.

Sulla stessa linea era anche chi<sup>57</sup> considerava che il ricorso gerarchico costituisse *"l'esempio di uno dei pochi casi, in cui nel nostro diritto l'iniziativa di un provvedimento amministrativo è concessa al privato, ed è concessa in modo da porre l'amministrazione nella condizione di dover necessariamente o accogliere (totalmente o parzialmente, non conta) o respingere il ricorso"*<sup>58</sup>. E ciò a prescindere dal fatto che un tale obbligo fosse prescritto dalla legge in quanto *"l'interpretazione della legge non è soltanto letterale, è anche logica: e la logica impone che, ove la legge accordi un ricorso, lo accordi con efficacia di fronte all'organo eccitato, non con la facoltà di questo di farne quell'uso che crede"*<sup>59</sup>. Pertanto l'Autore riteneva che la libertà dell'attività amministrativa *"non importa anche la libertà del superiore*

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, 489.

<sup>56</sup> *Ibidem*, 489-490. Per quanto riguarda le sanzioni previste a tutela di tale diritto l'Autore rileva inoltre che "Non sono molto precise le sanzioni positive di questo diritto; tuttavia in forma indiretta o in forma diretta non può dirsi che esse facciano difetto. Indirettamente trattandosi di rimostranza o di ricorso gerarchico il rifiuto di provvedere o il prolungato silenzio, constatato nelle forme legali (atto d'uscire) possono costituire presunzione di rigetto e lasciare adito, se la gerarchia ha più istanze, al ricorso all'autorità superiore, od altrimenti al ricorso immediato alla IV sezione come se le vie gerarchiche fossero state esaurite. In via diretta per la stessa specie di ricorsi possono valere e sempre valgono quando la gerarchia abbia più gradi le sanzioni disciplinari contro i funzionari e gli ordinari poteri gerarchici d'ufficio. In questi come in tutti gli altri casi il rifiuto di provvedere su ricorso amministrativo può dar luogo a ricorso contenzioso alla IV sezione per ottenere l'annullamento del rifiuto, ossia, l'ordine di decidere; può fornire materia ad un'azione per risarcimento di danni contro i funzionari o contro la stessa amministrazione, quando concorrano gli estremi della colpa; può perfino costituire il reato di rifiuto di adempimento ai doveri d'ufficio, quando concorrano gli estremi del dolo".

<sup>57</sup> A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi (ristampa anastatica dell'edizione del 1916)*, Padova, 1986, 258 s.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 258-259.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 259.

*gerarchico di esonerarsi da ogni apprezzamento, perché, anche se questo obbligo non gl'incombessse di fronte ad un ricorso rivoltagli dal cittadino, per l'implicita volontà della legge che il ricorso accorda, gli spetterebbe, di regola, come attuazione dell'obbligo generale di vigilanza che l'istituto della gerarchia importa sempre nel superiore gerarchico di fronte all'attività dell'inferiore*<sup>60</sup>.

Al contrario, altra parte della dottrina riteneva inesistente un obbligo giuridico di rispondere in ordine ai ricorsi gerarchici.

In particolare, vi era chi<sup>61</sup> riteneva illusorio richiamare i principi informatori dello Stato di diritto secondo i quali le autorità amministrative dovrebbero sempre far conoscere ai cittadini le ragioni per cui ritengano di non poter accogliere le loro istanze in quanto, in quel momento storico, l'ordinamento italiano sarebbe stato ancora lontano dalla attuazione del sistema di garanzie che sottintende un regime di governo giuridico<sup>62</sup>. Pertanto, in assenza di espresse disposizioni legislative e di garanzie giuridiche non sarebbe configurabile per l'Amministrazione un obbligo giuridico di rispondere ai ricorsi gerarchici ma, tutt'al più si tratterebbe di un obbligo morale o politico di rendere nota al ricorrente la determinazione della propria volontà<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, 259. L'Autore, inoltre, ritiene che la ragione per la quale il silenzio vada interpretato come rigetto dell'istanza contenuta nel ricorso gerarchico vada ricercata nella presunzione di legittimità degli atti amministrativi: "...se l'organo superiore, accogliendo l'istanza del ricorso, non dà la prova contraria, resta la presunzione che l'atto sia legittimo ed opportuno, e che perciò il ricorso sia respinto".

<sup>61</sup> U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 258 s.

<sup>62</sup> *Ibidem*, 259. L'Autore chiarisce che "La stregua alla quale deve valutarsi se uno Stato abbia o non abbia e sino a qual punto abbia un regime amministrativo veramente giuridico è data dalla esistenza e dalla estensione delle garanzie di diritto che assicurano la protezione degli interessi individuali dalle illegalità dei pubblici amministratori e quindi non può apparire corretto metodo logico quello di porre il postulato aprioristico della esistenza in un dato Stato di un governo giuridico per dedurne che non può farvi difetto alcuna di quelle garanzie [...]. E così, per quanto concerne l'Italia, poiché non è di certo scientificamente lecito stabilire in via assiomatica che essa sia dotata già di un perfetto governo giuridico, così neanche può dirsi che, in assenza di espresse disposizioni, da tutto lo spirito del suo ordinamento amministrativo debba trarsi che alle istanze dei cittadini e più in particolare ai ricorsi in via gerarchica l'amministrazione abbia l'obbligo giuridico di dare risposta".

<sup>63</sup> *Ibidem*, 258.

Dello stesso avviso anche chi<sup>64</sup> considerava “*inaccettabile*” l’esistenza di un obbligo giuridico per l’amministrazione di dare risposta al ricorso gerarchico in quanto “*la legge è muta su questo punto*” e in quanto si tratterebbe di una funzione amministrativa che in mancanza di qualsiasi prescrizione normativa “*possa svolgersi con assoluta insindacabilità*”. Ne discenderebbe che “*il superiore gerarchico investito di un ricorso contro il provvedimento dell’inferiore è completamente libero di manifestare o meno in ordine ad esso, espressamente, la sua volontà; egli possiede cioè a questo riguardo dei poteri discrezionali, non è vincolato, in altre parole, da doveri giuridici i quali rendano obbligatoria la esplicazione di una data attività*”<sup>65</sup>.

In ogni caso, in un primo commento alla decisione del Consiglio di Stato del 1902 veniva sottolineato che il vero substrato del principio accolto dalla IV Sezione si riferiva “*...non già in genere agli effetti del silenzio dell’amministrazione, ma agli effetti del silenzio serbato dalle autorità superiori nella gerarchia sui ricorsi loro diretti contro gli atti di autorità subordinate*”<sup>66</sup>, tenendo, quindi, ben distinte le due diverse ipotesi di attività amministrativa (originaria e di controllo). Veniva inoltre rilevato che la pronuncia in esame era conforme alla previsione di cui all’art. 28 della legge sul Consiglio di Stato in quanto, attraverso la presunzione elaborata dalla IV Sezione, oggetto di ricorso giurisdizionale sarebbe stato comunque un provvedimento, tacito, ma definitivo<sup>67</sup>.

In realtà, la storica pronuncia del 1902 riguardava il singolo caso di specie e faceva leva sul fatto che il privato avesse ripetutamente ma invano invitato l’Amministrazione a provvedere, non ricercando, dunque, una norma positiva che

---

<sup>64</sup> S. TRENTIN, *L’atto amministrativo*, cit., 477 s.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 478-479.

<sup>66</sup> U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 263.

<sup>67</sup> *Ibidem*, 264.



prevedesse l'obbligo giuridico di rispondere sul ricorso gerarchico e che legittimasse la denuncia di un inadempimento in capo all'Amministrazione. Tale norma, come detto, era mancante nel contesto giuridico. Più che altro, tale decisione escogitava una *fictio iuris* secondo la quale non vi sarebbe stata alcuna violazione di un obbligo di provvedere posto a carico dell'Amministrazione, quanto invece una presunta "determinazione di far proprio il provvedimento contro il quale fu invano ad essa prodotto reclamo". In altre parole, si "aggirava" in un certo senso l'analisi circa la sussistenza di un suddetto obbligo per attribuire un significato presunto al comportamento inerte dell'Amministrazione. E ciò era fatto al fine di garantire l'esperibilità della tutela giurisdizionale in un contesto normativo in cui, invece, sarebbe stata preclusa<sup>68</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, veniva indirettamente affermata l'obbligatorietà dell'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione a fronte della presentazione del ricorso gerarchico.

### **3. Obbligo di provvedere e denuncia del privato.**

Si è detto che uno degli elementi rilevatori della obbligatorietà del provvedere a fronte della presentazione di un ricorso gerarchico era stato individuato dalla

---

<sup>68</sup> L'interpretazione del silenzio come manifestazione tacita di volontà della pubblica Amministrazione ai fini di rendere esperibile la tutela giurisdizionale degli interessi lesi dall'inerzia amministrativa trae origine dagli studi della dottrina privatistica la quale tradizionalmente aveva collocato il silenzio nell'ambito delle manifestazioni tacite di volontà negoziale, inquadrando il comportamento inerte del soggetto chiamato ad agire nella categoria dei fatti concludenti ossia dei fatti dai quali è possibile desumere univocamente l'esistenza e il contenuto di una volontà. Di conseguenza, "La dottrina pubblicistica, trovandosi di fronte all'inerzia della pubblica Amministrazione, fenomeno di più macroscopiche dimensioni per le modalità dell'azione di diritto pubblico, che lascia all'iniziativa della pubblica Amministrazione la produzione di effetti giuridici, ha istintivamente ricalcato la via tracciata dai privatisti; tanto più che ravvisare nella figura un provvedimento amministrativo sembra assumere rilievo di necessità per essere questo il presupposto indispensabile per l'esperimento dei ricorsi (amministrativi e) giurisdizionali, talché, per la tutela degli interessi lesi dall'inerzia della pubblica Amministrazione (o, se si preferisce, per la configurazione stessa della lesione), sembra necessario configurare l'inerzia come un atto". Si veda F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 5 s.

dottrina, che tale obbligatorietà riconosceva, nella contrapposizione tra il ricorso gerarchico stesso, il quale comporterebbe un obbligo giuridico di risposta, e la denuncia, la quale sarebbe sprovvista di tale garanzia giuridica.

In realtà, veniva rilevato che, dal punto di vista del principio generale della gerarchia amministrativa, secondo cui l'ufficio superiore avrebbe sempre, allo stesso tempo, non solo la facoltà ma anche l'obbligo di sorvegliare l'andamento degli uffici subordinati, il ricorso gerarchico e la denuncia si confonderebbero tra loro in quanto *“il ricorso del cittadino non ha altra portata che di richiamare l'attenzione dei superiori sul malfatto dei suoi dipendenti”*<sup>69</sup>. Pertanto, secondo tale punto di vista, *“il carattere giuridico del reclamo, a base di interessi soggettivi violati, si confonde con quello della denuncia che tende oggettivamente a lamentare il cattivo andamento di un pubblico ufficio qualsiasi”*<sup>70</sup>.

Tuttavia, veniva subito chiarito che il vero e proprio ricorso gerarchico – che deve provenire da chi ha un interesse personale all'annullamento o alla modificazione del provvedimento impugnato e che comporterebbe un obbligo giuridico di essere risolto a carico dell'Amministrazione – si distinguerebbe in realtà dalla *“denuncia”* la quale sarebbe un'espressione appositamente creata *“per dinotare quel reclamo all'autorità superiore che non produce gli effetti giuridici propri del ricorso in senso proprio”*<sup>71</sup>. Veniva quindi specificato che *“una denuncia può sempre farsi e da chicchessia, e con qualsiasi scopo: gli effetti, però, che possono eventualmente seguirne, non hanno il carattere giuridico di un giudizio sopra un ricorso gerarchico, ma di una determinazione spontanea del superiore relativamente agli atti dell'inferiore”*<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Si veda V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 674 s.

<sup>70</sup> *Ibidem*, 675.

<sup>71</sup> *Ibidem*, 677.

<sup>72</sup> *Ibidem*, 677.

Pertanto, ricorso gerarchico e denuncia venivano distinti tanto dal punto di vista del tipo di interesse agli stessi sotteso (un interesse soggettivo alla modifica e/o annullamento dell'atto impugnato o un mero interesse oggettivo al buon andamento dei pubblici uffici) quanto da quello degli effetti discendenti dalla loro presentazione (obbligo giuridico di rispondere in un caso e eventuale determinazione spontanea dell'autorità, nell'altro)<sup>73</sup>.

Veniva inoltre specificato che la “*revoca*”, la “*riforma in sede gerarchica*” e “*l'annullamento in sede di vigilanza*” sono provvedimenti che l'autorità può prendere “*d'ufficio*” nel senso che “*per emanare i quali la pubblica amministrazione non ha d'uopo d'essere eccitata da alcuna istanza di interessati o d'estranei*” e ciò in quanto “*si tratta invero d'agire nell'interesse della pubblica amministrazione, in casi nei quali essa o per la natura degli atti o per le illegalità di cui sono viziati non è giuridicamente vincolata verso alcuno: di qui l'amplissima libertà di iniziativa e d'azione*”<sup>74</sup>.

Tuttavia, veniva rilevato che l'Amministrazione, non essendo sempre in grado di conoscere direttamente i vizi che possono dare luogo all'annullamento, alla riforma o alla revoca, può esserne informata da un'apposita istanza del cittadino e che “*questa istanza diretta semplicemente a porre in movimento i poteri e le facoltà d'ufficio è la denuncia*”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Già nella decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 18 luglio 1893, n. 244, (in *Giust. amm.*, 1893, 317 s.) si affermava che “La denuncia al Governo non dà alcun diritto al cittadino che la fa, di pretendere che il Governo emetta su di essa una risoluzione, perché s'intende fatta nell'interesse pubblico, non nel privato. E quindi, se il Governo, per ragioni di convenienza, di cui è solo giudice, si astiene dal provvedere sopra una denuncia, o, non essendo tenuto all'osservanza di alcun termine, dichiara (...) di sospendere ogni provvedimento, non può questa Sezione annullare siffatta risoluzione e tanto meno ordinare al Governo di provvedere, il che facendo essa verrebbe ad invadere la sfera riservata all'amministrazione attiva, responsabile davanti ai poteri politici”.

<sup>74</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 487.

<sup>75</sup> *Ibidem*, 487. L'Autore specifica che “la denuncia può di fatto provenire da un pubblico funzionario, da un cittadino, che agisca per il bene pubblico o anche, e più spesso, da un interessato”.

Veniva comunque chiarito che “l’autorità che riceve la denuncia non contrae verso il denunziante nessun nuovo obbligo speciale di provvedere e di provvedere secondo norme fisse e giuridiche. Il suo potere di revoca, di riforma, d’annullamento rimane, come era, meramente facoltativo” e che, pertanto, “in ciò essa si distingue dal ricorso formale, il quale dà un diritto al ricorrente a ottenere la decisione, richiede l’esistenza di un interesse nel ricorrente, ed è astretto, spesso, a termini perentori e a alcune forme (carta bollata, talora notificazioni, ecc.)”<sup>76</sup>.

D’altronde, il Consiglio di Stato riteneva che il ricorso gerarchico potesse essere considerato come una denuncia nel caso in cui il ricorso stesso fosse risultato nullo per difetto di interesse personale e diretto<sup>77</sup>, per decorrenza dei termini<sup>78</sup> o per vizi di forma<sup>79</sup>.

#### **4. Obbligo di provvedere e istanza del privato: l’opera della giurisprudenza nei primi anni del XX secolo.**

La decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 agosto 1902, n. 429, diede il via ad un costante sforzo della giurisprudenza verso l’estensione dell’accesso alla giustizia amministrativa dei privati a fronte di comportamenti silenti della Pubblica Amministrazione, tanto che si parlava al riguardo dell’esistenza di una

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, 488.

<sup>77</sup> Cfr. parere del Consiglio di Stato del 14 agosto 1878, in *Riv. amm. del Regno*, 1878, 798 s.; parere del Consiglio di Stato del 5 marzo 1879, in *Riv. amm. del Regno*, 1879, 346 s.; parere del Consiglio di Stato del 5 luglio 1889, in *Riv. amm. del Regno*, 1889, 830. Cfr. anche la decisione della IV Sezione del 20 agosto 1897, n. 319, in *Giust. amm.*, 1897, I, 455 s., dove si afferma non solo che “Sulle denunce il Governo non è obbligato ad emettere provvedimenti, ma ha la facoltà di negare, o no, il suo intervento secondo considerazioni di ordine politico od amministrativo non censurabili dalla IV Sezione”, ma anche che “...si ha come denuncia un ricorso quando il ricorrente non abbia un interesse diretto e personale nel ricorso stesso”.

<sup>78</sup> Cfr. parere del Consiglio di Stato del 31 gennaio 1880, in *Legge*, 1880, II, 186.

<sup>79</sup> Cfr. parere del Consiglio di Stato del 17 novembre 1876, in *Riv. amm. del Regno*, 1877, 128; parere del Consiglio di Stato del 10 luglio 1889, in *Riv. amm. del Regno*, 1889, 838.

norma consuetudinaria e di *ius receptum*. E ciò facendo veniva implicitamente allargata la gamma delle ipotesi in cui, nei fatti, veniva riconosciuto come doveroso l'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione in quanto la mancata risposta alla richiesta del cittadino veniva interpretata come manifestazione di una volontà presunta.

Si rilevava, infatti, che nel caso in cui la legge prevedesse un obbligo per l'amministrazione di emanare un atto, senza tuttavia disciplinare come dovesse essere interpretata l'eventuale inerzia contraria a tale obbligo, “...a stretto rigore, in tale contegno si dovrebbe ravvisare soltanto un fatto illecito” ma “...varie considerazioni di equità e d'ordine pratico hanno invece indotto la giurisprudenza a derogare al rigore dei principi giuridici”<sup>80</sup>; e ciò in modo particolare per quanto attiene l'obbligo dell'autorità competente a pronunciare sui ricorsi gerarchici<sup>81</sup>.

Si osservava pertanto che “la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, dopo una memorabile decisione della IV Sezione del 2 agosto 1902, si è mantenuta ferma e costante, dando luogo oramai ad una norma consuetudinaria, ha ammesso che, trascorso un congruo termine, che non si può stabilire in linea generale, l'interessato possa con atto di usciere intimare all'amministrazione di pronunciarsi e, se anche tale intimazione rimane inascoltata, il ricorso sia da considerarsi respinto”<sup>82</sup>.

L'Autore tuttavia specificava che tale interpretazione poteva riguardare solo il caso in cui un obbligo di provvedere fosse comunque previsto dalla legge chiarendo

---

<sup>80</sup> SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1932, 265.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 265-266. Sulla effettiva esistenza di un tale obbligo l'Autore chiarisce che “In verità si è da alcuni messo in dubbio l'esistenza di siffatto obbligo. Ma, se esso si ammette, come sembra più esatto, sorge la questione se il silenzio prolungato e ingiustificato dell'autorità amministrativa possa considerarsi equivalente ad un provvedimento, non di accoglimento, giacché tale interpretazione sarebbe evidentemente arbitraria, ma di rigetto del ricorso, in modo che, sulla base di esso, si possano esperire gli ulteriori ricorsi in sede giurisdizionale o in via straordinaria al Re ammessi dalla legge contro i provvedimenti definitivi”.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 266.

che “...se poi la pubblica amministrazione non ha alcun obbligo di emanare un atto, non sembra che il silenzio di essa, a meno che la legge non disponga altrimenti, sia suscettibile di essere interpretato come dichiarazione positiva o negativa”<sup>83</sup>.

Sembra confermare tale impostazione della questione la decisione dell’Adunanza plenaria del 25 luglio 1910<sup>84</sup> – relativa al riparto di competenza tra la IV e la V Sezione del Consiglio di Stato in caso di ricorso circoscritto alla sola legittimità in una materia nella quale era consentito ricorrere anche nel merito – nella quale viene affermato che la cognizione della V Sezione “comprende tanto i veri e propri provvedimenti, con cui in rapporto alle dette materie la pubblica amministrazione abbia positivamente impartiti ordini o divieti, quanto i casi di rifiuto ad emettere provvedimenti che le parti interessate eventualmente ritengano imposti da tassative norme di leggi o regolamenti, nonché i casi in cui la pubblica amministrazione creda di non poter provvedere per mancanza di facoltà, che le parti interessate ritengano invece di essere state dalle leggi concesse”. L’Adunanza plenaria ricollega, dunque, il rifiuto di provvedere alle ipotesi in cui i provvedimenti siano imposti da norme di leggi o regolamenti e lo considera una “specie di quelle molteplici questioni di legittimità, che possono dar luogo a controversie sulle svariate materie, su cui la Sezione V è chiamata a pronunciare con piena giurisdizione”. E’ stato evidenziato, tra l’altro, che nella decisione in oggetto viene singolarmente collegato il rifiuto al dovere e il dovere alla legittimità<sup>85</sup>.

Nella decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 maggio 1914<sup>86</sup> viene affermato che “deve considerarsi equivalente all’emissione di un

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, 266. L’Autore rileva infatti che “...Il principio, del resto molto controverso, che si debba, in tali casi, aver riguardo al comune modo di agire, potrà al più valere nel diritto privato, ma non nel diritto amministrativo, in cui, di regola, come si è visto, le dichiarazioni debbono seguire con forme e procedimenti determinati”.

<sup>84</sup> In *Foro it.*, 1910, III, 265 s.

<sup>85</sup> In particolare A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005, 17.

<sup>86</sup> In *Foro it.*, 1914, III, 329 s.

*provvedimento negativo e può quindi dare adito a ricorso alla IV Sezione la circostanza che il Ministero si sia astenuto dal provvedere (...) malgrado le ripetute istanze dell'interessato, né di fronte a queste abbia in alcun modo manifestato la propria volontà*". Nel caso di specie, relativo alla mancata nomina di un impiegato a seguito di concorso, al silenzio viene attribuito valore di dichiarazione tacita di volontà negativa nel senso che l'eccezione pregiudiziale d'inammissibilità del ricorso per difetto di un atto impugnabile viene ritenuta priva di fondamento in quanto *"sta in fatto, per confessione della stessa amministrazione resistente, che il Ministero, tacendo sui reclami del prof. (...), intese di far proprio il parere della Giunta di vigilanza (...) e deliberò di non nominarlo, e tutto ciò che manca si riassume nel difetto di notifica della risoluzione ministeriale"*. La IV Sezione individua pertanto una correlazione fra la mancata risposta all'istanza del cittadino (*"...tacendo..."*) e una presunta volontà di *"far proprio"* il parere negativo espresso dall'organo consultivo. Tutto ciò collegato al fatto che *"le occorrenze attuali dei pubblici uffici (...), che sono la causa dei concorsi, entrano nel rapporto fra amministrazione e concorrenti, anche per quanto riflette il dovere della prima a procedere, senza incongrui temporeggiamenti, alla nomina in persona di chi abbia titolo a conseguirle"*. In questo caso, dunque, come nella decisione del 1902, il Consiglio di Stato non si sofferma sulla individuazione di un obbligo di dare risposta alla richiesta del privato-concorrente, ma piuttosto si concentra nel supporre una presunta manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione desumibile dal silenzio dalla stessa serbato.

Anche nella decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 24 ottobre 1924, n. 728<sup>87</sup>, relativa alla mancata risposta ad un'istanza di avanzamento, viene affermato che *"l'omissione, dopo vario tempo (...) di una formale comunicazione da*

---

<sup>87</sup> In *Riv. dir. pubbl.*, 1924, II, 409 s.

*parte dell'Amministrazione sull'esito di una domanda va intesa come un provvedimento sfavorevole e cioè negativo, sulla legittimità del quale può pronunziarsi il Consiglio di Stato all'uopo adito*".

E' interessante ricordare, come indice rilevatore di una interpretazione costante del silenzio dell'Amministrazione nei termini individuati dalla decisione del Consiglio di Stato del 1902, anche la sentenza delle Sezioni Unite della Corte dei Conti dell'8 maggio 1925, n. 3268<sup>88</sup>, nella quale – seppur in riferimento al rito speciale contabile e alle norme che ne disciplinavano il relativo accesso – si dichiara l'inammissibilità del ricorso proposto in quanto il provvedimento amministrativo non era stato emanato e alla domanda presentata all'Amministrazione nei modi e termini previsti dalla legge – domanda rimasta inevasa – non erano seguiti formali atti di messa in mora dell'Amministrazione. In particolare, la Corte dei Conti rileva che *"...Né vale opporre che il ricorrente abbia provocato dall'amministrazione il provvedimento cui riteneva di aver diritto, e che la mancanza di tale provvedimento debba ritenersi come tacita manifestazione di decisione negativa, poiché, nella specie, non risulta che da parte dell'interessato sia stato notificato all'amministrazione alcun atto formale che la invitasse a provvedere in merito alla di lui richiesta"*.

Con la decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 22 luglio 1926, n. 280<sup>89</sup>, si riafferma il principio per cui, se a seguito di notifica di atto formale con cui l'Amministrazione venga intimata a provvedere la stessa non agisca, *"...il suo persistente silenzio devesi considerare come rigetto della domanda dell'interessato"*. E nel caso di specie si faceva riferimento al diritto dell'istante alla pensione o alla indennità, a carico dell'istituto, *"in base alla legge ed ai regolamenti"*.

---

<sup>88</sup> In *Foro amm.*, 1925, III, 97 s.

<sup>89</sup> In *Foro amm.*, 1926, I, 2, 305 s.



La decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 21 gennaio 1927, n. 44<sup>90</sup> riguardava, tra l'altro, la mancata risposta da parte del Ministero della Giustizia alla richiesta di riammissione in carriera avanzata da un magistrato. Il Consiglio di Stato si pronuncia in conformità agli orientamenti giurisprudenziali precedentemente riportati rilevando che *“si disputa in dottrina se contro il silenzio della pubblica Amministrazione sia ammissibile ricorso giurisdizionale, non essendovi nella nostra legislazione una disposizione che lo disciplini, né altra che stabilisca un termine all'autorità per provvedere sulle istanze dei privati. Ma la giurisprudenza di questo Consesso ha ritenuto ammissibile siffatto ricorso non essendo di ostacolo alla sua procedibilità la mancanza di un provvedimento positivo, a condizione però che il rifiuto a provvedere od a rispondere sia fatto constare per mezzo di atto giudiziario di diffida, atto che nella specie non è stato prodotto”*. La IV Sezione specifica, inoltre, che il silenzio della Pubblica Amministrazione può essere equiparato solo ad un provvedimento negativo *“nel senso cioè o di un esplicito rifiuto a provvedere ovvero del non accoglimento dell'istanza o della reiezione del ricorso di cui trattasi”*. Tuttavia, l'indagine sulla doverosità, anche in questo caso, come in quello precedente di cui alla decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 22 luglio 1926, n. 280, non riguarda l'individuazione di un obbligo di rispondere all'istanza del privato né l'individuazione della sua fonte, quanto, piuttosto, attiene alla spettanza del bene della vita richiesto. Il Consiglio di Stato infatti rileva che *“non possa ravvisarsi alcun che di illegittimo nell'operato del Ministero”* in quanto la normativa di riferimento prevede la facoltà e non l'obbligo del Ministero di riammettere in servizio i magistrati dichiarati dimissionari. Pertanto *“se è sindacabile l'uso di una facoltà attribuita ad una autorità, quando non sia stata esercitata in*

---

<sup>90</sup> In *Foro amm.*, 1927, I, 1, 159 s.

*conformità alle norme di legge, non è sindacabile il non uso di una facoltà, rimessa al criterio assolutamente discrezionale della medesima”.*

In altre parole, in questa giurisprudenza viene in un certo senso sorpassato il problema circa la sussistenza di un obbligo gravante, caso per caso, sull'Amministrazione di dare risposta all'istanza ovvero al ricorso gerarchico presentati dal cittadino, né tantomeno viene ricercata la presenza di una specifica previsione legislativa che imponga l'obbligatorietà del provvedere. Piuttosto, il Consiglio di Stato, nella preoccupazione di individuare un meccanismo che assicuri comunque l'accesso alla tutela giurisdizionale, elabora un sistema per cui il silenzio accompagnato da determinate formalità (atto giudiziario di diffida) debba essere equiparato, in virtù di una *fiction iuris*, ad un provvedimento negativo. Per questo motivo nella decisione n. 44/1927 la IV Sezione sottolinea, in relazione al silenzio, il fatto che non vi sia nell'ordinamento una disposizione che disciplini l'eventuale ricorso giurisdizionale, “né altra che stabilisca un termine all'autorità per provvedere sulle istanze dei privati”, soprassedendo quindi sull'interrogativo, per natura precedente a quest'ultimo, se sia presente, nel caso di specie, una norma che imponga all'autorità di provvedere; si pone il problema sul “quando” lasciando da parte l'indagine sull' “an” della doverosità. Nella sentenza in esame tale problema sembra, come detto, confondersi con quello relativo alla spettanza del bene della vita (facoltà e non obbligo del Ministero di riammettere in servizio i magistrati dichiarati dimissionari). In realtà, una cosa è la presenza di un obbligo a provvedere, in senso positivo o negativo, sull'istanza presentata dal privato, altra è invece l'emanazione di un provvedimento favorevole di accoglimento dell'istanza stessa.

Con la decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 21 gennaio 1927<sup>91</sup> viene riaffermato il principio dell'ammissibilità del ricorso giurisdizionale contro il

---

<sup>91</sup> In *Foro it.*, 1927, III, 159 s.

silenzio della Pubblica Amministrazione serbato su ricorso gerarchico e viene specificato nella relativa massima che *“quando però il ritardo dell’Amministrazione non apparisca del tutto ingiustificato il Consiglio di Stato può assegnare ad essa un congruo termine per provvedere”*.

Anche la decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 2 luglio 1927, n. 369<sup>92</sup>, ribadisce il principio secondo il quale qualora il silenzio dell’Amministrazione sia stato constatato per mezzo di atti giudiziari di diffida debba essere equiparato ad un provvedimento negativo il quale dà adito al ricorso giurisdizionale.

Di rilievo appare anche la decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 13 aprile 1928<sup>93</sup> nella quale viene affermato che *“risponde ad un principio di giustizia e di equità”* il fatto che l’Amministrazione porti a conclusione il procedimento disciplinare, iniziato durante la permanenza del rapporto di impiego, nonostante che il detto rapporto sia successivamente cessato. E ciò in quanto *“i rapporti disciplinari non riguardano soltanto la semplice carriera dell’impiegato, ma anche la sua reputazione morale ed hanno molteplici ripercussioni su svariati rapporti giuridici; di qui l’obbligo dell’Amministrazione di far seguire alle trasgressioni, imputate al funzionario, una pronuncia definitiva su di esse”*. Viene dunque riconosciuto un obbligo in capo all’Amministrazione di concludere il procedimento disciplinare già iniziato con una pronuncia definitiva sulla base del *“diritto”* del privato – nel caso, dell’impiegato – di ottenere una decisione.

Nella massima della decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 giugno 1928, n. 458<sup>94</sup>, si legge che *“il silenzio legalmente constatato dell’amministrazione che abbia obbligo per legge a pronunziarsi in una data sentenza, ha valore di diniego o di rifiuto sia pure opposto tacitamente alla formale*

---

<sup>92</sup> In *Foro amm.*, 1927, I, 2, 285 s.

<sup>93</sup> In *Foro it.*, 1928, III, 105 s.

<sup>94</sup> In *Foro amm.*, 1928, I, 1, 264 s.

*richiesta dell'interessato*". E nella motivazione della sentenza il Consiglio di Stato fa riferimento ad un *"obbligo correlativo al diritto"*, dichiarato con precedente decisione del Consiglio di Stato stesso, *"di riesaminare ed eventualmente correggere e mutare le determinazioni (...) di pronunciarsi in qualsiasi modo sull'istanza"*. Pertanto il Consiglio di Stato, stante la normativa di riferimento che prevede l'obbligo legislativo di provvedere, *"deve dichiarare illegittimo il rifiuto, sia pure tacitamente, opposto alla formale richiesta del ricorrente di pronunciarsi sulla di lui posizione (...)"*.

Nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., del 28 luglio 1928<sup>95</sup> si fa riferimento all' *"atteggiamento passivo dell'ente il quale ometta di prestare ossequio ad un obbligo derivante da una norma legislativa o da altra fonte legittima di obbligazione"* e le Sezioni Unite ribadiscono il principio per cui non sarebbe *"necessario che la volontà amministrativa si concreti in un atto solenne per legittimare la competenza degli organi amministrativi, ma basta che tale volontà si manifesti comunque, e perciò anche attraverso il contegno dell'Amministrazione (...)"*.

Con la decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1929<sup>96</sup> viene riaffermato il principio secondo cui il Ministro ha l'obbligo di rispondere ai ricorsi presentati in via gerarchica, anche qualora siano in fatto inammissibili o infondati, e che il lungo silenzio al riguardo serbato debba ritenersi equivalente a rigetto, aprendo così la strada alla proponibilità del ricorso in sede giurisdizionale. E' rilevante sottolineare che nella decisione in oggetto si sostiene che l'obbligo di pronuncia sui ricorsi gerarchici *"allo stato della nostra legislazione non può mettersi in dubbio"* e vengono indicati quali riferimenti normativi l'art. 3 della legge 20

---

<sup>95</sup> In *Foro it.*, 1929, I, 433 s.

<sup>96</sup> In *Foro it.*, 1929, III, 120.

marzo 1865 n. 2248 allegato E<sup>97</sup> (c.d. legge di abolizione del contenzioso amministrativo) e l'art. 34, comma 1, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054<sup>98</sup> (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato).

Nella massima della sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., del 17 maggio 1930, n. 1701<sup>99</sup> viene rilevato che *“può ormai considerarsi ius receptum che il silenzio serbato dalle pubbliche amministrazioni su istanze di privati cittadini diviene, sotto l'osservanza di determinate norme sulla messa in mora, un provvedimento negativo e, pertanto, la sua impugnativa va proposta dinanzi la competente autorità giurisdizionale, a norma delle vigenti disposizioni sulla Giustizia amministrativa”*<sup>100</sup>.

Anche nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., del 27 giugno 1930, n. 2283<sup>101</sup>, si afferma che *“...può ravvisarsi l'atto lesivo perfino nella forma tacita di rifiuto, nel silenzio, nell'astensione a provvedere sulla richiesta (...) quando peculiari circostanze convincano che nel comportamento passivo*

---

<sup>97</sup> Il comma 1 dell'art. 3 prevede che: “Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti”. Ai sensi del successivo comma 2: “Contro tali decreti, che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative”. Per fini di completezza si riporta anche il testo del precedente art. 2: “Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa”.

<sup>98</sup> Ai sensi del comma 1 dell'art. 34 “Quando la legge non prescrive altrimenti, il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se non contro il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa, sul ricorso presentato in via gerarchica, salva la facoltà dell'assegnazione di un breve termine per riprodurre all'autorità gerarchica competente il ricorso proposto, per errore ritenuto scusabile, contro provvedimenti non definitivi”.

<sup>99</sup> In *Foro amm.*, 1930, II, 174 s.

<sup>100</sup> Di rilievo anche il passo della motivazione della suddetta sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel quale si afferma che: “la espressione atto amministrativo va intesa nel senso ampio di una qualsiasi estrinsecazione di volontà dell'Ente pubblico avente attinenza coll'attività che l'Ente stesso svolge nel campo amministrativo. Comprende non solo ogni provvedimento formale emanato dalla Pubblica amministrazione, ma altresì ogni dichiarazione tacita di essa concretata in fatti positivi o negativi. L'atto negativo è uno dei modi coi quali l'amministrazione può esprimere la propria volontà e presenta gradazioni che vanno dal rifiuto formale al silenzio”.

<sup>101</sup> In *Foro amm.*, 1930, II, 228 s.

*dell'amministrazione sia insita una implicita estrinsecazione di volontà*". Il provvedimento tacito di rifiuto sarebbe pertanto impugnabile davanti al Giudice amministrativo.

La massima della sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., del 28 novembre 1930, n. 3413<sup>102</sup> ribadisce il principio secondo cui *"il silenzio serbato dal Comune sulla istanza del privato costituisce, dopo una regolare messa in mora, provvedimento negativo, impugnabile in via giurisdizionale"*.

La decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 30 luglio 1931<sup>103</sup> riafferma il principio per cui qualora la Pubblica Amministrazione ometta di provvedere sulle istanze del privato, questi, previa interpellanza e fissazione di un termine per l'emissione del provvedimento, possa proporre ricorso al Consiglio di Stato. Tuttavia, l'aspetto maggiormente interessante di tale decisione risiede nel fatto che i Giudici si preoccupano di ricercare una norma legislativa che imponga all'amministrazione l'obbligo di provvedere sulle istanze dei privati. E tale norma viene rinvenuta nella disposizione che già nella decisione sopra riportata della V Sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1929 era stata considerata il fondamento normativo dell'obbligo di pronuncia sui ricorsi presentati in via gerarchica. In particolare, si legge nella decisione in esame che *"la Amministrazione ha obbligo di provvedere sulle istanze concernenti interessi dei cittadini"*; e ciò si desumerebbe, oltre che da alcune disposizioni del regolamento edilizio applicabile al caso di specie, anche e soprattutto *"in via generale dall'articolo 3 della legge 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo, che, nell'attribuire all'Amministrazione gli affari relativi ad interessi, le fa obbligo di provvedere sulle istanze relative"*. Rileva, inoltre, la chiara distinzione operata nella pronuncia in esame tra esercizio di

---

<sup>102</sup> In *Foro amm.*, 1931, II, 21.

<sup>103</sup> In *Foro it.*, 1932, III, 11 s.

attività discrezionale e obbligo di adozione di un provvedimento nel merito (di accoglimento o di rigetto) da parte dell'autorità amministrativa in quanto i giudici, testualmente, dichiarano di ricercare forme di tutela *“nel caso in cui l'esercizio di potere discrezionale conferito alla Amministrazione degeneri in un contegno passivo rivolto a differire indefinitivamente ogni sua decisione nel merito”*.

Dall'esame della giurisprudenza amministrativa e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dei primi anni del XX secolo emerge, dunque, una chiara estensione del principio affermato in prima battuta dalla storica decisione del Consiglio di Stato del 1902, in relazione alla mancata risposta da parte dell'Amministrazione sui ricorsi gerarchici, anche alle ipotesi di silenzio amministrativo mantenuto a fronte di istanze volte a sollecitare la c.d. azione amministrativa originaria. Tale estensione riguarda in particolare il considerare il silenzio dell'Amministrazione equivalente ad un provvedimento tacito di rigetto, qualora siano state poste in essere dall'interessato determinate formalità, quali ad esempio un atto giudiziario di diffida, al fine di consentire l'esperibilità della tutela giurisdizionale<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> In senso critico rispetto alla qualificazione del silenzio come esternazione di provvedimento e, quindi, come manifestazione, espressa o tacita, di volontà, si veda F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 31 s. In particolare, l'Autore nel considerare il silenzio come mancanza di attività, afferma che il silenzio stesso *“considerato come una pausa dell'azione amministrativa, come inerzia della pubblica Amministrazione mantenuta di fronte allo scopo dell'attuazione dell'interesse pubblico, deve essere inteso come punto di crisi nello svolgimento della funzione amministrativa. Il silenzio si qualifica in tal modo per la sua contrarietà all'interesse pubblico, in quanto mancanza della (azione diretta alla) sua realizzazione; e cioè per una ragione opposta a quella generalmente considerata, che invece trova il valore giuridico del silenzio nell'essere questo espressione di attività amministrativa, forma anomala o anormale di estrinsecazione di provvedimenti amministrativi; in definitiva, esercizio effettivo della funzione amministrativa. Secondo la concezione che ora si espone, è invece in quanto considerato nella sua natura intrinseca di non essere in relazione alla situazione giuridica di dover essere, che esso assume a fenomeno giuridico. L'interesse pubblico attende la sua realizzazione; la pubblica Amministrazione vi è tenuta; indugia: per ciò stesso compie qualcosa di contrario alla norma e all'interesse pubblico. L'indugio, la mancanza di attività, si erge a silenzio, per la rilevanza globale della funzione amministrativa”*.

Si è visto, tuttavia, che se è vero che, con il meccanismo elaborato dalla giurisprudenza, implicitamente veniva riconosciuta la doverosità del provvedere sulle istanze e sui ricorsi gerarchici, pena la attribuzione al comportamento inerte di una manifestazione di volontà presunta, è anche vero che in questo modo l'indagine sulla doverosità e sulle sue fonti passava spesso in secondo piano e veniva a volte quasi dimenticata, confondendosi in alcuni casi con la valutazione circa la spettanza del bene della vita richiesto dal cittadino.

In alcune delle ultime sentenze analizzate (decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1929; decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 30 luglio 1931), invece, la doverosità amministrativa sembra ritrovare un posto centrale nella riflessione della giurisprudenza la quale si preoccupa di trovare un riferimento normativo in grado di rappresentarne il fondamento. Tale fondamento viene rinvenuto nella norma di cui all'art. 3 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato E e viene considerato come il fondamento "generale" della doverosità amministrativa nel senso che di volta in volta l'indagine potrà anche estendersi nella ricerca di ulteriori specifiche norme applicabili al caso concreto che prescrivano il dovere di provvedere in aggiunta alla suddetta previsione generale. Questa disposizione è considerata dalla giurisprudenza il fondamento normativo tanto dell'obbligo di provvedere rispetto ai ricorsi presentati in via gerarchica quanto dell'obbligo di provvedere rispetto alle istanze "originarie".

## **5. (Segue): le considerazioni della dottrina amministrativistica.**

La ricostruzione elaborata dalla giurisprudenza fu oggetto di contrastanti opinioni da parte della dottrina.



Vi era infatti chi<sup>105</sup> sostanzialmente concordava con gli orientamenti giurisprudenziali riportati rilevando che “*applicando i criteri logici noi crediamo di poter stabilire che nel caso di poteri discrezionali il silenzio valga come rifiuto, cioè come disconoscimento, di quell’interesse per la soddisfazione del quale il privato ha eccitato l’autorità amministrativa*”<sup>106</sup>. In particolare, l’Autore riteneva che la causa dell’esercizio presunto della funzione attribuita all’organo rimasto silente fosse costituita dal potere discrezionale della pubblica Amministrazione<sup>107</sup> e, riprendendo la distinzione già operata dal Presutti<sup>108</sup> tra tre specie di poteri discrezionali a seconda che si riferiscano all’emanazione di un dato atto, al suo contenuto o ad entrambe le cose insieme, sosteneva che di silenzio si sarebbe potuto parlare solo nel primo e nell’ultimo caso ma non nel secondo in quanto “*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*”<sup>109</sup>. Sulla base di tali considerazioni l’Autore affermava che l’esercizio di una data funzione potesse avvenire tramite il silenzio con una presunzione della volontà e che tale presunzione dovesse valere nel caso di poteri discrezionali come presunzione di rifiuto. E ciò per ragioni giuridiche<sup>110</sup>, ragioni pratiche<sup>111</sup> e per principi di economia giuridica<sup>112</sup>. E’

---

<sup>105</sup> R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV, 106 s.

<sup>106</sup> *Ibidem*, 109.

<sup>107</sup> L’Autore specifica infatti che “Se la legge imponesse sempre obbligatoriamente alla Autorità un comportamento determinato, il silenzio di questa potrebbe significare tutto ciò che si vuole, tranne esercizio di quella funzione tassativamente commessa all’ente pubblico”. *Ibidem*, 107-108.

<sup>108</sup> E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 5 s.

<sup>109</sup> R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, cit., 108.

<sup>110</sup> *Ibidem*, 110. In particolare: “La ragione giuridica – per quanto detta così impropriamente – riposa su la considerazione che se la Pubblica Amministrazione rimane inerte, ciò significa che essa non vuole dar corso alla domanda che la eccita a muoversi, a porre in essere una qualsiasi forma di esterna attività. Poiché bisogna presumere che esuli la malafede dai comportamenti dell’ente pubblico, è evidente (...) che gli amministratori debbono aver esaminata la domanda: or se essi rimangono inerti, ciò vorrà dire che, a esame compiuto della richiesta del privato, hanno stabilito esser conveniente non agire, cioè non consentire acchè quell’interesse abbia la sua realizzazione”.

interessante constatare che, come detto, secondo l'Autore tale ricostruzione non si sarebbe comunque potuta applicare nel caso in cui l'Amministrazione fosse stata obbligata ad emanare l'atto, pur essendo libera nella determinazione discrezionale del contenuto.

Favorevole alla tendenza giurisprudenziale in atto era anche chi<sup>113</sup> riteneva che *“Quando il silenzio è caratterizzato dal disconoscimento dell'obbligo di rispondere, che si desume dalle peculiari circostanze del caso, costituisce, a tutti gli effetti, un vero e proprio atto amministrativo, ove concorrano gli altri requisiti sostanziali di esso, ed equivale al rifiuto esplicito di provvedere secondo la domanda dell'interessato. Alle esigenze estrinseche della proponibilità del ricorso si provvede con una formale interpellanza all'autorità. Il verbale dell'ufficiale giudiziario è sufficiente per sopperire alla materialità dell'atto”*<sup>114</sup>.

Tuttavia, vi era anche chi<sup>115</sup> criticava fortemente l'atteggiamento della giurisprudenza di quei tempi volto a riconoscere un'ampia estensione della figura giuridica dell'atto amministrativo tacito. Veniva infatti sottolineato che tale tendenza, seppur giustificata dal pregevole intento di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale e di eliminare gli abusi dell'Amministrazione, non era scevra da

---

<sup>111</sup> *Ibidem*, 110. L'Autore specifica che “C'è poi un complesso di ragioni d'ordine pratico, per cui ordinariamente è meno grave lasciar le cose nello statu quo, che creare una nuova situazione: questa presenta sempre gli inconvenienti derivanti dalla fine dell'antica e dalla sua instaurazione; non solo, ma c'è anche da considerare che spesso la domanda non sarà tale da poter essere esaudita con un «SI» breve e secco, né si potrà di conseguenza presumere che il silenzio valga assenso in tutto e per tutto; la sua complessità farà sì che meglio e più consono alla presente intenzione delle Autorità sia il supporre un rifiuto”.

<sup>112</sup> *Ibidem*, 110. In particolare: “Or se da una parte l'Autorità ha quei poteri discrezionali che permettono di non dar corso alla domanda e di rimanere inattiva, e dall'altra normalmente si fa uso del minimo mezzo per manifestare un volere, appar logico che il silenzio debba far presumere senz'altro un rifiuto”.

<sup>113</sup> G. RUSSO, *L'atto amministrativo nelle controversie derivanti dal rapporto di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1929, I, 433 s.

<sup>114</sup> *Ibidem*, 438-9. L'Autore aggiunge che “In tal modo si chiarisce un punto che appariva come una grave lacuna della legge, e si cancella la falsa visione di un'Amministrazione in possesso di un mezzo idoneo ad eludere la legge e denegare giustizia”.

<sup>115</sup> U. BORSI, *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'Amministrazione*, in *Studi in memoria del Prof. Pietro Rossi*, Siena, 1932, 115 s.

inconvenienti<sup>116</sup> e, in ogni caso, si sarebbe potuta realizzare soltanto per mezzo di una riforma legislativa. L'Autore sottolineava la rilevante differenza tra il caso del silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte di un'istanza presentata dal cittadino nel momento dell'azione amministrativa originaria e quello – affrontato dalla pronuncia della IV Sezione del Consiglio di Stato del 22 agosto 1902 – relativo al silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte di un ricorso presentato in via gerarchica nel momento del controllo dell'azione stessa e affermava, al riguardo, che *“In questa specie, dunque, un provvedimento dell'Amministrazione esisteva e la presunzione che si fondava sul silenzio dell'Autorità superiore era quella di una tacita conferma di tale provvedimento, che pertanto poteva considerarsi esso stesso come definitivo. Ma ben diverso è il caso in cui non vi sia atto alcuno. 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”*<sup>117</sup>. Pertanto l'Autore rilevava che in assenza di una regolamentazione legislativa del fenomeno del silenzio dell'Amministrazione sarebbe stato inammissibile *“che essa debba sottostare all'intimazione di rispondere o provvedere nel termine che piace all'interessato di fissare, indipendentemente da ogni obbligo di legge”*<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, 117. In particolare l'Autore sottolinea che “Se tale costruzione fosse ben fondata, l'Amministrazione si troverebbe sottoposta al cenno di qualunque ignaro, di qualunque illuso, di qualunque importuno, di qualunque intrigante che potrebbe assegnarle un termine a provvedere e reiterarle severe intimazioni per mezzo di ufficiale giudiziario. E' vero che richieste o fantastiche, o inutili, o sconvenienti, o capziose, ed intimazioni di ufficiali giudiziari non possono in nessun caso evitarsi dall'Amministrazione come non possono evitarsi da chicchessia, ma, mentre il privato può, se crede, disinteressarsene, riducendone al minimo il danno e la molestia, la Amministrazione non avrebbe facoltà di fare altrettanto senza dare al suo comportamento il preciso significato di pronuncia negativa”.

<sup>117</sup> *Ibidem*, 121. L'Autore specifica che “E' facile comprendere che, agli effetti di una questione di inadempimento dell'obbligo di fare o di dare, la mancanza dell'atto di adempimento può logicamente equivalere al rifiuto di adempimento, ma l'equivalenza logica non si identifica, in relazione al giudizio amministrativo, con quella processuale”.

<sup>118</sup> *Ibidem*, 118.

In realtà, lo stesso Autore già da tempo e, in particolare, in occasione della decisione della IV Sezione del 22 agosto 1902<sup>119</sup> – e pertanto assai prima che la giurisprudenza iniziasse ad estendere il suddetto principio a “tutti” i casi di silenzio – aveva rilevato che, seppure con la decisione del 1902 “*si è fatto un passo notevole nel perfezionamento degli istituti di giustizia amministrativa completando la coordinazione fra il ricorso gerarchico ed il ricorso contenzioso e limitando gli effetti del silenzio eventualmente opposto da autorità amministrative ad istanze individuali*”, tuttavia, anche quando si sarà consolidato il principio contenuto nella suddetta decisione, “*mancherà sempre il mezzo di scongiurare gli effetti del silenzio dell’amministrazione in casi numerosissimi ed importanti, quando essa sia richiesta, non di controllare un atto che già da lei fu posto in essere, ma di spiegare un’azione che altrove abbiamo chiamato originaria*”; secondo l’Autore, infatti, “*Non è davvero immaginabile che a fornire questo mezzo possa arrivare la IV sezione con una estensione del principio di recente adottato, sia per l’indole della sua funzione, la tassatività e ristrettezza della sua giurisprudenza di merito, sia perché col principio stesso essa ha offerto contro il silenzio dell’amministrazione, non potendolo colpire direttamente, un rimedio soltanto indiretto*”<sup>120</sup>.

Pertanto, già a quei tempi, l’Autore auspicava un intervento del Legislatore che regolasse la materia<sup>121</sup> e ipotizzava, quale soluzione “*più pratica e più facilmente accessibile per il nostro paese*”, la creazione di un contenzioso *ad hoc*; e cioè di un “*contenzioso speciale relativo al silenzio dell’amministrazione*”, tramite cui ammettere “*il ricorso contro il mero silenzio dell’amministrazione, considerato che*

---

<sup>119</sup> U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 252 s.

<sup>120</sup> *Ibidem*, 272.

<sup>121</sup> *Ibidem*, 272. L’Autore specifica: “che in tali casi non manchi l’opportuno rimedio in omaggio al principio di giustizia, in coerenza alla base fondamentale dello Stato e del diritto pubblico moderno, è perciò una aspirazione a cui in Italia soltanto il legislatore è in grado di soddisfare”.

*questo può rappresentare una lesione di interessi individuali anche quando non costituisca in forza di presunzione assoluta il succedaneo di un provvedimento di rigetto, di un atto negativo*<sup>122</sup>.

Tale soluzione era ritenuta più adeguata soprattutto ove relazionata all'altra soluzione alternativa ad essa che, sempre secondo l'Autore, si sarebbe dovuta modellare sull'esempio francese con l'introduzione nel diritto italiano di una disposizione secondo la quale il silenzio serbato a lungo su un'istanza sarebbe stato assimilato al rigetto della medesima<sup>123</sup>. Questa alternativa, tuttavia, sarebbe stata *“uno sterile espediente”* ove non accompagnata da un'ampia e forse eccessiva estensione della competenza di merito degli organi di giustizia amministrativa.

Infatti, a parere dell'Autore, *“se è possibile che un giudice si limiti ad esaminare la legittimità di un atto amministrativo senza indagare l'opportunità di questo, invece nemmeno è concepibile come esso abbia modo di decidere che un atto debba o non debba venir posto in essere quando non sia autorizzato a valutare anche la convenienza, le ragioni di fatto, i moventi occasionali dell'atto medesimo”*<sup>124</sup>.

Di conseguenza, l'Autore riteneva che l'adozione legislativa di un principio del genere di quello accolto nel diritto francese non sarebbe stato sufficiente *“a*

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, 278.

<sup>123</sup> L'art. 3 della legge francese del 17 luglio 1900 stabiliva che: “Quanto agli affari contenziosi che non possono deferirsi al Consiglio di Stato che sotto la forma di ricorso contro una decisione amministrativa, quando sono passati più di quattro mesi senza che sia intervenuta alcuna decisione, le parti interessate possono considerare come respinta la loro istanza e provvedersi dinanzi al Consiglio di Stato”. Tale disposizione era modellata su di un'altra assai precedente – relativa ad un sistema nel quale i ministri erano reputati giudici ordinari del contenzioso amministrativo ed ai quali venivano quindi deferite in primo grado gran parte delle controversie amministrative – contenuta nell'art. 7 del decreto 2 novembre 1864 secondo la quale: “Quando i ministri pronunziano su ricorsi contro decisioni di autorità ad essi subordinate, la loro decisione deve intervenire nel periodo di quattro mesi dal ricevimento del reclamo al ministero. Se il ricorrente produce in seguito dei documenti, il periodo suddetto decorre soltanto dal ricevimento di tali documenti. Trascorso il periodo stesso, se non è stata emanata alcuna decisione, le parti possono considerare come respinto il loro reclamo e provvedersi dinanzi al Consiglio di Stato”.

<sup>124</sup> *Ibidem*, 273.

*rimuovere e neanche a ridurre moltissimo l'inconveniente oggi offerto dall'irrimediabile abuso del silenzio per parte della pubblica amministrazione e d'altronde non si potrebbe dare al principio stesso efficacia adeguata al bisogno, se non mediante una amplissima estensione della competenza di merito degli organi di giustizia amministrativa*"<sup>125</sup>.

La soluzione della creazione di un contenzioso speciale relativo al silenzio dell'Amministrazione avrebbe invece comportato un mutamento meno radicale delle basi della giustizia amministrativa italiana e avrebbe potuto trovare "un addentellato" nella norma, allora vigente, di cui all'art. 25 n. 6 della legge sul Consiglio di Stato<sup>126</sup>.

Tale ricorso, "contro l'assoluto silenzio della amministrazione, in quanto è silenzio e non in quanto si presuma significare rigetto della istanza, rifiuto di dare provvedimenti su di un dato affare", comporterebbe che "l'organo chiamato a conoscerne, ove trovasse l'istanza ben diretta, conveniente nella forma, non repugnante prima facie ai principii di diritto, di morale e di equità potrebbe limitarsi ad ingiungere all'autorità cui fu rimessa di rispondervi entro un termine da prefiggersi secondo la presumibile gravità dell'affare". Si realizzerebbe quindi "una specie di sommario giudizio di delibazione della semplice regolarità della istanza

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, 274.

<sup>126</sup> In particolare, l'art. 25 n. 6 del R.D. n. 6166/1889 prevedeva che: "La IV Sezione del Consiglio di Stato decide pronunciando anche in merito: (...) 6) dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico". Tuttavia, l'Autore chiarisce che "Non invociamo una mera estensione dell'art. 25 n. 6 della legge sul consiglio di Stato: questa norma (...) può essere il germe, può dare la nota della futura e necessaria riforma, ma non propriamente costituirne la base. Essa (...) importa una diretta ingerenza dell'organo giurisdizionale nell'amministrazione attiva, nel senso che la IV sezione, invece di limitarsi ad affermare l'obbligo dell'amministrazione attiva di uniformarsi al giudicato emesso in suo confronto può determinare e disporre essa medesima gli atti occorrenti per portare il giudicato ad esecuzione. Ora di simile ingerenza non vi ha d'uopo per escludere gli effetti del silenzio serbato dall'amministrazione su istanze di cittadini, sia quando queste siano dirette ad ottenere provvedimenti che l'amministrazione deve adottare per preciso e categorico disposto di legge, sia quando si riferiscano a provvedimenti che essa può adottare in forza dei suoi poteri discrezionali". *Ibidem*, 276-277.

come substrato di un ordine a cui la competente autorità amministrativa sarebbe tenuta ad obbedire”<sup>127</sup>.

Infine, vi era chi<sup>128</sup> riteneva legittimo e inevitabile il fatto che la giurisprudenza avesse ripetutamente e pacificamente esteso ad altri casi, diversi da quello del ricorso gerarchico, la regola dell’equiparazione del silenzio alla reiezione della domanda. E la circostanza che la giurisprudenza stessa non si fosse particolarmente soffermata – a volte per nulla e altre solo con cenni fugaci – nella giustificazione teorica di tale regola, ovvero nell’obbligo di provvedere dell’Amministrazione, sarebbe dipesa dal fatto che l’effetto attribuito al silenzio sarebbe stato un effetto meramente processuale e non anche di diritto sostanziale<sup>129</sup>.

Secondo l’Autore, pur riconoscendo che per la dottrina pubblicistica il silenzio dell’Amministrazione potesse essere equiparato ad una dichiarazione tacita soltanto quando l’Amministrazione fosse stata destinataria di un obbligo di emanare un provvedimento nell’ambito di un determinato rapporto con il cittadino, tale impostazione poteva essere la base logico-tecnica qualora il silenzio venisse interpretato come consenso. Affermava invece che, nel caso opposto e ai soli fini di rendere possibile la tutela giurisdizionale, la determinazione concreta dei casi nei

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, 277. L’Autore specifica che “Sarebbe poi ozioso far questione circa le garanzie di tale obbedienza; esse, comunque non evidenti per l’assenza di connessione gerarchica fra gli organi di amministrazione attiva e quelli di giustizia amministrativa, risiedono nel principio organizzativo della pubblica amministrazione che esige una opportuna rispondenza fra gli atti delle varie autorità, ancorché non subordinate le une alle altre (...). In seguito alla ingiunzione di rispondere entro un dato termine all’istanza da lei ricevuta l’amministrazione resterebbe perfettamente libera di provvedere come meglio credesse sull’istanza medesima e così anche di dichiarare con adeguata motivazione di non essere luogo a prenderla in considerazione e di rigettarla”.

<sup>128</sup> U. FORTI, *Il «silenzio» della Pubblica Amministrazione ed i suoi effetti processuali*, cit., 533 s.

<sup>129</sup> *Ibidem*, 551-552. In particolare, l’Autore rileva che “Tecnicamente non si può attribuire al silenzio valore di dichiarazione se il silenzio stesso non risulti così particolarmente «colorito» dall’esistenza di un obbligo di provvedere. Ma l’effetto meramente procedurale ed il significato concreto (negativo) attribuito al rifiuto rendono, in realtà, trascurabile questo punto. Mentre, l’aprir la via ai rimedi giurisdizionali a chiunque vanti un diritto subbietivo è in astratto risultato desiderabile, nulla aggiunge e nulla toglie alla situazione giuridica sostanziale la presunzione suddetta. Onde, in parole povere, chi ha torto e pretende dall’Amministrazione ciò che non gli spetta, non potrà, con questo sistema, aver altro vantaggio che quello di trovar un giudice che glielo dica e lo condanni alle spese”.

quali andasse riconosciuto l'obbligo di provvedere dell'Amministrazione potesse “*passare in seconda linea*” in quanto “... *questa delimitazione dell'obbligo possa essere molto larga e generica*”<sup>130</sup> incontrando quale unico limite quello del rispetto della competenza dell'organo cui l'istanza è presentata; e ciò proprio sulla base di un'interpretazione del silenzio ristretta al solo campo processuale e, quindi, ai soli fini di rendere possibile l'accesso alla tutela giurisdizionale. Pertanto, l'obbligo di provvedere sull'istanza potrebbe essere implicito o espresso in quanto “...*risulterebbe così riconosciuto, sol che l'organo cui l'istanza è rivolta fosse competente a provvedere in materia*”<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, 539-540.

<sup>131</sup> *Ibidem*, 543.



## Capitolo II

**Il contenuto dell'obbligo di provvedere nella ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale.**

**1. Il principio di doverosità amministrativa come dovere di decidere per la realizzazione dei pubblici interessi. Obbligo di provvedere, obbligo di pronunciarsi e obbligo di procedere.**

Il principio di doverosità dell'agire amministrativo si è gradualmente arricchito di contenuti nell'arco di un percorso culturale che è stato anche un percorso civile, fino all'affermazione dell'obbligo di provvedere inteso come dovere di dare soddisfazione alle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati<sup>132</sup>.

L'obbligo di provvedere era infatti inizialmente concepito semplicemente come doverosità del decidere ai fini della realizzazione del pubblico interesse per il soddisfacimento del quale era stato attribuito il potere<sup>133</sup>.

Come noto, infatti, il potere amministrativo possiede i caratteri di un potere-dovere di agire per il perseguimento del fine pubblico tipizzato dal legislatore. Tale concetto è stato chiaramente delineato dal Santi Romano secondo il quale *"...carattere proprio delle funzioni così pubbliche che private è di essere nel medesimo tempo libere e vincolate: libere, in quanto il loro soggetto ha sempre una certa sfera nella quale si fa valere la sua volontà; vincolate, in quanto, non solo non*

---

<sup>132</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 233.

<sup>133</sup> Infatti, "Nello Stato, o in altro ente pubblico, le varie attività che esso assume come proprie in un determinato periodo storico, tendono a concentrarsi in organizzazioni minori, in istituzioni comprese nel più vasto ambito della maggiore, e distinte fra loro o in via generale formate per il raggiungimento d'uno scopo particolare". Così G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, (1933), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 152.

*possono esorbitare da certi limiti, ma debbono esercitarsi se, quando e come lo richiedono gli interessi per cui sono costituite*<sup>134</sup>.

Infatti, l'azione della pubblica Amministrazione, essendo per sua natura volta alla realizzazione dei fini pubblici predeterminati dalla legge *“nel suo modo di essere è tutta finalisticamente vincolata”*<sup>135</sup> e *“per ciò stesso essa non si pone come attività che possa essere svolta o non essere svolta: essa è (...) necessitata”*<sup>136</sup>.

Tale elemento necessitante è rinvenibile anche nel caso di attività discrezionale in quanto *“la continua immanenza del fine rende l'attività (dovuta o) vincolata nel suo esplicarsi, anche se libera, entro limiti determinati, nelle forme e nei modi della sua esplicazione (nei casi almeno di attività discrezionale)”*<sup>137</sup>.

Pertanto, accanto all'attribuzione di un potere è sempre presente un elemento di doverosità ed anzi, quest'ultimo è *“connesso con la stessa attribuzione ad una figura soggettiva pubblica di una situazione di potere”*<sup>138</sup>. Di conseguenza, *“L'attività dell'Amministrazione non può fermarsi nel corso del suo svolgimento*

---

<sup>134</sup> Si veda SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 180. Di conseguenza *“... la libertà massima ad esse consentita non è mai il pieno arbitrio, ma il «prudente arbitrio»: ogni funzione è potere più o meno discrezionale”*.

<sup>135</sup> F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 26. L'Autore specifica che l'attività amministrativa, essendo finalisticamente vincolata, *“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”*.

<sup>136</sup> *Ibidem*, 27. L'Autore aggiunge che *“Essendo il fine costituito dalla realizzazione concreta dell'interesse pubblico, essa [l'azione della pubblica Amministrazione] non solo non può che essere diretta a questo fine, ma (...) deve tendervi continuamente, incessantemente. L'interesse pubblico è una categoria sociologica che sfugge alla fissità delle astrazioni giuridiche e partecipa alla mutevole vita delle cose concrete: l'attività amministrativa serve appunto a realizzare ciò che le disposizioni normative astrattamente prevedono come interesse pubblico nelle situazioni concrete che man mano si presentano nel divenire giuridico”*.

<sup>137</sup> *Ibidem*, 28 s. In relazione all'attività discrezionale l'Autore chiarisce che: *“Ciò che appare come momento libero nella attività discrezionale è in realtà una mera facoltà di compiere delle scelte. Scelte tuttavia che, lungi dall'essere prive di una regola predeterminata (lungi cioè dall'essere libere scelte), devono rispondere ad un criterio rigido e generalissimo, quello della «massimizzazione dell'interesse pubblico»*. Le scelte discrezionali sono pertanto scelte dirette ad individuare la soluzione ottimale ai problemi concreti di cura dell'interesse pubblico; sono, in altri termini, scelte indirizzate ad un fine o finalizzate”.

<sup>138</sup> *Ibidem*, 30.

*procedimentale, senza giungere alla valutazione dell'interesse pubblico (o degli interessi pubblici e privati) concretamente in giuoco, senza cioè giungere ad un provvedimento, o ad un atto comunque decisionale di chiusura del procedimento (...). L'attività amministrativa, riguardata dalla angolazione dell'interesse pubblico, deve essere svolta*"<sup>139</sup>.

Dunque, dal punto di vista della realizzazione dell'interesse pubblico, l'attività amministrativa si presenta sempre come necessaria e l'iniziativa del privato rappresenta un mezzo per la soddisfazione (anche) dell'interesse pubblico stesso; se l'Amministrazione rimane inerte, non adempie, prima di tutto, all'obbligo di valutare la conformità del provvedimento richiesto all'interesse pubblico e, quindi, alla doverosa realizzazione di quest'ultimo.

Come è stato autorevolmente affermato, infatti, "*La pubblica Amministrazione ha l'obbligo di agire per la realizzazione dell'interesse pubblico; e l'obbligo di*

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, 29-30. L'elemento della doverosità è inteso come riferito all'attività amministrativa e non all'atto. Cfr. N. DANIELE, *L'obbligo dell'Amministrazione di provvedere*, in *Cons. St.*, 1959, II, 334 s., il quale specifica che "I vincoli, quando non sono stabiliti da precise norme giuridiche si desumono dunque da criteri non giuridici, elastici che traggono la loro fonte di validità da un principio generale, che si desume dall'ordinamento giuridico, in base al quale la P.A. ha il dovere di agire nel modo più conveniente ed opportuno. Dunque, può ben dirsi che l'attività amministrativa è sempre dovuta e vincolata; di fronte ad esigenze di pubblico interesse l'Amministrazione non ha facoltà di agire o non, ma è tenuta a provvedere. Così anche, quando la legge lascia un certo margine di discrezionalità alla P.A., ciò non significa che essa sia libera di scegliere in base a criteri subbietivi, il mezzo d'azione e il contenuto dell'atto: l'attività amministrativa deve sempre realizzare l'«*optimum*» del pubblico interesse e ciò risponde ad un suo preciso dovere. Va da sé che l'inosservanza di tali doveri dà luogo a reazioni di carattere interno (autoimpugnativa, autocorrezione) ma non legittima la proposizione di ricorsi se al dovere non si accompagni un *obbligo* di provvedere, cui corrisponda un interesse legittimo del privato". Sul punto anche A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir., ad vocem*, XIII, Milano, 1964, 75 s., secondo il quale tuttavia "... il pubblico interesse del quale così si parla come di una entità intimamente correlata all'agire discrezionale, non può appartenere al novero degli interessi che si dicono pubblici, sol perché tali appaiono nella realtà sociale, e neanche può essere generico, ossia indeterminato. Deve invece trattarsi di un interesse che rifletta il soddisfacimento d'un bisogno già qualificato come pubblico da una norma, sia indirettamente con l'ordinamento dei pubblici uffici, sia direttamente mediante l'attribuzione di una certa competenza a questa o quella autorità. L'esigenza di questa conclusione discende (...) dalla considerazione che così l'interesse, come l'attività di cui trattasi sono – per comune definizione – entità dotate d'un preciso rilievo giuridico, tra le quali deve intercorrere una relazione individuabile in termini di qualificazioni normative" (pag. 76).

*esprimersi sulle richieste dei privati è una specificazione dell'obbligo generico di agire*<sup>140</sup>.

In particolare, è proprio dalla possibile coincidenza dell'interesse privato con quello pubblico che *“la domanda del privato genera nell'Autorità amministrativa un obbligo di valutazione, al quale poi è meramente conseguente l'obbligo di provvedere e di rispondere”*<sup>141</sup>.

Dalla strumentalità dell'obbligo della pubblica Amministrazione di rispondere all'istanza del privato rispetto all'obbligo generico di agire per la realizzazione del pubblico interesse deriva quindi il fatto che in caso di inerzia *“è l'interesse pubblico a soffrirne insieme al privato: si viene a creare una situazione antigiuridica, caratterizzata dall'inadempimento dell'obbligo di provvedere e dalla lesione dell'interesse legittimo al provvedimento”*<sup>142</sup>.

Inizialmente, l'obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione se era configurabile, lo era proprio in quanto connesso, o meglio, discendente dal dovere di realizzazione del pubblico interesse.

Un implicito nesso tra dovere di provvedere e dovere di agire per il pubblico interesse può essere rinvenuto già nelle riflessioni sul silenzio della pubblica Amministrazione di Trentin<sup>143</sup> il quale rileva che l'attività amministrativa si presenta

---

<sup>140</sup> Così F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 34-35. L'Autore specifica tale concetto rilevando che *“Il privato, presentando istanza rivolta ad ottenere dalla pubblica Amministrazione un provvedimento, automaticamente offre ad essa un mezzo ed un modo possibili di realizzazione dell'interesse pubblico, quel mezzo e quel modo che permettono la realizzazione insieme dell'interesse pubblico e del suo interesse individuale. Nei procedimenti ad iniziativa del privato (...) anzi l'interesse privato si trova in una posizione peculiare rispetto all'interesse pubblico, il quale sembra attendere la sua realizzazione appunto dalla iniziativa del privato. Il privato assume rispetto al procedimento amministrativo un ruolo di stimolo, che se soggettivamente è giustificato dall'interesse personale, oggettivamente è diretto anche (ed anzi in primo luogo, se si considera che il procedimento si può chiudere legittimamente con un provvedimento negativo) alla realizzazione dell'interesse pubblico”*.

<sup>141</sup> *Ibidem*, 37.

<sup>142</sup> *Ibidem*, 40.

<sup>143</sup> S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., 444 s.

come “qualche cosa di immanente e di perpetuo, come il prodotto di multiformi energie ininterrottamente svolgentesi e rinnovantesi in correlazione con gli scopi molteplici che costituiscono la ragione d’essere degli enti pubblici”<sup>144</sup>.

Anche il Levi<sup>145</sup>, pur rilevando che il “famoso precetto giuridico” elaborato dal Bernatzik fin dal 1886 – al quale l’amministratore dovrebbe obbedire nell’esercizio del potere discrezionale: « agisci nel modo che credi più utile al pubblico bene » – sarebbe “un base troppo incerta per fondare su di essa uno specifico dovere giuridico dell’amministrazione”<sup>146</sup>, ritiene che l’esercizio delle facoltà e dei poteri inerenti all’*officium* (sia pubblico che privato) “trovano i loro limiti inderogabili nella funzione, che impone un comportamento, positivo o negativo che sia, costantemente rivolto al soddisfacimento di uno specifico interesse”<sup>147</sup>.

Nella riflessione del Mortati<sup>148</sup> la cura dell’interesse pubblico viene rappresentata come oggetto di un dovere giuridico generale. In particolare, l’Autore rileva che, diversamente da quanto accade nel diritto privato – dove l’autonomia è attribuita per il migliore conseguimento degli interessi propri del singolo non trovando quindi innanzi a sé alcuna predeterminazione dei fini da raggiungere e ponendo l’ordinamento una norma generale negativa che vale quale limite interno dell’uso del potere e che può esprimersi nell’imperativo « esercita il tuo diritto in

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, 456. L’Autore specifica che l’organo, in quanto tale, non potrebbe concepirsi neppure per un momento inerte rispetto all’esercizio della funzione amministrativa. Ciò in quanto come la vita degli enti pubblici “... non può soffrire intermittenze perché il pubblico interesse quale entità generata dai bisogni della coesistenza sopravvive a tutti i mutamenti che possano nella consociazione verificarsi, così gli organi attraverso i quali questa vita si esercita, pur potendo variare nel loro esteriore foggimento, devono sempre, in ogni istante, potersi considerare nell’esercizio della funzione di cui sono investiti”. Pertanto, secondo l’Autore, l’inerzia deriverebbe dal fatto che l’organo nello svolgimento dei suoi compiti deve necessariamente avvalersi di persone fisiche dotate di una propria naturale capacità di agire.

<sup>145</sup> A. LEVI, *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, 1933, 81 s.

<sup>146</sup> *Ibidem*, 89.

<sup>147</sup> *Ibidem*, 99.

<sup>148</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, 79 s.

modo da non ledere gli interessi collettivi »<sup>149</sup> – nel diritto amministrativo “*la concessione di un’autonomia, se consentita, lo è solo nel presupposto che essa promuova direttamente e in modo positivo il conseguimento di un pubblico interesse, conformemente alla destinazione dell’organo cui è attribuita*”, secondo un imperativo che suona: « adempi alla tua funzione in modo da soddisfare al massimo il pubblico interesse ad essa corrispondente »<sup>150</sup>.

Tale imperativo ha carattere giuridico e non puramente etico e il contenuto della volontà amministrativa “*in esecuzione di quell’imperativo, rappresenta l’adempimento di un dovere*”<sup>151</sup>.

Pertanto “*nella decisione da assumere circa la convenienza dell’agire o del non agire, del momento di farlo, del contenuto da imprimere all’atto vi è necessità di una scelta, che non può che essere opera della volontà dell’organo, volontà però subordinata ad un limite, non più negativo come in diritto privato, ma positivo*”<sup>152</sup>.

In un primo momento la doverosità era concepita esclusivamente come doverosità del decidere, solo successivamente, come si vedrà, diventerà anche doverosità di procedere e, nelle pronunce del Consiglio di Stato si inizierà a distinguere tra obbligo di provvedere e obbligo di pronunciarsi.

Sembra opportuno rilevare che nello studio del procedimento amministrativo e, in particolare, degli atti d’iniziativa che aprono il procedimento stesso, Giannini<sup>153</sup> introduce la distinzione tra “obbligo di provvedere” e “obbligo di esaminare”. Nello specifico, l’Autore distingue tra gli atti “*che comportano l’obbligo di aprire il*

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, 82.

<sup>150</sup> *Ibidem*, 83.

<sup>151</sup> *Ibidem*, 84.

<sup>152</sup> *Ibidem*, 99 s. L’Autore chiarisce che “... nel diritto amministrativo la validità della parte discrezionale dell’atto, cioè la causa di questo, non può apprezzarsi se non in relazione all’effettiva corrispondenza dell’atto stesso allo scopo ultimo ad esso corrispondente”.

<sup>153</sup> M.S. GIANNINI, *L’attività amministrativa. Lezioni tenute durante l’anno accademico 1961-1962*, Roma, 1962, 118 s.

*procedimento e di provvedere da parte dell'autorità adita, e quelli che comportano un obbligo di minor ambito: di esaminare l'atto del richiedente in via deliberativa; che se poi l'autorità adita ritiene di procedere, apre il procedimento*<sup>154</sup>. In particolare, l'Autore specifica che gli atti d'iniziativa del primo gruppo si chiamano “domande” e quelli del secondo costituiscono le “proposte” e che tuttavia, in entrambi i casi, vi sarebbe un obbligo dell'autorità adita cui non corrisponderebbe però un diritto del richiedente<sup>155</sup>. Ed è proprio sulla base della diversa tipologia di obbligo discendente dall'uno o dall'altro atto di iniziativa che sarebbe tracciabile la distinzione tra domande e proposte: la distinzione si fonda infatti “sull'effetto giuridico principale dell'atto di iniziativa: obbligo di provvedere, obbligo di esaminare”<sup>156</sup>.

L'Autore specifica che la “proposta” proviene sempre da un'altra autorità amministrativa e che “l'effetto è quello di obbligare l'autorità ad esaminare la situazione che esse rappresentano; se l'esame ha risultati negativi, la proposta non ha seguito e non occorre nessun provvedimento o atto dell'autorità adita per respingerla. Se ha risultati positivi, l'autorità adita apre il procedimento, con una determinazione meramente interna: la proposta si pone così come atto cointroduttivo del procedimento, il quale resta aperto dalla proposta e dalla determinazione insieme dell'autorità adita”<sup>157</sup>.

D'altro lato, la “domanda”, sarebbe sempre un atto di privati, di enti di fatto, di altre pubbliche autorità e si caratterizzerebbe in relazione agli effetti giuridici da essa

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, 119.

<sup>155</sup> *Ibidem*, 119. L'Autore specifica che “...si ha cioè uno dei tanti casi di obbligo a cui non corrisponde un diritto, trattandosi di obbligo procedimentale e non sostanziale”.

<sup>156</sup> *Ibidem*, 120.

<sup>157</sup> *Ibidem*, 120-121. Stante la provenienza della proposta da un'altra autorità amministrativa “la proposta è cura di un interesse pubblico, ma nel contempo è introduzione nel procedimento di un interesse pubblico: solo che il legislatore richiede una duplice valutazione, quella dell'autorità proponente e quella dell'autorità ricevente la proposta. Il che può spiegare perché la proposta sia apparsa a taluni una manifestazione di opinione o di rappresentazione, o simili: in realtà essa è manifestazione di volontà in senso proprio, sia pur con ambito circoscritto”.

prodotti in quanto l'autorità adita avrebbe sempre l'obbligo di provvedere ma i suoi poteri varierebbero a seconda che la discrezionalità sia solo nell'*an*, nel *quid* o nel *quomodo*, ovvero in tutti gli elementi<sup>158</sup>.

In particolare, a seconda dei poteri attribuiti all'Autorità, l'Autore distingue le seguenti figure fondamentali: “a) *essa ha il potere di adottare, non adottare, adottare con clausole, il provvedimento domandato. Si dice che essa ha, in questi casi, discrezionalità piena, nell'an, nel quid e nel quomodo*; b) *essa ha il potere di adottare o non adottare il provvedimento, ma se decide di adottarlo, il contenuto dell'atto o è prescritto dalla norma o è conforme alla domanda. Si dice che l'autorità adita ha discrezionalità nell'an, e talora anche nel quomodo, ma non nel quid; si dice anche che il provvedimento è «conforme» alla domanda (più spesso si parla di «proposta» o di «richiesta» conforme)*; c) *essa deve adottare il provvedimento e secondo il contenuto indicato nella domanda; si dice che questa è «vincolante», e all'autorità adita non rimane che una discrezionalità nel quomodo (p.es. scelta del tempo) e neppur sempre*”<sup>159</sup>.

Le due figure della “domanda” e della “proposta” vengono poi distinte da Giannini in relazione ad un'ulteriore categoria di atti di iniziativa chiamati “denunce”

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, 121.

<sup>159</sup> *Ibidem*, 121-122. L'Autore specifica che “La domanda vincolante si ha, a quanto sembra esaminando il nostro diritto positivo, solo quando richiedente è un'altra autorità amministrativa, ed è quella che più ha attirato l'attenzione dei giuristi, nella sua denominazione legislativa di «proposta vincolante». Vi è stato chi ha posto in dubbio che essa sia atto d'iniziativa, ma per intendere la struttura dei due atti (domanda vincolante e provvedimento) occorre ragionare in termini di interessi: qui abbiamo un interesse pubblico che riceve una certa valutazione positiva dalla autorità attributaria, che la norma configura come necessariamente implicante una valutazione positiva di altro interesse pubblico di cui è attributaria altra autorità, per una materia che richiede un provvedimento di quest'ultima (...). La domanda conforme ha interessato meno, anche perché è di più facile spiegazione. Anche qui vi sono, di regola, due interessi, uno dei quali è regolato, quanto al contenuto della tutela che lo concerne, o dalla norma o dal richiedente; ma è l'autorità decidente a stabilire se esso, incidendo in altro interesse (quest'ultimo sempre pubblico) merita effettivamente tutela; se decide in senso affermativo, la tutela è però quella fissata dal richiedente. La domanda libera costituisce il caso più frequente, e più semplice, perché qui è l'autorità decidente che valuta ogni interesse, compreso quello del richiedente per la sua interezza”.



o “voti” o “inviti”, i quali sarebbero delle dichiarazioni di rappresentazione con le quali un soggetto sottopone all’autorità un suo giudizio di esistenza o di esistenza e valutazione circa alcuni fatti, allo scopo di sollecitare un intervento dell’autorità stessa<sup>160</sup>.

Le denunce, i voti e gli inviti sono atti liberi, nel senso che “*qualunque soggetto o autorità può prospettare ad autorità attributaria della cura di un interesse pubblico una situazione di fatto, invocandone l’intervento*” e dai quali non discende in capo all’autorità adita “*neppur l’obbligo di esaminare la denuncia*”<sup>161</sup>.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, dopo aver introdotto l’istituto del silenzio-rigetto, si è sviluppata, in particolare dopo l’introduzione dell’art. 5<sup>162</sup> del

---

<sup>160</sup> *Ibidem*, 118. Circa la precisa natura di tali atti di iniziativa l’Autore rileva che “Secondo alcuni essi non fanno parte del procedimento, ma sono atti presupposti rispetto ad esso; ciò nel senso che se il procedimento effettivamente si apre, questo non avviene per effetto della denuncia (o di uno degli altri atti), ma per determinazione volontaria dell’autorità; il procedimento cioè resterebbe sempre un procedimento d’ufficio e la denuncia non produrrebbe nessun effetto, neppure preliminare. Secondo altri invece se l’autorità apre il procedimento, la denuncia viene a far parte del procedimento medesimo: talché essa sarebbe un atto ad effetto preliminare eventuale subordinato ad una decisione iniziale dell’autorità adita. Con la conseguenza che se i fatti rappresentati nella denuncia non sono rispondenti al vero, il provvedimento che li accetti come veri è viziato per eccesso di potere”.

<sup>161</sup> *Ibidem*, 119. Tuttavia, circa gli effetti della denuncia, l’Autore specifica che, seppur in mancanza di un obbligo di esaminarla, “non significa che essa sia un atto giuridicamente inutile: resta pur sempre una rappresentazione di un interesse, pubblico o privato che esso sia. Né, sotto altro aspetto, sono poi irrilevanti: l’autorità di controllo dell’autorità adita potrebbe adottare misure nei confronti di questa, nel caso che abbia ingiustificatamente omesso di prendere in esame denunce o voti o inviti che si presentavano fondati”.

<sup>162</sup> L’art. 5 del T.U. della legge comunale e provinciale recepiva il meccanismo del silenzio-rigetto così come elaborato dalla giurisprudenza. In particolare prevedeva che: “Salvo che la legge non disponga altrimenti, contro i provvedimenti delle autorità governative inferiori è ammesso ricorso in via gerarchica alle autorità superiori” (comma 1). “Il ricorso gerarchico può essere sperimentato solo da chi vi abbia interesse, e non è più ammesso dopo trascorsi trenta giorni dalla data della notificazione o comunicazione amministrativa, o da quando l’interessato abbia avuto comunque piena cognizione del provvedimento” (comma 2). “L’autorità adita, qualora non creda di comunicare d’ufficio il ricorso ai controinteressati, ordina che il ricorso stesso venga notificato a costoro, a cura del ricorrente, nel termine da essa stabilito, sospendendo la pronuncia, finché non consti della eseguita notificazione” (comma 3). “Nel termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso, gli interessati possono presentare all’autorità cui è diretto le loro deduzioni” (comma 4). “Trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l’autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che il ricorso venga deciso” (comma 5). “Trascorsi sessanta giorni dalla notificazione a tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato” (comma 6). “I ricorsi gerarchici al governo, da qualunque legge previsti, sono decisi con provvedimento definitivo del ministro, salvo che si tratti di ricorsi contro provvedimenti ministeriali o che la legge disponga diversamente” (comma 7).

T.U. della legge comunale e provinciale di cui al R.D. 3 marzo 1934, n. 383, verso il riconoscimento dell'esistenza nell'ordinamento di una norma generale di comportamento dell'Amministrazione, desunta a volte tramite interpretazione analogica del suddetto articolo 5; tale norma tuttavia non comporterebbe per l'Amministrazione un obbligo di pronunciarsi ma attribuirebbe un significato al silenzio mantenuto in presenza di un obbligo a provvedere, il quale era inizialmente inteso in senso restrittivo e cioè come obbligo di emanare il provvedimento richiesto<sup>163</sup>.

Successivamente, nelle sentenze del Consiglio di Stato si inizia a distinguere tra “obbligo di provvedere” e “obbligo di pronunciarsi”. In particolare, in un primo momento il Consiglio di Stato considerava necessario, ai fini della formazione del silenzio, la presenza di un “*preciso obbligo della pubblica Amministrazione di applicare le norme di cui nella istanza si chiedeva l'applicazione*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17.10.1951, n. 482<sup>164</sup>; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.8.1952, n. 600<sup>165</sup>; Consiglio di Stato, Sez. V, 16.1.1953, n. 21<sup>166</sup>; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.10.1952, n. 888<sup>167</sup>; Consiglio di Stato, Sez. IV, 31.10.1950, n. 540<sup>168</sup>; Consiglio di Stato, Sez. IV, 25.9.1953, 801<sup>169</sup>).

---

<sup>163</sup> Cfr. F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 45 s.

<sup>164</sup> In *Cons. St.*, 1951, 1267 s., dove è stabilito che “Il silenzio serbato dall'Amministrazione su una istanza non costituisce provvedimento impugnabile quando manchi il requisito formale della interpellanza per mezzo di ufficiale giudiziario e quando manchi il preciso obbligo dell'Amministrazione di applicare le norme di cui nella istanza si chiedeva l'applicazione”.

<sup>165</sup> In *Cons. St.*, 1952, 1121.

<sup>166</sup> In *Cons. St.*, 1953, I, 46.

<sup>167</sup> In *Cons. St.*, 1952, 1416 s.

<sup>168</sup> In *Cons. St.*, 1950, 311.

<sup>169</sup> In *Cons. St.*, 1953, I, 779.

L'espressione "obbligo di rispondere" si trova per la prima volta nella decisione della IV Sezione del 17.3.1954, n. 145<sup>170</sup>, anche se non è chiaro se si tratti di una formula diversa per significare il dovere di provvedere<sup>171</sup>.

Nella decisione della IV Sezione del 31.5.1955, n. 415<sup>172</sup>, viene distinto chiaramente il "dovere di adottare un provvedimento" e il "dovere di dare una risposta". In molte decisioni successive si parla poi di obbligo di rispondere (Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.4.1956, n. 417<sup>173</sup>; Consiglio di Stato, Sez. IV, 8.6.1956, n. 612<sup>174</sup>; Consiglio di Stato, Sez. V, 6.4.1957, n. 190<sup>175</sup>; Consiglio di Stato, Sez. V, 27.4.1959, n. 249<sup>176</sup>; Consiglio di Stato, Ad. pl., 3.5.1960, n. 8<sup>177</sup>).

Successivamente, nella decisione della VI Sezione del 30.8.1963, n. 462<sup>178</sup>, si parla di "*obbligo dell'Amministrazione a provvedere – in un senso o nell'altro – sulla domanda*", in quella della V Sezione del 13.3.1964, n. 344<sup>179</sup>, si fa riferimento ad un "*obbligo giuridico di pronunciarsi sulla richiesta*" e nella decisione della V Sezione del 22.11.1968, n. 1631<sup>180</sup>, si parla di "*obbligo giuridico di provvedere sulla domanda prodotta dal privato*".

---

<sup>170</sup> In *Cons. St.*, 1954, I, 229-230. In particolare, viene affermato che "Il silenzio dell'Amministrazione su una interpellanza che non contenga una prefissione di termine e alla quale l'Amministrazione non sia tenuta a rispondere non assurge al valore di manifestazione tacita della volontà dell'Amministrazione impugnabile con ricorso giurisdizionale".

<sup>171</sup> In questo senso F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 46, in nota.

<sup>172</sup> In *Cons. St.*, 1955, I, 613 s., dove tuttavia il ragionamento è operato in termini negativi. In particolare si afferma che "Non concreta un atto amministrativo impugnabile in sede giurisdizionale il silenzio serbato dalla P.A. di fronte alla diffida del terzo quando alla stessa non incombeva il dovere di dare una risposta né di adottare alcun provvedimento".

<sup>173</sup> In *Cons. St.*, 1956, I, 1, 419.

<sup>174</sup> In *Cons. St.*, 1956, I, 1, 623.

<sup>175</sup> In *Cons. St.*, 1957, I, 1, 485, dove si parla di "obbligo di pronunciarsi".

<sup>176</sup> In *Cons. St.*, 1959, 5845.

<sup>177</sup> In *Cons. St.*, 1960, I, 1, 822 s. Sul contenuto di tale fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria si veda *infra*.

<sup>178</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 1233 s.

<sup>179</sup> In *Cons. St.*, 1964, I, 481 s.

<sup>180</sup> In *Cons. St.*, 1968, I, 1843.

Anche in una pronuncia del Tribunale Superiore delle acque pubbliche del 26.6.1969, n. 20<sup>181</sup>, si parla di “*obbligo giuridico di provvedere, o comunque di pronunciarsi (sia pure in senso negativo) sull’istanza ad essa rivolta*”.

Pertanto, dalle decisioni del Consiglio di Stato emerge chiaramente una sempre maggiore consapevolezza della esistenza di “*una norma generale di comportamento, che impone alla pubblica Amministrazione di pronunciarsi sulle domande del privato*”<sup>182</sup>; tale consapevolezza discende dal – forse spesso ancora inconsapevole – riconoscimento dell’interesse del privato il quale interesse viene visto inizialmente in una prospettiva esclusivamente strumentale rispetto all’interesse pubblico e successivamente assume, invece, una posizione giuridica autonoma.

Parallelamente all’evoluzione giurisprudenziale, la dottrina iniziava a riconoscere l’esistenza di una norma non scritta di origine giudiziale che impone all’Amministrazione l’“*obbligo di procedere*”, cioè di far progredire il procedimento<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> In *Cons. St.*, 1969, II, 632 s.

<sup>182</sup> Così F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 46.

<sup>183</sup> Si tratta della nota ricostruzione operata da M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1969, 111 s. In particolare, l’Autore rilevava che “L’obbligo di provvedere (o di decidere) è stato una creazione della giurisprudenza, che fu pensato per fornire una base agli strumenti volti a vincere il silenzio delle autorità amministrative su atti d’iniziativa di procedimenti adottati da privati; l’amministrazione, si diceva, non può restare inerte di fronte ad una domanda, ad una richiesta, ecc., ma ha l’obbligo di provvedere (...). E’ evidente che esso è stato concepito come schema analogico rispetto alla situazione soggettiva del giudice nel processo, ossia ha un’origine processualistica, e difatti è anche stato richiamato il principio del divieto del *non liquet*, nel senso specifico di obbligo del giudice di decidere su tutti i capi della domanda giudiziale senza ometterne nessuno. L’analogia però regge sino a un certo punto, perché la posizione del decidente nel procedimento amministrativo è in ogni caso più ampia di quella del giudice nel processo (...). Tutto ciò spiega perché non sia sufficiente dire che il decidente ha solo il ruolo di provvedere e debba invece dirsi che ha il ruolo di procedere: procedere significa dirigere il procedimento, acquisire interessi, risolvere questioni di contrasto, valutare, comporre: la decisione è solo il momento conclusivo e in certo senso implicato dai momenti che lo precedono. Questo ruolo di procedere è, dalla norma (norma non scritta di origine giudiziale) configurato come obbligo, a cui corrisponde una situazione soggettiva dell’introduttore di interessi primari a che si proceda (...). L’obbligo di procedere si concreta in primo luogo nel far progredire il procedimento, ossia nell’adottare o nel chiedere che siano adottati i diversi atti che compongono il procedimento secondo l’ordine della sequenza stabilito dalle norme. Questo contenuto dell’obbligo di procedere è, si può dire, quasi naturalmente implicito nella stessa logica di tale situazione soggettiva. Inoltre l’obbligo di procedere comporta una verifica della regolarità del procedimento nel suo svolgersi, e pertanto un controllo della validità degli atti del procedimento (...).

Pertanto, le categorie dell'obbligo di provvedere, dell'obbligo di pronunciarsi e dell'obbligo di procedere comparivano nel contesto giurisprudenziale e dottrinario a testimonianza della presa d'atto dell'esistenza di situazioni soggettive dinamiche attribuite all'Amministrazione impegnata in un procedimento amministrativo.

## **2. Il principio di doverosità amministrativa come dovere di procedere non collegato a situazioni giuridiche soggettive di tipo sostanziale ma solo a situazioni strumentali.**

Molto rilevante ai fini della ricostruzione dei contenuti dell'obbligo di provvedere è la decisione del Consiglio di Stato, V Sezione, del 25 maggio 1956, n. 418<sup>184</sup>. Tale decisione riguardava un caso in cui il ricorrente, conduttore di un appartamento prospiciente al cortile interno di uno stabile in cui era stato costruito un forno destinato alla produzione di vetro, lamentava il nocumento derivante dall'impianto, denunciava la violazione delle norme relative alle licenze edilizie e della disciplina delle industrie insalubri e pericolose e diffidava pertanto il Comune a rimuovere il danno e gli atti di concessione. A fronte del silenzio serbato da quest'ultimo veniva presentato ricorso giurisdizionale contro il silenzio-rifiuto formatosi a seguito della diffida.

Il Consiglio di Stato specificava che *“la posizione soggettiva che è fatta valere dal ricorrente rientra nella sfera degli interessi occasionalmente protetti”* e che le norme invocate sono *“preordinate al soddisfacimento di interessi generali”* e *“accordano una tutela mediata e riflessa al singolo che, per la sua particolare situazione, possa trarre una concreta utilità dalla loro osservanza”*.

---

Infine deriva da ciò che il decidente, oltre al potere di adottare il provvedimento positivo o negativo (...) può adottare delle decisioni che chiudono il procedimento per ragioni procedurali”.

<sup>184</sup> In *Giur. it.*, 1957, III, 22 s.

Ma la parte della motivazione della sentenza in esame maggiormente interessante è quella relativa all'eccezione, sollevata dal Comune resistente, circa la mancanza di un atto impugnabile. In particolare, il Consiglio di Stato, dopo aver rilevato che la diffida *“era certamente idonea a costituire, attraverso il silenzio, il provvedimento negativo impugnabile”*, chiariva che *“non è dubbio che l'autorità comunale abbia l'obbligo di provvedere sulla istanza del privato che si pretenda leso da un'opera costruita in violazione delle vigenti norme legislative e regolamentari. In caso contrario, le posizioni d'interesse occasionalmente protetto, che alla osservanza di quelle norme sono correlative, resterebbero prive della loro naturale tutela giurisdizionale, per la mancanza di un atto negativo espresso o in un equivalente silenzio-rifiuto”*.

Pertanto, l'obbligo di provvedere viene fatto discendere dalla necessità di accordare a tale interesse *“mediato”* e *“riflesso”* – *rectius* occasionalmente protetto – la *“naturale”* tutela giurisdizionale. Ed è interessante sottolineare che la presenza dell'obbligo di provvedere e della diffida sono ritenuti condizioni sufficienti e necessarie al fine di attribuire al silenzio il significato di provvedimento di rigetto.

Il Consiglio di Stato, inoltre, distingue nettamente l'obbligo di provvedere rispetto alla discrezionalità dell'Amministrazione affermando che *“la sfera di discrezionalità riservata all'Amministrazione nella subietta materia attiene infatti non già all'obbligo di provvedere, bensì al contenuto ed ai modi di esercizio del potere”*. Da ciò deriva che *“nei limiti segnati dalla norma l'Autorità amministrativa è cioè libera di dirigere in un senso o nell'altro la sua statuizione, in relazione al pubblico interesse, ma non può essa sottrarsi all'esame delle situazioni illegittime e non ancora consolidate che le vengono denunciate da coloro che abbiano interesse alla loro rimozione”*.

Proprio in commento a tale decisione si inserisce la riflessione sulla doverosità amministrativa del Guicciardi<sup>185</sup>. In particolare, l'Autore pone “*quella figura di interesse legittimo*” che va sotto il nome di interesse occasionalmente protetto “*di fronte all'inerzia della pubblica Amministrazione*” e considera il caso che quest'ultima “*non emani i provvedimenti che sarebbero richiesti da quel pubblico interesse, col quale l'interesse occasionalmente protetto del singolo coincide*”<sup>186</sup>.

Rileva che si porrebbe un'alternativa: se l'interesse occasionalmente protetto sia tutelato non solo di fronte ai provvedimenti amministrativi illegittimi ma anche nel caso in cui il provvedimento rivolto al terzo sia legittimo ma quest'ultimo non lo rispetti e l'Amministrazione non intervenga per farlo rispettare; oppure se la tutela riconosciuta all'interesse occasionalmente protetto sia inesistente (“*...si riduce a zero...*”) qualora l'Amministrazione emani i provvedimenti in conformità all'interesse pubblico “*ma poi chiuda uno o più occhi, o incroci addirittura le braccia, di fronte alla totale trasgressione delle prescrizioni in essi contenute*”<sup>187</sup>.

L'Autore specifica quindi che la risposta a tale interrogativo sia “*tutta in funzione di un'unica questione*” dalla risoluzione della quale “*tutto il resto è consequenziale*”, e cioè se l'Amministrazione “*abbia o no il dovere giuridico di intervenire coi suoi poteri repressivi*” nel caso in cui l'attività individuale si svolga contro il pubblico interesse. Pertanto, secondo l'Autore, solo ove tale potere sia sussistente sarebbe possibile qualificare l'inerzia mantenuta sulla diffida del titolare dell'interesse occasionalmente protetto come rifiuto in quanto “*se vi è silenzio-rifiuto quanto al compimento di un'attività che sarebbe giuridicamente dovuta, vi è anche – in re ipsa – l'illegittimità del rifiuto*”<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> E. GUICCIARDI, *Interesse occasionalmente protetto ed inerzia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1957, III, 21 s.

<sup>186</sup> *Ibidem*, 21.

<sup>187</sup> *Ibidem*, 21.

<sup>188</sup> *Ibidem*, 22.

L'Autore, quindi, una volta collocato il dovere giuridico di intervenire da parte dell'Amministrazione quale presupposto del silenzio-rifiuto chiarisce quale sia l'origine del dovere stesso affermando che *“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”*. Ed aggiunge che *“se anche il perseguimento di questi interessi avviene mediante provvedimenti, e questi sono esplicitazione di un potere, tuttavia, quando ne siano certi i presupposti (cioè l'esigenza del pubblico interesse), l'esercizio di questo potere non è ad libitum per l'Amministrazione”*, la quale se constata una determinata situazione *“non può soltanto, ma deve impedirli o eliminarli”*<sup>189</sup>.

Pertanto la discrezionalità del provvedere – che secondo l'Autore può sussistere soltanto in due momenti (nell'accertamento dei presupposti e nella scelta del provvedimento più adeguato fra quelli posti dalla legge nei poteri dell'Amministrazione) – è vincolata all'interesse pubblico, la violazione del quale è rilevata dal titolare dell'interesse occasionalmente protetto in quanto la sua posizione coincida con quell'interesse pubblico. Ed è rilevata per mezzo di *“una attenta ed acconcia formulazione della diffida a provvedere, tale che, se essa non sortì l'effetto di indurre l'Amministrazione a provvedere, l'inerzia di quest'ultima ne resti inequivocamente qualificata come rifiuto a provvedere per motivi illegittimi; e che l'Amministrazione, per evitare ciò, sia costretta a pronunciare un rifiuto espresso e motivato”*<sup>190</sup>.

Riassumendo, appare che si possa parlare di doverosità per l'Amministrazione di perseguire gli interessi pubblici la cui tutela le è stata affidata dalla legge e di conseguente dovere di intervenire con l'esercizio di poteri repressivi nel caso in cui

---

<sup>189</sup> *Ibidem*, 22.

<sup>190</sup> *Ibidem*, 24.



si manifesti, appunto, un'esigenza di tutela di quei pubblici interessi affidati. Da questi corollari deriva, poi, il dovere dell'Amministrazione di procedere sull'istanza del privato titolare dell'interesse occasionalmente protetto in quanto coincidente con l'interesse pubblico e poiché altrimenti la sua posizione soggettiva resterebbe priva della "naturale tutela giurisdizionale". Da questo punto di vista la doverosità amministrativa è vista come doverosità di procedere e provvedere collegata a situazioni giuridiche soggettive strumentali al raggiungimento dell'interesse pubblico che l'amministrazione "deve" perseguire.

### **3. Il principio di doverosità amministrativa come dovere di dare soddisfazione a situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.**

Come detto, il principio di doverosità dell'agire amministrativo si è arricchito a mano a mano di contenuti fino all'affermazione dell'obbligo di provvedere inteso come dovere di dare soddisfazione alle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.

Il primo contributo in questa direzione, nel senso di individuazione di un collegamento tra il dovere e l'interesse dell'individuo, si deve alle riflessioni di Cannada Bartoli<sup>191</sup> occasionate dalla decisione del Consiglio di Stato, Sezione IV, del 9 novembre 1954, n. 733<sup>192</sup>.

Tale decisione riguardava l'impugnazione di un silenzio-rifiuto sorto dopo la notifica di un regolare atto di diffida circa un'istanza diretta al riconoscimento giuridico di un'associazione di culto non cattolico. In particolare, l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale in quanto il

---

<sup>191</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Il Foro padano*, 1956, I, 175 s.

<sup>192</sup> In *Il Foro padano*, 1956, I, 175 s.

riconoscimento della personalità giuridica sarebbe stata una mera facoltà e non un obbligo dell'Amministrazione. La IV Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver rammentato che la creazione dell'istituto del provvedimento negativo implicito “è dovuta ad imprescindibili esigenze pratiche di giustizia ed è giustificata dalla ricerca della volontà dell'Amministrazione, riposta sì, ma non per questo inesistente ed arbitrariamente desunta dal giudice”<sup>193</sup>, affermava che la giurisprudenza aveva riconosciuto il provvedimento implicito tutte le volte in cui l'atteggiamento passivo dell'Amministrazione avesse significato “senza ombra di dubbio” rigetto dell'istanza presentata all'autorità<sup>194</sup>.

Dopo di che il Consiglio di Stato chiariva che la mancanza di obbligo di provvedere, che nella giurisprudenza è indicato quale fattore ostativo per poter considerare il silenzio dell'Amministrazione quale atto impugnabile, “non va interpretata nel senso di mancanza di un potere-dovere di giudizio e di volizione in merito alla istanza prodotta”; e ciò in quanto il ricorso è sempre ammissibile “quando la legge preveda, regolando anche solo in parte, l'atto amministrativo, pur rimanendo libero il potere dell'autorità di provvedere o non provvedere”.

---

<sup>193</sup> La IV Sezione specificava anche che “Ancorata la pronuncia del giudice amministrativo alla esistenza di un atto impugnabile, si constatò ben presto che l'Amministrazione era arbitra della situazione: bastava che non emanasse l'atto e il giudizio era paralizzato. E ciò, si noti, soprattutto in materia di attività discrezionale, dove più generale è la esigenza di una motivazione che giustifichi la scelta di una via fra le numerose che si aprono all'Amministrazione”.

<sup>194</sup> Il Consiglio di Stato prosegue tale passo della motivazione chiarendo che “Al contrario, ha escluso l'esistenza del provvedimento implicito negativo quando l'organo competente si è già pronunciato e non sono intervenuti fatti nuovi, influenti agli effetti di una nuova pronuncia. In questo caso il silenzio conservato dall'ufficio, sia pure a seguito di diffida, indica sì che l'Amministrazione non intende provvedere, ma non significa rigetto «nel merito» dell'istanza: l'Amministrazione ha già provveduto e non intende riesaminare la questione. Il comportamento passivo non è allora un presunto rigetto, ma un giustificato diniego di riesame, o – se si vuole – un presunto atto confermativo: e il ricorso è comunque inammissibile. E pure inammissibile è il ricorso prodotto contro il silenzio serbato da un organo assolutamente incompetente a provvedere sulla domanda. Il silenzio di tale organo indica bensì volontà di non provvedere; ma non significa rigetto nel merito della istanza, ma piuttosto impossibilità di emanare l'atto che è di competenza di un'altra branca della Pubblica amministrazione”.

Pertanto il Consiglio di Stato rilevava che, in ordine ad un'attività prevista e regolata dalla legge, il giudizio eminentemente discrezionale comporterebbe la libertà di provvedere, *“ma se, in un senso o nell'altro, l'autorità doveva provvedere, e se la legge prevede che gli interessati abbiano il potere di provocare tale attività e riconosce quindi loro un interesse a chiedere il provvedimento, l'Amministrazione doveva dire quali ragioni la inducevano a non fare ciò che in astratto la legge prevede e concede”*.

Dunque, secondo tale ricostruzione, l' *“interesse a chiedere il provvedimento”* –interesse riconosciuto dalla legge – farebbe sorgere il dovere di rispondere: l'Amministrazione avrebbe il dovere giuridico di indicare le ragioni del rifiuto in quanto gli interessati sono titolari di un *“potere”* di provocare l'attività.

E' proprio in questa prospettiva che si inserisce il contributo di Cannada Bartoli il quale si chiede se il dovere giuridico affermato dal Consiglio di Stato in tale pronuncia sia un dovere *“puramente formale, connesso con la mera proposizione di una istanza da parte di un qualunque soggetto, che, soltanto per ciò, assumerebbe la qualifica di interessato alla pronuncia (risposta) dell'autorità adita”*; oppure se la configurazione del suddetto dovere presupponga, oltre il mero fatto della presentazione di una istanza, *“l'esistenza di una legittimazione sostanziale del soggetto, il quale, solo in quanto interessato, potrebbe chiedere all'Amministrazione un determinato provvedimento ed, eventualmente, lagnarsi del non motivato rifiuto di provvedere sull'istanza presentata”*<sup>195</sup>.

L'Autore propende per la seconda soluzione in quanto maggiormente conforme al principio fondante il sistema della giustizia amministrativa basato sul carattere sostanziale dell'interesse e ritiene dunque che la presentazione dell'istanza

---

<sup>195</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, cit., 175 s.

presupponga la legittimazione sostanziale del soggetto che chiede un dato provvedimento: *“il dovere della pubblica amministrazione di pronunciarsi sull’istanza si collegherebbe ad una complessa fattispecie costituita dall’esistenza di un interesse sostanziale e dalla richiesta di provvedere”*<sup>196</sup>.

L’esistenza del suddetto interesse sostanziale risulterebbe dagli adempimenti che l’ordinamento pone a carico del soggetto istante e la cui documentazione costituisce il *“corredo”* della domanda. E ciò in quanto *“i suddetti vari adempimenti imposti dalla legge si configurano come presupposti o condizioni dello svolgimento di situazioni di diritto soggettivo spettanti al soggetto istante”*<sup>197</sup>.

Dunque, il momento fondamentale della riflessione di Cannada Bartoli è la delimitazione dell’ambito di applicazione del principio affermato dal Consiglio di Stato in quanto l’Autore ritiene che il dovere della Pubblica Amministrazione di indicare le ragioni di pubblico interesse che giustifichino il rifiuto di un provvedimento chiesto dall’interessato varrebbe solo per quelle istanze presentate *“al fine di ottenere lo svolgimento o la piena realizzazione di una situazione di diritto soggettivo”*<sup>198</sup>.

La decisione del Consiglio di Stato avrebbe incentrato il problema sulla ricerca del valore da attribuire al comportamento dell’Amministrazione trascurando invece *“di porre in debita luce il rapporto nel quale tale comportamento s’inserisce”*<sup>199</sup>.

La soluzione andrebbe quindi ricercata nella natura delle situazioni di diritto soggettivo, lo svolgimento delle quali a volte viene subordinato dall’ordinamento al potere discrezionale dell’Amministrazione: il rigetto dell’istanza dovrebbe quindi

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, 175-176.

<sup>197</sup> *Ibidem*, 176.

<sup>198</sup> *Ibidem*, 177. Secondo l’Autore *“L’affermazione giurisprudenziale del principio in esame difetta di un solido fondamento logico, epperò pecca di genericità, stante la rilevata mancanza di un criterio che delimiti ab intra la portata del principio affermato”*.

<sup>199</sup> *Ibidem*, 177.

essere motivato proprio in quanto “*esso sacrifica quelle situazioni di diritto soggettivo, per ottenere lo svolgimento delle quali il cittadino aveva ottemperato ai vari adempimenti eventualmente prescritti ed aveva presentato l’istanza*”<sup>200</sup>.

La mancanza del provvedimento impedirebbe quindi lo svolgimento delle situazioni di diritto soggettivo “*la cui titolarità determina l’interesse legittimo di chi venga leso dal comportamento illegittimo dell’Amministrazione*”<sup>201</sup>, in un’ottica secondo la quale le situazioni di diritto soggettivo costituiscono il presupposto dell’interesse legittimo.

In tale concezione, dunque, viene posto in primo piano il rapporto tra Amministrazione e cittadino e, per la prima volta, il dovere dell’Amministrazione si relaziona, o meglio, discende, dall’interesse sostanziale di quest’ultimo: le situazioni giuridiche del cittadino “*debbono essere considerate nel loro pieno valore sostanziale*”<sup>202</sup>.

La giurisprudenza era perlopiù concorde nell’affermare che il silenzio serbato dall’Amministrazione a seguito della messa in mora da parte dell’interessato potesse essere considerato come rifiuto di provvedere nel senso desiderato, per essere impugnato in sede competente, qualora sussistesse un obbligo giuridico dell’Amministrazione a provvedere (Consiglio di Stato, ad. gen., 14 novembre 1957, n. 515<sup>203</sup>; Consiglio di Stato, Sezione IV, 2 maggio 1962, n. 349<sup>204</sup>; Consiglio di

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, 178. L’Autore aggiunge che, se le situazioni di diritto soggettivo sono espressioni di liceità, “... il provvedimento con il quale l’Amministrazione disattende la domanda del privato, spezza quella che rovesciando una nota espressione potrebbe denominarsi presunzione di liceità del comportamento privato. L’autorità amministrativa ha il potere di apprezzare discrezionalmente se ciò che il privato vuole intraprendere è compatibile con il perseguimento dei fini pubblici, ma deve motivare perché, a suo giudizio, tale perseguimento impedisca, epperò sacrifici, lo svolgimento di una situazione di diritto soggettivo”.

<sup>201</sup> *Ibidem*, 179.

<sup>202</sup> *Ibidem*, 179.

<sup>203</sup> In *Cons. St.*, 1958, I, 930 s.

<sup>204</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 875 s.

Stato, Sezione IV, 22 giugno 1962, n. 434<sup>205</sup>; Consiglio di Stato, Sezione IV, 31 ottobre 1962, n. 548<sup>206</sup>; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 24 novembre 1962, n. 13<sup>207</sup>), senza che assumesse importanza il fatto che in ordine al contenuto del provvedimento, che è doveroso emanare, l'Amministrazione disponesse di un potere discrezionale, come affermato nella decisione appena commentata (Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 novembre 1954, n. 733<sup>208</sup>) e in altre (Consiglio di Stato, Sezione IV, 2 marzo 1957, n. 87<sup>209</sup> e la già citata Consiglio di Stato, Ad. Plen., 24 novembre 1962, n. 13<sup>210</sup>).

Nei casi in cui invece il provvedere era per l'Amministrazione diffidata una mera facoltà (come per esempio nel caso di adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio) e in cui era persino escluso che potesse esservi la lesione di interessi protetti, o nei casi in cui il provvedere addirittura non rientrava nei poteri dell'Amministrazione diffidata (ad esempio per incompetenza), al silenzio non si sarebbe potuto attribuire alcun valore (Consiglio di Stato, Sezione VI, 18 maggio 1955, n. 352<sup>211</sup>; Consiglio di Stato, Sezione IV, 31 ottobre 1962, n. 548<sup>212</sup>).

Il fatto che il silenzio equivalga a rifiuto soltanto quando sussista un dovere di provvedere comporta, inoltre, che qualora il richiedente non sia legittimato,

---

<sup>205</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 1126 s.

<sup>206</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 1534 s.

<sup>207</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 1734s.

<sup>208</sup> In *Il Foro padano*, 1956, I, 175 s.

<sup>209</sup> In *Cons. St.*, 1957, I, 359 s., dove viene specificato che “L'Amministrazione, se non ritiene di adottare alcun provvedimento nell'esercizio di un'attività discrezionale che le compete e che la legge prevede che possa essere provocata dal privato, riconoscendo a questi un interesse a chiedere il provvedimento, deve dire quali ragioni la inducono a non concedere ciò che la legge prevede in astratto che possa essere consentito, e non già trincerarsi dietro il silenzio ...”.

<sup>210</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 1734 s.

<sup>211</sup> In *Cons. St.*, 1955, I, 753 s.

<sup>212</sup> In *Cons. St.*, 1962, I, 1534 s.

mancando un dovere di provvedere sulla sua istanza, il silenzio non potrebbe valere come rifiuto<sup>213</sup>.

La rilevanza sostanziale della posizione giuridica del privato emerge con tutta chiarezza negli studi di Ledda<sup>214</sup> il quale distingue tra dovere d'ufficio connotato al concetto stesso di funzione amministrativa e obbligo di pronuncia al quale è corrispondente una pretesa che ha la consistenza di diritto soggettivo. In particolare, l'Autore, ipotizzando che accanto al dovere d'ufficio possa configurarsi una situazione giuridica distinta correlata alla manifestazione di volontà dell'amministrazione e posta a tutela dell'interesse individuale del privato coinvolto nella determinazione autoritativa, ritiene *“ben fondata l'opinione, che ravvisa nella pronuncia il contenuto di un vero e proprio obbligo, corrispondente ad un diritto soggettivo del cittadino (con espressione impropria ma efficace, si parla talvolta del «diritto a una risposta» circa la istanza rivolta all'autorità)”*<sup>215</sup>.

Il contenuto di questa situazione di obbligo *“non è questo provvedimento e neppure il rifiuto inteso come atto, ma la emanazione di un atto considerata come comportamento”*<sup>216</sup> e l'obbligo che sorge in capo all'amministrazione *“può essere adempiuto tanto con la emanazione del provvedimento atteso quanto con la manifestazione della volontà di non emanarlo”*<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, cit., 175 s.

<sup>214</sup> F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

<sup>215</sup> *Ibidem*, 111.

<sup>216</sup> *Ibidem*, 111.

<sup>217</sup> *Ibidem*, 112.

**4. L'obbligo di provvedere come principio autonomo dell'azione amministrativa. Il silenzio come obiettivo inadempimento rispetto all'obbligo di provvedere. L'evoluzione del silenzio dell'Amministrazione dalla figura del silenzio-rigetto a quella del silenzio-inadempimento. L'Adunanza plenaria del 10 marzo 1978 n. 10 e la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 1982 n. 92.**

Una svolta fondamentale nella delineazione della doverosità amministrativa e delle relative tecniche di tutela giurisdizionale è rappresentata dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del 10 marzo 1978, n. 10<sup>218</sup>.

La questione sottoposta all'Adunanza Plenaria riguardava le modalità procedurali per la determinazione del silenzio-rifiuto<sup>219</sup> successivamente

---

<sup>218</sup> In *Cons. St.*, 1978, I, 335 s. Ora anche in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, G. PASQUINI e A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2001, 445 s., con commento di A. SANDULLI, *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione*, 457 s.

<sup>219</sup> La terminologia usata in materia di silenzio varia a seconda degli Autori. Nel presente lavoro viene seguita quella utilizzata da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 673 s.; l'Autore, nei casi in cui la legge attribuisce all'inerzia dell'Amministrazione – considerata come “un mero fatto” – il valore legale tipico proprio di un atto amministrativo, usa l'espressione “silenzio significativo” (o “inerzia significativa”) che ricomprende il “silenzio-accoglimento” e il “silenzio-rigetto” a seconda che la legge attribuisca al silenzio il valore di accoglimento o di rigetto dell'istanza. Nei casi in cui l'Amministrazione ometta di provvedere (sia quando sia tenuta a farlo d'ufficio sia quando sia tenuta a farlo su istanza degli amministrati) entro un termine assegnato dalla legge e quest'ultima non contenga alcuna indicazione in ordine al significato da attribuire al silenzio, l'Autore adopera l'espressione “silenzio-inadempimento”, dando tuttavia atto che nella prassi e talvolta nella legislazione ricorre l'espressione “silenzio-rifiuto”. Tali rilievi necessitano di essere completati con altre due espressioni terminologiche usate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dal Legislatore: quella di “silenzio-assenso”, che insieme all'espressione “silenzio-accoglimento” viene utilizzata per indicare i casi nei quali il silenzio per espressa qualificazione legislativa assume il significato di accoglimento della domanda o dell'istanza del privato, e quella di “silenzio-diniego”, la quale viene affiancata all'espressione “silenzio-rigetto” per indicare i casi nei quali il silenzio assume, per volontà legislativa, il significato di rigetto dell'istanza o della domanda del privato.

In senso critico circa i “nomignoli” attribuiti “immeritamente” al silenzio (rifiuto, rigetto, inadempimento) si vedano F.G. COCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, III, 431.

Nonostante la giurisprudenza tenda ad assimilare le espressioni di silenzio-inadempimento e di silenzio-rifiuto, sottoponendo le due fattispecie al medesimo trattamento processuale, parte della dottrina ne ha invece, anche di recente, sottolineato le differenze parlando al riguardo di “*equivoco nominalistico*”. Si veda in particolare R. DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 6, 700 s., secondo la quale il silenzio-inadempimento si verificherebbe quando in base all'art. 2 della legge n. 241/1990 sussiste l'obbligo di emettere un provvedimento espresso entro un certo termine e tale termine sia vanamente decorso, mentre il



all'introduzione della nuova disciplina del silenzio-rigetto ad opera dell'art. 6 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (recante “*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*”) e dell'art. 20 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (“*Istituzione dei Tribunali amministrativi regionali*”). Tali norme, infatti, avevano introdotto una nuova disciplina relativa al ricorso gerarchico la quale prevedeva una procedura più snella – con conseguente abbreviazione dei termini – per la formazione del silenzio-rigetto, rispetto a quella prevista dall'art. 5 del T.U. della legge comunale e provinciale di cui al R.D. 3 marzo 1934, n. 383<sup>220221</sup>.

---

silenzio-rifiuto sarebbe “... il vero e proprio diniego di provvedimento, qualcosa che va oltre l'inerzia” e che il privato potrebbe rendere significativa mettendo in mora l'Amministrazione per dare all'inerzia la connotazione di provvedimento negativo impugnabile con l'ordinario ricorso in sede di legittimità, non limitandosi, quindi, alla tutela offerta dall'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971. Rinviano per tali aspetti sostanziali e processuali a quanto sarà trattato nel prosieguo, si rileva che nel presente lavoro le due espressioni vengono assimilate.

Sulla definizione di silenzio-inadempimento si veda A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai Giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 84 s. In particolare, l'Autore chiarisce che a parte le ipotesi previste da tassative disposizioni legislative che equiparano il silenzio a un provvedimento di un certo contenuto ai fini dell'impugnativa, “... all'inerzia dell'amministrazione non può attribuirsi alcun significato giuridico, se non nei casi in cui essa si risolva nell'inadempimento di un dovere” (...). Il silenzio serbato su una domanda di autorizzazione a costruire (sulla quale l'art. 31 l. 17 agosto 1942 n. 1150 impone al Sindaco di provvedere entro sessanta giorni) è inadempimento del dovere di provvedere sulla domanda. Ma, siccome qui il potere dell'Amministrazione ha un certo ambito di discrezionalità (particolarmente in ordine ai criteri di ornato pubblico), il dovere (e quindi l'inadempimento) non investe il contenuto del provvedimento, bensì semplicemente la necessità di pronunciare sulla richiesta. Nei casi in cui l'Amministrazione sia invece tenuta all'emanazione di provvedimenti di contenuto certo e puntualmente definito (p. es., derequisizione di un bene quando siano venuti meno i presupposti della requisizione; riassunzione in servizio dell'impiegato del quale sia stato annullato il licenziamento), il dovere (e quindi l'inadempimento) investe addirittura il contenuto. Mentre nella prima delle ipotesi considerate l'inerzia non può significare altro, se non inadempienza del dovere di provvedere (in qualsiasi modo), nella seconda essa significa addirittura inadempienza del dovere di provvedere in un certo (quel certo) modo. L'entità dell'inadempienza – e quindi il «contenuto» del silenzio – è data di volta in volta dall'entità del dovere. A parte la portata, un «inadempimento» sussiste però comunque in tutti i casi di silenzio serbato in presenza di un dovere di provvedere. Ecco perché in tutti i casi di cui si è detto può sempre parlarsi di «silenzio-inadempimento».

<sup>220</sup> Per il contenuto completo dell'art. 5 del T.U. n. 383/1934 si veda *supra*. Qui, per comodità, vengono riportati solo i commi ritenuti maggiormente significativi ai fini del presente paragrafo: “Salvo che la legge non disponga altrimenti, contro i provvedimenti delle autorità governative inferiori è ammesso ricorso in via gerarchica alle autorità superiori” (comma 1); “Il ricorso gerarchico può essere sperimentato solo da chi vi abbia interesse, e non è più ammesso dopo trascorsi trenta giorni dalla data della notificazione o comunicazione amministrativa, o da quando l'interessato abbia avuto comunque piena cognizione del provvedimento” (comma 2); “Trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che il ricorso venga deciso” (comma 5); “Trascorsi sessanta

In particolare, l'art. 6 del D.P.R. n. 1199/1971 – tuttora in vigore – prevedeva, nell'ambito del Capo I contenente la disciplina relativa al “*Ricorso gerarchico*”<sup>222</sup>, che “*Decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica*”.

L'art. 20 della legge n. 1034/1971 – articolo abrogato dall'articolo 4, comma 1, punto 10), dell'Allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (“*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*”) – disponeva che “*Nei casi in cui contro gli atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale sia presentato ricorso in via gerarchica, il ricorso al tribunale amministrativo regionale è proponibile contro la decisione sul ricorso gerarchico ed*

---

giorni dalla notificazione a tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato” (comma 6).

<sup>221</sup> In realtà l'adozione del D.P.R. n. 1199/1971 e della legge n. 1034/1971 è stata considerata una “analogia occasionale” rispetto a quella presentatasi successivamente con l'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990) per dettare una disciplina compiuta in ordine alla formazione e qualificazione del silenzio dell'Amministrazione e in ordine alla individuazione dei rimedi esperibili dai soggetti lesi dal silenzio stesso. In questo senso si veda F.G. SCOCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 394, nota n. 3; secondo gli Autori infatti, “...in sede di modifica della precedente disciplina dell'inerzia in presenza di un ricorso gerarchico, contenuta nell'art. 5 del T.U.c.p. del 1934, il legislatore ben avrebbe potuto regolare *ex novo* anche il silenzio serbato di fronte alle istanze dirette ad ottenere per la prima volta l'intervento della Pubblica Autorità; ipotesi che, in assenza di previsioni normative, era stata sempre costruita dalla giurisprudenza sul modello del c.d. silenzio-rigetto, ma la mancanza di una legge generale che disciplinasse puntualmente i tempi dell'azione amministrativa rendeva impossibile, all'epoca, un tale intervento”.

<sup>222</sup> Nello specifico, l'art. 1 del Capo I del D.P.R. n. 1199/1971 delimita l'ambito di applicazione del ricorso gerarchico prevedendo che “Contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità e di merito, da parte di chi vi abbia interesse” (comma 1); “Contro gli atti amministrativi dei Ministri, di enti pubblici o di organi collegiali è ammesso ricorso da parte di chi vi abbia interesse nei casi, nei limiti e con le modalità previsti dalla legge o dagli ordinamenti dei singoli enti” (comma 2); “La comunicazione degli atti soggetti a ricorso ai sensi del presente articolo deve recare l'indicazione del termine e dell'organo cui il ricorso deve essere presentato” (comma 3).

*in mancanza, contro il provvedimento impugnato, se, nel termine di novanta giorni, la pubblica amministrazione non abbia comunicato e notificato la decisione all'interessato*” (comma 1); *“Se siano interessate più persone il ricorso al tribunale amministrativo regionale proposto da un interessato esclude il ricorso gerarchico di tutti gli altri. Gli interessati, che abbiano già proposto o propongano ricorso gerarchico, devono essere informati a cura dell'amministrazione dell'avvenuta presentazione del ricorso al tribunale amministrativo regionale. Entro 30 giorni da tale comunicazione essi, se il loro ricorso gerarchico era stato presentato in termine, possono ricorrere al tribunale amministrativo regionale”* (comma 2)<sup>223</sup>.

Pertanto, se nella disciplina di cui all'art. 5 del T.U. n. 383/1934 l'iter procedurale che portava alla formazione del silenzio-rigetto – impugnabile in quanto tale davanti al giudice amministrativo – riproduceva sostanzialmente lo schema elaborato dalla giurisprudenza formatasi precedentemente ed era, quindi, scadenzato in più fasi (presentazione del ricorso gerarchico – decorso di centoventi giorni – notificazione di istanza – decorso di sessanta giorni), nel nuovo meccanismo discendente dal combinato disposto dell'art. 6 del D.P.R. n. 1199/1971 e dell'art. 20 della legge n. 1034/1971, il procedimento di formazione del provvedimento tacito di rigetto era assai più celere in quanto articolato praticamente su di un'unica fase di presentazione del ricorso gerarchico e del decorso di novanta giorni; veniva cioè eliminata la fase della notificazione della diffida e, conseguentemente, i termini erano ridotti esattamente alla metà (novanta giorni al posto di centottanta giorni).

In relazione alla disciplina applicabile al silenzio-rifiuto, l'introduzione di tali disposizioni aveva diviso la giurisprudenza in due orientamenti contrapposti tendenti,

---

<sup>223</sup> Il successivo comma 3 prevedeva che “Quando sia stato promosso ricorso al tribunale amministrativo regionale è escluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica”.

l'uno, a prediligere ancora l'applicazione dell'art. 5 del T.U. n. 383/1934<sup>224</sup> e, l'altro, a ritenere invece applicabile in via analogica la nuova disciplina di cui all'art. 6 del D.P.R. n. 1199/1971 e all'art. 20 della legge n. 1034/1971<sup>225</sup>.

La controversia dalla quale era originato l'intervento dell'Adunanza Plenaria riguardava proprio l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina normativa. In particolare, una società farmaceutica (O.R.M.A. – Istituto Terapeutico Romano s.r.l.), avendo seguito per la formazione del silenzio il procedimento previsto dall'art. 5 del T.U. n. 383/1934, aveva presentato ricorso al giudice amministrativo per l'annullamento del silenzio-rifiuto dell'Amministrazione sulla istanza della società di adeguamento dei prezzi dei medicinali ai costi. Poiché, successivamente alla proposizione del ricorso avanti al T.A.R., l'Amministrazione aveva emanato, con ritardato adempimento, un provvedimento che non soddisfaceva la società, quest'ultima aveva impugnato anche tale provvedimento avanti al giudice amministrativo. Il T.A.R. adito, previa riunione dei due ricorsi, dichiarava inammissibile il primo e accoglieva il secondo. In particolare, il primo ricorso veniva dichiarato inammissibile in quanto, a parere del T.A.R., la disciplina del silenzio-rifiuto avrebbe dovuto essere desunta dalla nuova normativa di cui all'art. 6 del D.P.R. n. 1199/1971 anziché dall'art. 5 del T.U. n. 383/1934 e, nel caso di specie, il ricorso era stato proposto assai oltre la data di costituzione del silenzio-rifiuto.

Veniva quindi proposto appello autonomo e incidentale da entrambe le parti e la questione circa la disciplina applicabile al procedimento di formazione del silenzio-rifiuto ed al termine per la sua impugnazione veniva rimessa dalla Sezione

---

<sup>224</sup> Cfr. ad esempio Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 ottobre 1976, n. 355, in *Cons. St.*, 1976, I, 2, 1101-1102; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 dicembre 1976, n. 447, in *Cons. St.*, 1976, I, 2, 1425.

<sup>225</sup> Cfr. ad esempio Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 aprile 1975, n. 135, in *Cons. St.*, 1975, I, 517; Consiglio di Stato, Sez. VI, 1° febbraio 1977, n. 65, in *Cons. St.*, 1977, I, 1, 185.

VI, previo rilevamento del possibile contrasto giurisprudenziale, all'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria, nella decisione n. 10/1978, premette che *“il problema del silenzio nella giustizia amministrativa non può essere affrontato in termini assoluti, come se riguardasse concetti immobili nel tempo, ma va storicizzato, e cioè risolto in relazione allo stato di elaborazione degli istituti in quel dato momento storico”*.

Il Consiglio di Stato ricorda, quindi, che tale settore del diritto amministrativo è stato oggetto di un'evoluzione particolarmente intensa iniziata con la stessa creazione della giurisdizione amministrativa *“poiché è stata il frutto, più che di precise scelte legislative, di un'intensa opera di studio e di approfondimento condotta in sede giurisdizionale e dottrinale”*. Ciò in quanto, seppure il problema dell'inerzia dell'Amministrazione di fronte alle istanze dei cittadini fosse stato percepito *“in tutta la sua importanza”* già nel momento in cui fu istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato, non si tradusse in una disposizione normativa di carattere generale né in quella occasione né in altre successive. Pertanto, tale problema *“è stato affrontato per la prima volta nelle decisioni del Consigli di Stato sotto la pressione di reali esigenze di giustizia, del resto presenti in tutti gli Stati a diritto amministrativo (e altrove percepite dal legislatore con ben maggiore prontezza)”*.

L'Adunanza Plenaria chiarisce che *“i termini della questione furono chiari fin dall'inizio e si avvertì subito, anche grazie all'elaborazione del concetto di silenzio da parte della dottrina civilistica, che l'omissione può acquistare rilevanza solo in presenza di un obbligo esistente a carico dell'organo pubblico, cosicché è soprattutto sull'individuazione di tali situazioni che si concentrò l'attenzione della giurisprudenza”*; per tale motivo l'attenzione si focalizzò sulla fattispecie del ricorso

gerarchico *“in cui più chiaro era l’obbligo di provvedere”* acquistando tale fattispecie *“un rilievo tutto particolare, divenendo, dopo una famosa decisione del 22 agosto 1902 (...) l’ipotesi-base di tutta la problematica”*.

Un altro aspetto sul quale si concentrò l’attenzione – prosegue il Consiglio di Stato – fu quello relativo al *“procedimento necessario per rendere rilevante l’obbligo”* e la soluzione venne rinvenuta nell’atto giudiziario di diffida, rimanendo tuttavia sostanzialmente aperto il problema relativo ai termini del procedimento<sup>226</sup>. In relazione al *“modo”* di tale rilevanza la giurisprudenza e gran parte della dottrina ritenne di dover qualificare l’inerzia come un atto negativo, soluzione che *“dal punto di vista operativo presentava problemi di notevole complessità e l’unanimità che su di essa si formò si spiega probabilmente in relazione allo stato degli studi del tempo”*. Spiega il Consiglio di Stato che *“In una giustizia amministrativa da poco elevata al livello giurisdizionale e tutta imperniata, in contrapposizione a quella civile, sull’atto amministrativo e sul suo annullamento, apparve naturale (lo dimostra anche l’esperienza degli altri paesi europei continentali) presupporre l’esistenza di un atto tacito perché ciò permetteva di fare applicazione del sistema costruito intorno all’azione d’impugnazione”*<sup>227</sup>.

E a questo punto il Consiglio di Stato rileva che *“proprio in questo dato formale, costituito dalla qualificazione del silenzio come atto, trova la sua origine l’unitarietà della figura in diritto amministrativo: in ogni caso infatti si individuava un atto di rigetto dell’istanza, fosse quest’ultima diretta a prospettare per la prima*

---

<sup>226</sup> Ciò “... sia perché lasciava perplessi la tesi del «termine congruo» da valutare di volta in volta, sia perché non erano chiare le conseguenze dell’accertamento della non congruità (inammissibilità del ricorso o fissazione di un termine per provvedere alla pubblica amministrazione)”.

<sup>227</sup> Prosegue tale passo della decisione: “E se è vero che l’origine giurisprudenziale dell’istituto può avere contribuito a fare scegliere la strada che meglio si adattava agli schemi logici tradizionali, è anche vero che gli Stati europei che pressappoco nella stessa epoca lo disciplinarono legislativamente di regola adottarono questa stessa soluzione (in particolare la Francia, prima del 1864 e poi nel 1900, e la Spagna nel 1924): conferma ulteriore questa della sua rispondenza al livello degli studi dell’epoca”.

*volta un interesse del privato ovvero ad ottenere il riesame di una precedente determinazione, anche se poi il secondo tipo, non fosse altro che per ragioni statistiche, andava acquistando un'evidenza sempre maggiore".*

In questo quadro, prosegue l'Adunanza Plenaria, è intervenuto il Legislatore del 1934 *"su di un terreno vergine"* e *"si limita a recepire l'indirizzo giurisprudenziale e anzi il suo intervento riguarda solo il caso del ricorso gerarchico, e perdi più una fattispecie particolare di ricorso gerarchico"*. Tuttavia, malgrado la disciplina riguardasse solo tale fattispecie, *"la norma non poteva non far sentire il suo peso anche su tutte le altre fattispecie, in quanto troppo unanime esse apparivano in un comune modo di vedere perché se ne potesse scindere la disciplina"*; di conseguenza *"non è stato quindi necessario nessun particolare sforzo per interpretare la norma scritta come espressione di un principio più ampio e generale (...) al quale era possibile risalire per far rientrare sotto la stessa disciplina tutti gli altri casi di silenzio giuridicamente rilevanti"*.

Tuttavia – spiega il Consiglio di Stato – nel momento stesso in cui si ricostruiva l'originaria unità dell'istituto, iniziarono a prospettarsi i primi dubbi proprio sull'unità dell'istituto stesso; infatti *"se si va alla sostanza delle vicende non si può dubitare della profonda diversità esistente fra un caso in cui, essendosi in fase di riesame, sia già intervenuta una determinazione amministrativa, ed un altro in cui invece manchi qualsiasi presa di posizione dell'amministrazione sull'assetto degli interessi che sono messi in gioco"*.

Il Consiglio di Stato mette dunque in rilievo il diverso contesto in cui si inserisce l'inerzia del soggetto pubblico e quindi l'autonomia dell'ipotesi di silenzio su ricorso gerarchico rispetto a tutte le altre e afferma che *"Naturalmente il cammino per pervenire ad un nuovo stabile assetto non è agevole, ma vi è qui il vantaggio di*

*un punto fermo di fondamentale importanza nella storia di questa problematica: si allude alla decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 1960*".

Pertanto venivano ricordati i contenuti della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 3 maggio 1960<sup>228</sup> e, specialmente, il fatto che con tale decisione era stato

---

<sup>228</sup> In *Cons. St.*, 1960, I, 1, 822 s. La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 3 maggio 1960 è stata, infatti, una pronuncia fondamentale in tema di ricostruzione della sostanziale differenza esistente tra l'istituto del silenzio-rigetto e quello del silenzio-rifiuto. In particolare, si afferma innanzitutto che "... il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'Amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la Legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà (...). E' solo una esigenza formale, di certezza e di sollecitudine nella definizione dei rapporti giuridici, quella che ha indotto il legislatore ad equiparare il «silenzio» al «rigetto» considerando fissata la situazione giuridica, nel modo in cui è definita dall'atto dell'autorità inferiore, così come se il ricorso gerarchico fosse stato respinto, ed aprendo ulteriormente la via al ricorso giurisdizionale o straordinario". Di conseguenza, sulla base dell'assunto che oggetto del ricorso giurisdizionale è sempre un atto amministrativo, viene rilevato che "l'oggetto del ricorso viene meno, non soltanto quando un atto sopravvenuto dell'Amministrazione abbia consentito al ricorrente di realizzare integralmente la propria pretesa ma tutte le volte che l'Amministrazione abbia eliminato dal mondo giuridico, con effetto *ex tunc*, l'atto impugnato, indipendentemente dal considerare se con ciò sia stata o no soddisfatta la pretesa del ricorrente, talché la potestà d'annullamento del Consiglio di Stato non abbia più possibilità di svolgersi, perché non ha più esistenza giuridica l'atto sul quale dovrebbe incidere. E' poi questione meramente terminologica, se tutte queste situazioni possano ricomprendersi nella formula della «cessazione della materia del contendere», o se questa vada riservata alle situazioni del primo tipo, mentre le altre dovrebbero più propriamente definirsi come ipotesi di sopravvenuta carenza d'interesse, o di improcedibilità, etc.". A questo punto si chiarisce che "Vi sono, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, due correnti, che talvolta si considerano, congiuntamente, sotto il profilo del «silenzio della pubblica Amministrazione», ma che concettualmente concernono situazioni diverse. La prima riguarda il silenzio sulla diffida per decidere il ricorso gerarchico, si ricollega direttamente all'articolo 5 T.U. 3 marzo 1934, n. 383 (...). La seconda si può considerare continuazione della giurisprudenza pretoria, della quale la più remota manifestazione si può rinvenire in una decisione della IV Sezione in data 2 marzo 1894, che riteneva illegittimo il silenzio della pubblica Amministrazione, quando essa avesse il dovere giuridico d'emanare un provvedimento, e che, una volta risolta legislativamente la questione della mancata decisione del ricorso gerarchico, ha continuato a svolgersi con riferimento agli altri tipi di istanze, sulle quali l'Amministrazione ha obbligo di pronunciare (...). Solo in tempo relativamente recente (...) la giurisprudenza delle Sezioni, dopo qualche incertezza, si è consolidata nel senso, di richiedere in tutti i casi l'osservanza delle forme e dei termini dell'articolo 5, e si è quindi alquanto offuscata la sostanziale differenza tra le situazioni del primo e del secondo tipo. Questa tuttavia persiste, e non presenta difficoltà d'identificazione. Nella impugnativa del silenzio sulla diffida a decidere il ricorso gerarchico, esiste un atto amministrativo formale, quello della autorità inferiore, che ha provveduto sia pure non definitivamente sul rapporto giuridico contestato; e l'ulteriore pretesa, dedotta nel ricorso giurisdizionale contro il silenzio, del superiore gerarchico, è sostanzialmente rivolta alla rimozione di tale atto, che si intende, col rigetto presunto, confermato dall'Autorità superiore. Invece nell'impugnativa del silenzio contro istanze d'altro contenuto, manca di regola qualsiasi anteriore provvedimento, e 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". Il Consiglio di Stato quindi afferma che "Nelle situazioni del secondo tipo, si dà, nella maggior parte dei casi, che l'Amministrazione abbia bensì il dovere di provvedere sull'istanza, ma che il contenuto del provvedimento sia poi più o meno ampiamente discrezionale dimodoché il Consiglio di Stato può bensì accertare l'illegittimità dell'emissione, ma non può anche sostituirsi



chiarito che l'impugnativa del silenzio nei procedimenti di primo grado (silenzio-rifiuto) è *“rivolta ad ottenere l’emanazione d’un atto che definisca per la prima volta il rapporto”* e il fatto che in quella decisione si affermi che la pronuncia è diretta ad *“annullare il rifiuto”*, costituisce, a parere del Consiglio di Stato, solo *“il frutto inevitabile di una certa vischiosità terminologica del resto presente anche nella giurisprudenza successiva”*<sup>229</sup>.

Di conseguenza, l’Adunanza Plenaria sottolinea come nelle decisioni si sia cominciato ad abbandonare lo schema dell’azione di annullamento, parlandosi invece esplicitamente di pronuncia dichiarativa dell’obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione, ispirandosi quindi alla dottrina che costruiva l’istituto facendo riferimento al concetto di inadempimento.

A questo punto viene fatto riferimento alla nuova disciplina del 1971 nella quale il legislatore *“nel disciplinare i ricorsi amministrativi, ha fatto propria questa soluzione radicale che fa perno sull’atto di primo grado, riducendo l’inerzia del soggetto pubblico alle sue reali dimensioni giuridiche di mero fatto condizionante l’esercizio dell’azione nei confronti dell’unica determinazione amministrativa esistente”*. Tale scelta *“quanto mai opportuna”* si riflette sull’intera problematica del silenzio amministrativo in quanto *“una volta posto l’accento sulla realtà in cui s’inserisce il silenzio, si è scavato un solco incolmabile fra le due ipotesi tradizionali, poiché, sul piano concettuale, si è reso ufficiale il distacco delineatosi dal 1960 in poi circa la qualificazione giuridica delle due fattispecie (silenzio come condizione per l’impugnazione dell’atto in primo grado, in contrapposizione al*

---

all’Amministrazione nel determinare il contenuto dello atto (...). L’illegittimità, consiste non nell’aver «rigettato» l’istanza (poiché appunto il Consiglio di Stato non è in grado di stabilire se nel merito l’eventuale rigetto sarebbe o no legittimo) ma nell’aver «rifiutato» di emettere su di essa un qualsiasi provvedimento”.

<sup>229</sup> Specifica il Consiglio di Stato che: “Quel che conta, è che da quel momento non vi è stata più incertezza, sia in ordine alla non deducibilità dei vizi del c.d. «rifiuto» (quello della motivazione, ad esempio), sia circa la rilevanza del provvedimento sopravvenuto”.

*silenzio come inadempimento dell'obbligo di provvedere), e sul piano funzionale, si sono in conseguenza introdotte modalità procedurali affatto nuove e non applicabili al di fuori del silenzio-rigetto”.*

Infatti, la riduzione dei termini e l'eliminazione dell'atto intermedio di diffida sarebbero la conseguenza della presa d'atto che nel silenzio-rigetto una manifestazione di volontà già esiste e che è nell'interesse sia della parte privata che di quella pubblica superare celermente la fase gerarchica. Tuttavia *“è del pari evidente che questa soluzione risponde ad una logica che non trova riscontro nel silenzio rifiuto. Qui l'azione amministrativa è colta nella sua fase iniziale e tutto deve convergere verso l'opposta finalità di provocare la determinazione amministrativa”*. Sarebbe, quindi, ingiustificato e dannoso saltare la fase stragiudiziale della diffida e far decorrere da subito il termine di decadenza<sup>230</sup>.

Sulla base di tali considerazioni il Consiglio di Stato ritiene quindi completamente mancanti le condizioni per operare un'estensione analogica all'istituto del silenzio-rifiuto della disciplina del 1971 *“poiché queste norme, lungi dall'essere espressione, come quella del 1934, di un principio comune ai due silenzi, sono il frutto proprio della presa di coscienza della loro diversità”*.

D'altro lato, l'Adunanza Plenaria non ritiene applicabile neanche la disciplina di cui all'art. 5 del T.U. n. 383/1934 in quanto norma ormai abrogata e un'interpretazione analogica è un'operazione logica che, essendo diretta ad estendere l'ambito di previsione di una data norma, presuppone l'esistenza di un precetto espresso.

---

<sup>230</sup> Viene specificato che sarebbe dannoso “non solo per l'amministrazione, che non sempre è tecnicamente in grado di concludere il procedimento in novanta giorni, ma anche per il privato, che sarebbe esposto al continuo pericolo di una scadenza automatica spesso ignota, ed infine per la collettività, che vedrebbe inevitabilmente moltiplicarsi il contenzioso”.

Dunque, dopo aver spiegato le ragioni per cui le due soluzioni prospettate non erano applicabili, l'Adunanza Plenaria ritiene che *“mancando ogni altra fonte idonea, possa trovare applicazione in questa materia la disposizione contenuta nell'art. 25 dello statuto degli impiegati civili dello Stato”*.

Secondo l'art. 25 del D.P.R. del 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) *“L'omissione di atti o di operazioni, al cui compimento l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento, deve essere fatta constare da chi vi ha interesse mediante diffida notificata all'impiegato e all'Amministrazione a mezzo di ufficiale giudiziario”* (comma 1); *“Quando si tratti di atti o di operazioni da compiersi ad istanza dell'interessato, la diffida è inefficace se non siano trascorsi sessanta giorni dalla data di presentazione dell'istanza stessa”* (comma 2)<sup>231</sup>; *“Decorsi inutilmente trenta giorni dalla notificazione della diffida, l'interessato può proporre l'azione di risarcimento, senza pregiudizio del diritto alla riparazione dei danni che si siano già verificati in conseguenza dell'omissione o del ritardo”* (comma 5).

Tale disposizione viene ritenuta applicabile in quanto *“...se si tiene presente che nel nostro ordinamento manca una disciplina dell'azione amministrativa, non ci si meraviglia che, come in passato si era individuata la fonte normativa del silenzio nel t.u. della legge comunale e provinciale, così ora la si individui nel t.u. degli*

---

<sup>231</sup> Il comma 3 prevede che *“Qualora l'atto o l'operazione faccia parte di un procedimento amministrativo, la diffida è inefficace se non siano trascorsi sessanta giorni dalla data di compimento dell'atto od operazione precedente ovvero, qualora si tratti di atti od operazioni di competenza di più uffici, dalla data in cui l'atto precedente, oppure la relazione o il verbale della precedente operazione, trasmesso dall'ufficio che ha provveduto, sia pervenuto all'ufficio che deve attendere agli ulteriori incombeni”*; il successivo comma 4 dispone che *“Se le leggi ed i regolamenti amministrativi, ovvero i capitoli generali o speciali e i disciplinari di concessione, stabiliscono per il compimento di determinati atti od operazioni termini più brevi o più ampi di quelli previsti nei commi precedenti la diffida è efficace se notificata dopo la scadenza del termine entro il quale gli atti o le operazioni debbono essere compiuti, secondo la specifica norma che li concerne”*.

*impiegati civili dello Stato nel quale, peraltro, sono contenute anche parecchie altre norme riguardanti proprio l'azione amministrativa".*

Il Consiglio di Stato chiarisce dunque che la disposizione *de quo* non riguarderebbe il rapporto d'impiego in senso stretto, né dal punto di vista soggettivo – in quanto ciò che sarebbe essenziale sarebbe non l'esistenza di un rapporto intersoggettivo di lavoro ma solo se funzionalmente l'azione o l'omissione di un soggetto sia imputabile alla pubblica amministrazione – né tantomeno da quello oggettivo – in quanto gli atti e le operazioni sono imposti all'ente e per esso all'ufficio competente e l'impiegato vi è soggetto solo se ed in quanto è in esso incardinato – ed anzi sarebbe idonea a disciplinare il silenzio-rifiuto della pubblica Amministrazione anche grazie al fatto che prenderebbe in considerazione la stessa situazione giuridica che è alla base dell'istituto e cioè un obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione disatteso dalla stessa.

In relazione al fatto che la norma prevede come conseguenza dell'omissione solo la sanzione del risarcimento del danno, *“e quindi una sanzione per sua natura estranea al silenzio-rifiuto”*, il Consiglio di Stato rileva che *“Tale sanzione (...) costituisce l'inequivocabile manifestazione della volontà legislativa di dare rilevanza giuridica alla violazione dell'obbligo e se può legittimare l'esercizio di un'azione di condanna (in quanto possibile), deve a maggior ragione legittimare l'esercizio di un'azione dichiarativa, volta cioè al mero accertamento della violazione (secondo lo schema tipico del silenzio-rifiuto) davanti all'organo giurisdizionale competente”*.

La conferma della validità di tali affermazioni si troverebbe nel successivo art. 26<sup>232</sup> del T.U. n. 3/1957 che, nel disciplinare l'inesecuzione del giudicato

---

<sup>232</sup> L'art. 26 dispone che: “Qualora il danno del terzo derivi dalla mancata esecuzione del giudicato formatosi contro l'Amministrazione, l'azione di risarcimento può essere iniziata soltanto dopo che siano trascorsi sessanta giorni dalla notificazione, con diffida a provvedere, della decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale che, ai sensi dell'art. 27, n. 4, del testo unico 26 giugno

amministrativo, “*dimostra chiaramente d’intendere la figura come un’ipotesi particolare della fattispecie disciplinata dall’articolo precedente*” e prevede testualmente che la conseguente azione sia volta a dichiarare l’obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi al giudicato.

Pertanto, il Consiglio di Stato ritiene che la disposizione di cui all’art. 25 del T.U. n. 3/1957 possa costituire una valida fonte per la disciplina del silenzio-rifiuto, sostanzialmente accogliendo la soluzione che era stata prospettata già da tempo da Aldo M. Sandulli<sup>233</sup>.

---

1924, n. 1054, dichiara l’obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi al giudicato, salvo il diritto alla riparazione dei danni che si siano verificati”.

<sup>233</sup> In particolare, A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, 169 s. L’Autore, dopo aver chiarito il concetto di silenzio-inadempimento affermando che “Quando (...) nessuna norma attribuisca alla omissione di pronuncia su un’istanza un «valore legale tipico», il silenzio dell’Amministrazione non ha (...) altro valore che quello di inadempimento dell’obbligo di pronunciarsi sull’istanza: si tratta cioè di un mero silenzio-inadempimento”, ricorda che “quella del silenzio-inadempimento è una figura di origine giurisprudenziale e che la conformazione della relativa fattispecie ad instar della fattispecie del silenzio su ricorso configurata dall’art. 5 t.u. com. e prov. è essa stessa una creazione della giurisprudenza, ricavata dai principi”; pertanto, essendo le due ipotesi di silenzio “troppo dissimili”, sarebbe “... difficile, per non dire impossibile, ricavare, dalla nuova disciplina procedimentale introdotta dalla riforma della giustizia amministrativa del 1971 per l’ipotesi del silenzio su ricorso e per essa soltanto, la conseguenza che la disciplina stessa dovrebbe estendersi, di peso, all’ipotesi del silenzio-inadempimento”. Di conseguenza l’Autore, pur ritenendo che contro il silenzio-inadempimento non esistano termini di decadenza, rileva che dei criteri possano essere ricavati dal giudice dall’art. 25 dello statuto degli impiegati civili dello Stato in quanto sebbene “Questi termini sono stati fissati ad altri fini”, in ogni caso “La riferita normativa sta nondimeno ad indicare che, laddove la legge non prevede una sequenza procedimentale e dispone che sull’istanza si provveda *uno actu*, i termini di cui si è detto sono considerati sufficienti. Sta pure ad indicare che, trascorso dall’istanza il tempo occorrente, il legislatore considera sufficiente un termine di trenta giorni dalla diffida a provvedere”. In realtà, lo stesso Autore già nel 1963 aveva prospettato l’applicazione al silenzio-inadempimento della disposizione di cui all’art. 25 del T.U. n. 3/1957. Si veda in particolare A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai Giudici sottordinati*, cit., 87 s., nel quale, dopo aver contestato l’orientamento giurisprudenziale che riteneva applicabile ai casi di silenzio-inadempimento la disciplina di cui all’art. 5 del T.U. n. 383/1934 in quanto tale norma “riguarda un caso del tutto particolare – quello del silenzio serbato sui ricorsi gerarchici – e configura il silenzio dell’Amministrazione non come mero inadempimento del dovere di provvedere (con conseguente portata, della eventuale successiva pronuncia giurisdizionale di annullamento, limitata alla pura e semplice riaffermazione di tale dovere), bensì addirittura come atto avente uno specifico contenuto, consistente nel rigetto del ricorso (con conseguente portata, della eventuale successiva pronuncia giurisdizionale di annullamento, di declaratoria della illegittimità di tale «contenuto» e, quindi, del provvedimento amministrativo di primo grado, «confermato» attraverso il silenzio)...”, l’Autore riteneva che “...delle indicazioni più appropriate sono ricavabili piuttosto dall’art. 25 del t.u. sullo statuto degli impiegati civili dello Stato”; e ciò in ragione del fatto che “...Se questi termini sono idonei (ma a un tempo necessari) per far sorgere la responsabilità dell’impiegato, essi devono esser

Dunque, con la decisione n. 10/1978 per la prima volta la disciplina del silenzio-rigetto prevista per il ricorso gerarchico non viene estesa al silenzio-rifiuto serbato dall'Amministrazione nello svolgimento dell'azione originaria. Da questo momento in poi i due istituti subiscono una netta separazione e, con il venir meno della regola della pregiudizialità del ricorso amministrativo rispetto a quello giurisdizionale ad opera della legge n. 1034/1971, la centralità si sposta completamente sul silenzio-rifiuto. In particolare, in un sistema in cui il silenzio è inteso come inadempimento dell'obbligo di provvedere, l'interesse si concentra più che altro sull'accertamento dell'obbligo di provvedere stesso da parte della pubblica amministrazione e sull'individuazione dei casi in cui tale obbligo sussiste. Ciò in quanto, nella ricostruzione dell'Adunanza Plenaria il silenzio-inadempimento può essere fatto valere solo ove ed in quanto sussista un dovere di adempiere e, quindi, un obbligo di provvedere da parte del soggetto pubblico.

La decisione n. 10/1978 risulta particolarmente interessante anche sotto un ulteriore punto di vista e, in particolare, quello della doverosità dell'esercizio di poteri d'ufficio da parte dell'Amministrazione a seguito della sollecitazione di un soggetto privato. Infatti, nel caso di specie, si trattava di individuare, quale presupposto sostanziale del silenzio-rifiuto, la sussistenza o meno di un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione sulla domanda presentata dalla società farmaceutica. Ebbene, il Consiglio di Stato riconosce in capo alla società un interesse qualificato a vedere concludere il procedimento generale di adeguamento dei prezzi ai costi che l'Amministrazione avrebbe dovuto iniziare e concludere. Da tale posizione qualificata discenderebbe un interesse giuridicamente rilevante il quale, in quanto tale, sarebbe suscettibile di tutela.

---

considerati infatti idonei (ma necessari) anche per considerare l'Amministrazione inadempiente al proprio dovere di provvedere, dato che è appunto all'inadempienza di essa che si collega la responsabilità dei funzionari verso i terzi (art. 28 Cost.)”.

Nello specifico l'Adunanza Plenaria afferma che *“non si intende negare, ovviamente, che nella specie si è in presenza di un procedimento amministrativo che, da un canto, deve aprirsi d'ufficio, e, dall'altro, ha una portata generale, investendo l'intero mercato dei farmaci; tuttavia da tale constatazione non si può desumere la irrilevanza delle istanze di singole ditte e l'impossibilità per le stesse di far ricorso al procedimento del silenzio rifiuto. Difatti, si è ormai da tempo convenuto, in relazione alla struttura del procedimento amministrativo e delle situazioni giuridiche che ne sono il fondamento, che anche quando l'esercizio della potestà amministrativa non è specificamente indirizzato nei confronti di privati determinati, possono esistere posizioni qualificate che giustificano il costituirsi di interessi giuridicamente rilevanti e in quanto tali suscettibili di tutela”*.

Pertanto, con la pronuncia in esame si incomincia ad intravedere un collegamento tra esercizio del potere d'ufficio e istanza del privato ai fini dell'accesso al meccanismo di tutela previsto per il silenzio-rifiuto, seppure le potenzialità di tale collegamento erano ancora probabilmente non chiare.

La giurisprudenza successiva alla pronuncia n. 10/1978 si è concentrata sulla elaborazione di criteri di individuazione dell'obbligo di provvedere. Un rilevante esempio di tale tendenza è costituito dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 26 febbraio 1982 n. 92<sup>234</sup> che rappresenta un importante svolgimento dei principi già rinvenibili nell'Adunanza Plenaria n. 10/1978.

In particolare, in tale decisione viene stabilito che nei casi di inerzia amministrativa in ordine ad attività vincolata, l'obbligo di provvedere debba essere dichiarato dal giudice non in astratto ma in relazione alla domanda, richiedendosi al giudice una pronuncia positiva su un preteso provvedimento soddisfacente

---

<sup>234</sup> In *Cons. St.*, 1982, I, 1, 174 s. Commentata da G. GRECO, *Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 137 s.

dell'interesse fatto valere<sup>235</sup>; ciò in quanto sarebbe inutile imporre all'Amministrazione l'obbligo di pronunciarsi espressamente nel caso di una pretesa palesemente infondata o di una richiesta di riesame di un atto non impugnato tempestivamente.

La VI Sezione, dopo aver ricordato la motivazione della sentenza di primo grado secondo la quale *“l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere sulla istanza degli interessati (...) non postula la fondatezza della pretesa fatta valere con l'istanza, dovendo ritenersi, invece, che l'Amministrazione sia obbligata ad una pronuncia esplicita, anche se di carattere negativo, tutte le volte, almeno, in cui possano sussistere margini ragionevoli di opinabilità in relazione alla istanza avanzata”*, afferma, quindi, che il principio, secondo il quale il giudice investito dell'impugnazione di un silenzio-rifiuto non ha il potere-dovere di verificare, al fine di stabilire se l'Amministrazione sia venuta meno all'obbligo di provvedere, la fondatezza della domanda proposta con la diffida, vada approvato ma *“nella sua assolutezza”*.

Ciò nel senso che *“L'obbligo di provvedere (...) non va dichiarato in astratto, ma in relazione alla domanda; che non è di una pronuncia purchessia, ma di una pronuncia positiva, di un provvedimento soddisfacente dell'interesse che si fa valere. Giudicando, pertanto, sull'impugnazione di un silenzio-rifiuto il giudice amministrativo deve dire se l'Amministrazione ha l'obbligo di emettere il*

---

<sup>235</sup> In realtà, già nell'Adunanza Plenaria n. 10/1978 vi è un accenno alle nuove prospettive di intervento del giudice amministrativo in quanto viene affermato che *“Non sembra dubbio (...) che, nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto, e che la relativa pronuncia sia suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del giudicato amministrativo”*. Viene così dato inizio ad un orientamento innovativo volto a superare la tradizionale concezione giurisprudenziale che negava l'esame sulla fondatezza della pretesa in ossequio ad un'ottica nella quale la sentenza emessa avverso il silenzio-rifiuto era una sentenza di mero accertamento in quanto o ribadiva l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere oppure lo dichiarava inesistente.



*provvedimento che gli è stato richiesto, e, se trattasi di attività vincolata, deve dire se è fondata la pretesa sostanziale del ricorrente (...). L'obbligo di provvedere può essere soltanto nel «se»; come può non esserci affatto, se anche sotto questo profilo l'atto è discrezionale”.*

Pertanto la VI Sezione dichiara che il giudizio sull'impugnazione del silenzio-rifiuto tende a stabilire, nei limiti della legittimità, la fondatezza della pretesa “...perché non sarebbe utile, se questa è infondata, imporre all'Amministrazione l'obbligo di una pronunzia espressa; sia nel caso di una pronunzia positiva che in quello di una pronunzia negativa si porrebbero le premesse di una ulteriore controversia, che è proprio il contrario di ciò che si chiede alla giurisdizione”.

Successivamente, con l'introduzione dell'art. 2 della legge n. 241/1990, come si vedrà, viene canonizzato nell'ordinamento il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica.

**PARTE SECONDA**  
**LA CODIFICAZIONE DELL'OBBLIGO DI PROVVEDERE DELLA PUBBLICA**  
**AMMINISTRAZIONE**

### Capitolo III

#### L'obbligo di provvedere come principio generale nel diritto positivo.

##### 1. Il fondamento dell'obbligo di provvedere. La doverosità amministrativa nella Costituzione.

La prima origine dell'obbligo di provvedere è stata, come visto, tradizionalmente rinvenuta nel generale principio della doverosità amministrativa, sul cui fondamento, pertanto, appare utile interrogarsi.

La doverosità amministrativa risulta immediatamente riconducibile al principio di legalità<sup>236</sup>, del quale costituisce infatti una “*peculiare declinazione*”<sup>237</sup>. Legalità intesa non solo come limite negativo all'esercizio del potere (principio di legalità formale), ma anche e soprattutto come affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel determinato potere<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Sul principio di legalità *ex plurimis* V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 s.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 s.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 419 s.; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino, 2007; AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007), Milano, 2008; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011, 3 s.

<sup>237</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 228.

<sup>238</sup> Come noto, infatti, il principio di legalità può essere distinto in principio di legalità formale (l'amministrazione deve agire nei limiti della legge ma è libera di compiere le sue scelte) e sostanziale (l'amministrazione deve agire conformemente alla legge). Si veda in particolare F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 902, il quale rileva che il principio di legalità può essere inteso in modi diversi: “In primo luogo esso è stato considerato in termini di non contraddittorietà dell'atto amministrativo rispetto alla legge. Questa accezione di legalità, la prima ad essere cronologicamente proposta, corrisponde all'idea ottocentesca di un'amministrazione che può fare tutto ciò che non sia impedito dalla legge. Tale opinione è stata poi superata in virtù dell'elaborazione della tesi della legalità formale e della legalità sostanziale. Il principio di legalità in senso formale implica che ogni provvedimento amministrativo abbia il proprio fondamento giuridico nella legge, la quale definisce i limiti entro i quali deve esplicarsi l'azione della pubblica amministrazione: ne consegue il dovere della stessa di agire nelle ipotesi ed entro i limiti fissati dalla legge che attribuisce il relativo potere. Tale opinione è stata poi superata in virtù della elaborazione della tesi della legalità sostanziale. Inteso in senso sostanziale, il principio di legalità assume una

In particolare, negli anni quaranta-cinquanta dello scorso secolo emerse una valutazione del potere pubblico in chiave doverosa e la visione della legge quale mero limite alla libertà dell'Amministrazione fu superata a favore del riconoscimento del ruolo della norma di stabilire i fini che l'Amministrazione è chiamata a realizzare<sup>239</sup>. *“Se ne iniziò, quindi, a recuperare una funzione positiva di prescrizione che sorpassava quella del mero limite, esterno o interno che fosse: nella nuova prospettiva la legge non indica, quindi, ciò che l'amministrazione non può fare, ma ciò che deve fare”*<sup>240</sup>.

La lettura della legalità in termini “sostanziali” era accompagnata da una rinnovata visione dell'interesse pubblico che non era più ritenuto interesse dell'amministrazione stessa ma interesse della collettività e, in quanto tale, interesse alieno rispetto al titolare del potere che ne doveva curare la soddisfazione, *“con la conseguenza che veniva meno la libera disponibilità dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione e si riconosceva la sussistenza di una situazione doverosa nell'esercizio del potere da lei detenuto”*<sup>241</sup>.

La visione del potere dell'amministrazione in chiave di potere-dovere e la concezione secondo cui l'interesse pubblico rappresenta lo scopo del potere stesso comportava che il fine di perseguire il pubblico interesse divenisse *“oggetto di un*

---

connotazione ancor più vincolante per l'azione amministrativa, giacché esso impone che gli atti della P.A., oltre a rispettare i limiti formali fissati dalla legge, siano adottati in conformità alla disciplina sostanziale dettata dalla stessa, la quale incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione e, dunque, penetra all'interno dell'esercizio del potere. Il principio di legalità deve, quindi, anche essere inteso come parametro di valutazione e come vincolo di scopo per l'amministrazione pubblica”.

<sup>239</sup> Si veda F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005, 41, dove si trova un'accurata ricostruzione di tale evoluzione.

<sup>240</sup> *Ibidem*, 41-42. L'Autrice specifica che “Nella sua massima espressione “sostanziale” la legalità, indicando la necessaria conformità dell'attività amministrativa alla disciplina sostanziale, non poteva allora che stimolare la scienza sull'incidenza della legge nei confronti delle modalità di esercizio del potere”.

<sup>241</sup> *Ibidem*, 43.

*dovere giuridico positivamente vincolante, con l'elisione di ogni margine di arbitrarietà*<sup>242</sup>.

Dunque, il principio di legalità, nel quale nasce la doverosità dell'attività amministrativa, è da intendersi non solo come rispetto del vincolo di legge e, quindi, dell'enunciato normativo espresso, secondo il principio di legalità formale di derivazione tardo-settecentesca, ma soprattutto come vincolo nel perseguimento del fine che caratterizza tutto il diritto pubblico e poi il diritto amministrativo dalla metà dell'Ottocento ad oggi<sup>243</sup>.

Ne discende che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge e proprio nel vincolo di scopo rinviene il fondamento legale dell'obbligo di provvedere e, quindi, della doverosità amministrativa.

E ciò in una visione in cui il cittadino a fronte dell'Amministrazione non è più il cittadino-suddito che vede nella legalità l'unico limite all'esercizio del potere ma diventa esso stesso un soggetto che partecipa, come singolo o nelle formazioni sociali, all'esercizio delle funzioni pubbliche che si esercitano attraverso il potere<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, 43.

<sup>243</sup> Si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, cit., 229.

<sup>244</sup> Tale ricostruzione si deve, come noto, a Feliciano Benvenuti il quale, già in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, II, 118-145, nel delineare la celeberrima distinzione tra "procedimento in senso stretto" e "processo", nell'individuare l'elemento caratteristico di quest'ultimo nella circostanza che "... nella trasformazione del potere non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari" (pag. 135), nel rilevare che "... il processo è una delle forme di esplicazione della funzione e ha, come forma, e quale si sia la funzione che in esso si esprime, una propria autonomia, che col processo si esplica non solo la funzione giurisdizionale, ma anche quella amministrativa" (pag. 142), affermava che "... l'estensione delle forme processuali all'esplicazione della funzione amministrativa nonché contrastare, concorda con quella che dovrebbe essere la più alta concezione dell'amministrazione: l'agire sì al servizio della comunità ma nel rispetto non solo dei diritti, ma anche degli interessi del cittadino (...). Ora questa collaborazione è processo; e processo è garanzia di giustizia della decisione; e garanzia di giustizia è il massimo bene di ogni pubblica Amministrazione e insieme di ogni cittadino. Sia permesso perciò che, conclusivamente, io dica che l'esercitare la funzione amministrativa nelle forme del procedimento o del processo non è indifferente neppure per la nostra vita, per i nostri interessi pratici e per quelli ideali; per questi, direi, più che per gli altri: ché la collaborazione del cittadino alla funzione amministrativa non può non essere riconoscimento della sua individuale responsabilità e perciò, nella Società, della sua dignità" (pag. 143-145). La visione della

La legalità, quindi, oltre ad essere intesa come vincolo esterno all'esercizio del potere, può essere collegata alla doverosità dell'azione amministrativa in relazione alla quale il cittadino si pone come soggetto interlocutore dell'amministrazione sulla base di un rapporto che è fondato su doveri e obblighi reciproci<sup>245</sup>.

In realtà è stato sottolineato che già il primo contenuto della doverosità ovvero l'obbligo di procedere, trova fondamento nella legge<sup>246</sup> essendo, infatti, proprio il complesso delle leggi attributive del potere in capo ad un soggetto per il perseguimento di fini pubblici a generare l'obbligo di attivarsi rispetto a quello che Autorevole dottrina ha definito come il c.d. "*problema amministrativo*"<sup>247</sup>, ovvero quell'inestricabile intrecciarsi di rapporti che coinvolgono il privato e la pubblica Amministrazione definendo una trama di relazioni sostanzialmente unitaria.

Pertanto, sin dal momento in cui le leggi istituiscono l'ente pubblico vincolandolo al perseguimento di un fine, generano l'obbligo di perseguimento dello scopo<sup>248</sup> e, quindi, l'obbligo di azionare il potere amministrativo in relazione a quegli interessi. Va da sé che le stesse disposizioni rappresentano anche il fondamento

---

partecipazione dei cittadini allo svolgimento della funzione è stata poi sviluppata e compiuta dall'Autore in F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Per una ricostruzione del pensiero di Benvenuti si veda M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, relazione al Convegno «Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo», Roma - Palazzo Spada, 23 aprile 2008, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>245</sup> Si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, cit., 228.

<sup>246</sup> *Ibidem*, 229.

<sup>247</sup> Così F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 1984), Milano, 1987, 83 s.; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, II, 133 s.; ID., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, 955 s.

<sup>248</sup> In via generale, il vincolo di scopo è stato poi enunciato dal primo comma dell'art. 1 della legge n. 241/1990 secondo il quale, appunto, l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge.

dell'obbligo di consumazione del potere e, quindi, di decidere sull'assetto degli interessi in vista della realizzazione dello scopo da perseguire<sup>249</sup>.

Infine, in relazione alla doverosità intesa come necessità di soddisfazione delle pretese e delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati e quindi come doverosità delle prestazioni rispetto alle istanze presentate dai privati nei confronti dell'Amministrazione, è stato specificato che “... *il vincolo della legalità trova il suo fondamento in tutte le norme giuridiche e in tutti gli atti e i fatti che originano situazioni giuridiche soggettive più o meno perfette di diritto o di interesse che, in qualche modo, vincolando l'amministrazione, rendono doveroso da parte dell'amministrazione stessa il soddisfacimento di alcune pretese ovvero il rispetto di situazioni soggettive già compiute e perfette*”<sup>250</sup>.

Da quest'ultimo punto di vista, l'obbligo di provvedere si intende come doverosità rispetto alla pretesa sostanziale del privato a vedere esercitato il potere amministrativo funzionale al conseguimento o alla conservazione di un bene della

---

<sup>249</sup> Sul punto si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, cit., 229.

<sup>250</sup> *Ibidem*, 230. L'Autore precisa ulteriormente che i tre profili della doverosità del provvedere costituiscono niente altro che l'esplicitazione di quel dovere di perseguire “il risultato” che, in tempi recenti, è stato considerato la nuova frontiera del principio di legalità ovvero la c.d. “legalità di risultato”. Su tale aspetto si rinvia a L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999, C. PINELLI (a cura di), Milano, 2000, 37 s., il quale chiarisce che “Per quanto concerne il fondamentale rapporto con il principio di legalità, l'Amministrazione di risultato – quale amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità e alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente – tende da un lato a trasformare la legalità nel rispetto di principi piuttosto che di prescrizioni (...) e dall'altro ad assumere parametri di valutazione di tipo informale e sostanziale se non proprio economico-aziendale (...), esprimibili in termini di quantità e qualità dei beni e dei servizi assicurati, di tempestività degli interventi; di quantità di risorse impiegate e di pregiudizi arrecati a terzi; di rapporto costi-benefici, ecc.”. Sul tema si veda anche AA.VV., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, L. IANNOTTA (a cura di), Torino, 2003; AA.VV., *Principio di legalità e Amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), Torino, 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, il quale rileva, tra l'altro, che “Il procedimento amministrativo, quale disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, è lo strumento giuridico volto a conciliare le opposte esigenze di garanzia (dei destinatari e dei terzi) e di risultato dell'attività posta in essere. L'affermazione di principi generali dell'attività amministrativa, da parte della legge n. 241 del 1990, protesi alla cura dell'una o dell'altra esigenza, ne costituisce una chiara riprova” (pag. 206).

vita, il quale costituisce l'oggetto stesso della funzione svolta dall'Amministrazione<sup>251</sup>. Infatti, la situazione giuridica del privato è qualificata come interesse legittimo pretensivo o oppositivo a seconda che la sua pretesa sia volta, rispettivamente, a conseguire o a conservare un bene della vita<sup>252</sup>; mentre, dal punto di vista del potere amministrativo, di recente è stata tratteggiata la distinzione tra potere di trasformazione e quello di conservazione, distinzione che “*attiene alla tensione verso il risultato (il bene) dell'interesse pubblico specifico che l'amministrazione persegue*”<sup>253</sup>.

Come noto, il principio di legalità – il quale, stante l'inscindibile connessione che lo lega alla doverosità amministrativa, è stato anche definito come “*l'altra faccia di quella medaglia che reca sul verso il principio di doverosità dell'azione amministrativa*”<sup>254</sup> – non è menzionato espressamente dalla Carta Costituzionale. Tuttavia esso può essere desunto da un'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali. In particolare, un fondamento positivo del principio di legalità è stato rinvenuto implicitamente nelle molteplici riserve di legge contenute nella Costituzione<sup>255</sup> (ad esempio gli artt. 13 e seguenti e l'art. 23), anche in materia di pubblica Amministrazione (art. 95, comma 3, e art. 97, commi 1 e 2). Nello

---

<sup>251</sup> In questo senso A. COLAVECCHIO, *Sui fondamenti giuridico-costituzionali dell'obbligo di provvedere*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 2-3, 252.

<sup>252</sup> Sull'elaborazione e sull'evoluzione dell'interesse legittimo si veda M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir., ad vocem*, XIX, Milano, 1970, 253 s.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I-II, *passim*; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1964, ora anche in *Scritti 1963-1969*, V, Milano, 2004, 257 s.; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., ad vocem*, XXII, Milano, 1972, 1-28; ID., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl., ad vocem*, VII, Torino, 1991, 528 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

<sup>253</sup> Ci si riferisce alla distinzione tracciata da E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, Relazione al Convegno AIPDA su “*L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*”, Bari 30 settembre-1 ottobre 2011, dattiloscritto.

<sup>254</sup> Tale definizione si deve a A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, cit., 230.

<sup>255</sup> Si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 903.



specifico, tale principio viene pacificamente ricavato dall'art. 97 della Costituzione che, nello stabilire che l'organizzazione dei pubblici uffici debba seguire le disposizioni di legge, pone la legge in posizione di supremazia rispetto all'attività degli uffici. Così operando, tuttavia, il fondamento del principio di legalità non avrebbe portata generale ma sarebbe ricollegabile esclusivamente ai settori coperti da riserva di legge<sup>256</sup>.

Secondo altro punto di vista, invece, il principio di legalità potrebbe essere ricavato dagli artt. 24 e 113 della Costituzione che *“sanciscono il controllo del giudice sull'attività della P.A. e, per implicito, la sua non esercitabilità in contrasto con la legge”*<sup>257</sup>.

In ogni caso e anche a prescindere dal principio di legalità, il dovere dell'Amministrazione di curare l'interesse pubblico trova fondamento nelle disposizioni contenute nella Carta Costituzionale, seppure manchi una previsione che esplicitamente enunci il principio di doverosità.

Come è stato giustamente rilevato, una riflessione di ordine costituzionale sulla doverosità amministrativa non può limitarsi all'esame delle poche disposizioni che la Costituzione dedica espressamente all'Amministrazione dovendo, invece, tale indagine estendersi a tutte le disposizioni che indicano in via generale o dettagliata i compiti e i fini che la pubblica Amministrazione deve assolvere nell'interesse dell'intera comunità: *“E se la Costituzione impone certe finalità a tutti i poteri pubblici, si rivolge, in particolare, all'amministrazione che in concreto agisce per*

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, 930.

<sup>257</sup> *Ibidem*, 930. L'Autore specifica che *“il principio di legalità, ricondotto nell'ambito della separazione dei poteri, sottopone l'azione della P.A., oltre che alla Costituzione, anche alle leggi che, in un sistema di tipo parlamentare, costituiscono l'espressione più rappresentativa della volontà del popolo”*.

*l'attuazione dei compiti della Repubblica, e che si trova a contatto diretto con i titolari degli interessi a protezione necessaria*<sup>258</sup>.

In particolare, le norme costituzionali che fondano la doverosità dell'attività amministrativa sono state distinte in due categorie: quelle che indicano la necessità di cura di determinati interessi pubblici e quelle che prescrivono che tale attività si espliciti nel miglior modo possibile<sup>259</sup>.

Nel primo gruppo sono stati collocati innanzitutto due compiti generali della Repubblica dei quali ulteriori disposizioni costituiscono specificazione: la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., e il compito di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale alla libertà e all'uguaglianza dei cittadini di cui all'art. 3 Cost.

Come specificazione di questi due principi vengono poi indicati i c.d. "diritti sociali": il dovere di promuovere il diritto al lavoro (art. 4) nonché, a tale fine, la cura della formazione e dell'elevazione professionale dei lavoratori (art. 35); la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico (art. 9); l'agevolazione delle famiglie (art. 31); la tutela della salute (art. 32); la cura dell'istruzione (artt. 33 e 34); i compiti di assistenza per gli indigenti e di previdenza (art. 38); la tutela del risparmio (art. 47). In tali disposizioni, nonostante l'eterogeneità delle situazioni coinvolte, *"il minimo comune denominatore è comunque ravvisabile e consiste nella necessità,*

---

<sup>258</sup> Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, cit., 81, la quale chiarisce anche che "Che l'indagine per rinvenire il fondamento costituzionale della doverosità debba essere di più ampio respiro rispetto all'esiguo codice dettato nella Carta espressamente per la P.A. trova conferma nella ratio di tale scarsa attenzione. Il costituente del '48 muoveva da un'idea di amministrazione propria dello stato di diritto liberale e aveva di fronte un'organizzazione amministrativa di origini assolutistiche ed autoritarie, al contrario il principio di doverosità è caratterizzante l'amministrazione dello stato sociale, a cui si ispirano altre parti della Costituzione ed in cui esso va maggiormente cercato, tanto che non è un caso che le più limpide dichiarazioni di doverosità si leggano nelle norme dedicate ai diritti sociali".

<sup>259</sup> *Ibidem*, 82.

costituzionalmente imposta, per lo Stato-amministratore di perseguire e realizzare quei beni-interessi”<sup>260</sup>.

Inoltre, in tale ricostruzione la previsione di cui all’art. 98, comma 1, Cost., secondo cui “*I pubblici impiegati sono a servizio esclusivo della Nazione*”, viene intesa come riferibile all’apparato amministrativo nel suo complesso: “*Il carattere servente delineato dalla Costituzione per l’amministrazione, agli antipodi rispetto a quello autoritativo, esprime la preminenza e giuridicità della doverosità di realizzare il fine pubblico*”<sup>261</sup>.

D’altro canto, se il riconoscimento da parte della Costituzione delle libertà fondamentali dei cittadini comporta anche un dovere negativo di astensione dalla loro incidenza a carico dell’Amministrazione<sup>262</sup>, il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, comma 4, Cost., impone oggi all’Amministrazione una nuova valutazione nel momento di definizione del proprio intervento<sup>263</sup>. Gli enti territoriali, infatti, dovendo favorire l’autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale, sono tenuti a considerare se vi è intervento dei privati per la realizzazione di interessi pubblici e da tale valutazione “*deriverà un dovere di astensione dall’assunzione dell’attività di interesse generale*”

---

<sup>260</sup> *Ibidem*, 82.

<sup>261</sup> *Ibidem*, 83.

<sup>262</sup> G. CORSO, *L’attività amministrativa*, Torino, 1999, 4 s.

<sup>263</sup> Si veda M. CLARICH, *Principio di sussidiarietà e sistema amministrativo nel nuovo quadro costituzionale. Intervento programmato*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, G. BERTI - G.C. DE MARTIN (a cura di), Roma, 2002, 85 s. L’Autore afferma che il principio è rilevante anche in ordine alla decisione relativa allo svolgimento del compito assunto, vale a dire se svolgerlo direttamente o esternalizzarlo avvalendosi dei privati. In particolare, dopo aver chiarito che “l’incrocio tra sussidiarietà orizzontale e verticale” è duplice in quanto attiene sia al momento della titolarità delle funzioni che a quello dell’esercizio delle stesse, l’Autore rileva che “Il secondo punto di incrocio tra i due tipi di sussidiarietà si rinviene (...) in una fase logicamente successiva all’allocazione delle funzioni in senso orizzontale e, precisamente, nel momento in cui l’unità organizzativa titolare della funzione decide come esercitare la funzione assegnatagli. In questa fase, infatti, ciascun ente si trova a dover effettuare una valutazione e decidere se gestire direttamente la funzione (o parti di essa sussumibili nella nozione di servizio strumentale alla funzione) all’interno delle proprie strutture oppure esternalizzarla” (pag. 87).

*ove il contributo di singoli e associati sia adeguato, assumendo l'amministrazione il ruolo di garante e controllore, o, all'opposto, un dovere di intervento nell'ipotesi di carenza di svolgimento da parte della società civile o di insufficienza di tale intervento*<sup>264</sup>.

Nel secondo gruppo di disposizioni costituzionali che fondano la doverosità dell'attività amministrativa, ovvero quelle norme che prescrivono che la cura del pubblico interesse si espliciti nel miglior modo possibile, è immediatamente riconducibile l'art. 97 Cost. e, quindi, i principi di imparzialità e di buon andamento. Da questi principi generali la giurisprudenza e la dottrina hanno fatto discendere le regole per l'azione e l'organizzazione amministrativa<sup>265</sup>: le regole di efficienza, di efficacia, di economicità, di trasparenza, di partecipazione.

E' stato affermato che i due principi, i quali corrispondono all'esigenza di perseguire i fini pubblici con modalità idonee, si pongono non solo a garanzia del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione, ma anche a garanzia della Costituzione affinché l'Amministrazione stessa attui i valori in essa contenuti in maniera effettiva e soddisfacente; pertanto il collegamento con gli interessi a protezione necessaria è evidente e la doverosità della loro effettiva ed adeguata realizzazione ha, di conseguenza, una duplice "direzione", verso i cittadini titolari dell'interesse e verso l'ordinamento nel suo complesso<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, cit., 83.

<sup>265</sup> Si veda G. SALA, *Organizzazione e attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 1998, 205, il quale, pur riconoscendo che "... forse è troppo sintetico il vigente testo dell'art. 97...", afferma che "Il problema in realtà non è l'affermazione dei principi, ma la realizzazione delle condizioni perché essi possano conseguire effettività".

<sup>266</sup> Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, cit., 85. L'Autrice specifica che "I due principi, tra loro autonomi ma complementari, risultano, chiaramente, specificazione della necessità di perseguire il pubblico interesse, prescrivendo che la realizzazione dei fini pubblici avvenga in modo soddisfacente, attraverso una organizzazione adeguata ed una azione ponderata e non arbitraria, così rappresentando aspetti della necessità che l'azione amministrativa avvenga «nel miglior modo possibile»".

Infine, la riflessione di ordine costituzionale sulla doverosità amministrativa non può prescindere dalle disposizioni dedicate alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività amministrativa. In particolare, si fa riferimento agli artt. 24, 28, 103 e 113 Cost., disposizioni anch'esse poste a tutela – anche – del principio di doverosità. Ne discende un sistema di tutela giurisdizionale forte nei casi di inadempimenti della doverosità che comportino lesione di diritti soggettivi ed interessi legittimi, potendo il cittadino agire non solo verso l'ente ma anche nei confronti del dipendente, in deroga alle regole del rapporto organico<sup>267</sup>, ed essendo inoltre vietata dall'art. 113, comma 2, Cost. qualunque limitazione o esclusione di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione<sup>268</sup>.

Devono poi essere menzionate le norme relative alla responsabilità ministeriale (art. 95), ai controlli (art. 100) e ai funzionari (art. 97), in quanto “... *la violazione della doverosità deve trovare rimedi anche al di là delle ipotesi in cui i singoli possano agire di fronte agli organi giurisdizionali*”<sup>269</sup>.

Dall'analisi svolta emerge che il principio di doverosità amministrativa, pur non essendo espressamente menzionato, trova sicuramente fondamento nella Carta Costituzionale potendo da essa essere ricavato in maniera implicita. Di conseguenza, il silenzio della pubblica Amministrazione, con riguardo sia al mancato esercizio della funzione amministrativa doverosa che alle ipotesi di silenzio con valore provvedimentale negativo o positivo, non sembra “*del tutto in linea*” con il dettato costituzionale<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> Su tale questione e sui relativi aspetti problematici si veda F. MERUSI - M. CLARICH, *Art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 1991, 356 s.

<sup>268</sup> Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, cit., 86.

<sup>269</sup> *Ibidem*, 86.

<sup>270</sup> Si veda V. PARISIO, *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 17.

In realtà, le richiamate disposizioni costituzionali sembrano affermare che “... come doverosa è l’attività di realizzazione dei fini pubblici nel rispetto delle modalità imposte, doverosa e piena deve essere parimenti l’assunzione della responsabilità dei soggetti pubblici per la violazione di questo compito”<sup>271</sup>.

D’altronde, se è vero che l’affermazione, anche implicita, di un principio non accompagnata da alcun riferimento alle relative conseguenze nel caso di violazione, ne inficerebbe il valore, è anche vero, tuttavia, che trattasi di disposizioni costituzionali per lo più di carattere programmatico e che, pertanto, rendono doveroso un contestuale esame della disciplina legislativa al fine di saggiarne il reale grado di attuazione.

## **2. L’obbligo di provvedere nell’art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.**

Nel momento della prima codificazione della disciplina generale relativa al procedimento amministrativo anche il principio di doverosità amministrativa e, in particolare, l’obbligo di provvedere ha trovato una sua espressa previsione. L’art. 2 della legge n. 241/1990<sup>272</sup> – articolo nel quale l’art. 21, comma 1, lett. b) della legge n.15/2005<sup>273</sup> ha inserito la rubrica “*Conclusione del procedimento*”<sup>274</sup> – prevede

---

<sup>271</sup> Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, cit., 86.

<sup>272</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 192 del 18 agosto 1990.

<sup>273</sup> Legge 11 febbraio 2005, n.15, recante “Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 42 del 21 febbraio 2005.

<sup>274</sup> Sottolinea la scarsa efficacia della rubrica introdotta all’art. 2 dalla legge n. 15/2005, rilevando comunque che “non è certo l’imperfezione più grave della novella del 2005”, A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 233. L’Autore ritiene che, avendo l’art. 2 della legge n. 241/1990 posto in evidenza tutti gli elementi della doverosità amministrativa, rubrica “più significativa” sarebbe stata “Doverosità dell’agire delle pubbliche Amministrazioni oppure dell’attività amministrativa autoritativa”.

infatti al primo comma che *“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d’ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l’adozione di un provvedimento espresso”*. Tale norma, che è rimasta invariata nonostante i numerosi interventi riformatori che hanno interessato la legge procedimentale<sup>275</sup>, rappresenta uno dei pilastri fondamentali dell’agire amministrativo.

Viene infatti codificato e generalizzato l’obbligo per l’Amministrazione di portare a conclusione il procedimento con un provvedimento espresso, una volta che il procedimento sia avviato, sia nel caso in cui quest’ultimo sia promosso su istanza di parte che in quello in cui sia soggetto ad iniziativa d’ufficio<sup>276</sup>.

In realtà, dalla disposizione in esame emerge, prima ancora dell’obbligo di conclusione del procedimento, *“il dovere che rappresenta il suo presupposto”*<sup>277</sup> ovvero l’obbligo di iniziare il procedimento stesso.

Come visto, l’obbligo di procedere e l’obbligo di provvedere sono entrambi espressione del principio generale della doverosità dell’esercizio del potere

---

<sup>275</sup> In realtà l’unica modifica del comma 1 dell’art. 2 della legge n. 241/1990 è stata apportata dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, recante *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”* (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 19 giugno 2009, n. 140, S.O.), la quale con l’art. 7, comma 1 lett. b), ha modificato, in relazione al primo comma dell’art. 2, esclusivamente la forma (dal singolare al plurale). Di conseguenza, la formulazione della norma ad oggi in vigore è la seguente *“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un’istanza, ovvero debba essere iniziato d’ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l’adozione di un provvedimento espresso”*.

<sup>276</sup> In senso critico circa la reale introduzione nel sistema di un dovere generalizzato di pronuncia in capo all’Amministrazione si veda F.G. SCOCA - M. D’ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, III, 397, nota n. 8. Secondo gli Autori, infatti, *“La formulazione indeterminata della norma, che non puntualizza in maniera inequivoca le condizioni soggettive e oggettive per l’esercizio del potere, non fa certo sperare in una generalizzazione dell’obbligo di provvedere: rimarranno, probabilmente, nella nostra esperienza concreta, rimesse ancora al prudente apprezzamento dei giudici amministrativi, quelle eccezioni, quali, ad esempio le istanze relative a procedimenti di secondo grado e le richieste di estensione del giudicato, per le quali, pressoché costantemente, anche dopo l’entrata in vigore della legge n. 241, si è negata la sussistenza dell’obbligo di pronuncia”*.

<sup>277</sup> Si veda A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005, 89. L’Autore specifica che *“... il dovere di iniziare dell’art. 2 altro non sia che una versione del dovere di provvedere”*.

amministrativo e sono stati entrambi codificati nel primo comma dell'art. 2 il quale, da un lato, fa riferimento al caso in cui il procedimento “*consegua obbligatoriamente ad un'istanza*” e a quello in cui esso “*debba essere iniziato d'ufficio*”, mentre, dall'altro, afferma il dovere di concludere il procedimento stesso mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

In particolare, l'obbligo di procedere “*involge la questione di stabilire in presenza di quali condizioni l'amministrazione competente è tenuta ad aprire il procedimento e a porre in essere le attività previste nella sequenza procedimentale propedeutiche alla determinazione finale*”<sup>278</sup>; l'obbligo di provvedere invece pone in capo all'Amministrazione, una volta aperto il procedimento, il dovere di portarlo a conclusione attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso.

In realtà, il dovere per l'Amministrazione di dar corso al procedimento in presenza dei presupposti di legge (atti di iniziativa delle parti determinanti l'obbligo di conseguire il procedimento; situazioni costitutive di un dovere di procedere d'ufficio) e quello di concluderlo con un provvedimento espresso non ha rappresentato una novità nell'ordinamento in quanto “*tutte le problematiche sul procedimento amministrativo, sul provvedimento negativo, sul silenzio dell'Amministrazione presuppongono la piena configurabilità di questo dovere*”<sup>279</sup>.

L'aspetto innovativo del primo comma dell'art. 2 della legge n. 241/1990 è stato invece quello di eliminare ogni dubbio circa la possibilità di configurare il silenzio come una sorta di provvedimento tacito o implicito<sup>280</sup> e circa la conseguente

---

<sup>278</sup> M. CLARICH, *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, 272, in corso di stampa.

<sup>279</sup> In questo senso A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, TRAVI A. (a cura di), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 1995, 9. L'Autore rileva infatti che in argomento è sufficiente richiamare la giurisprudenza amministrativa sul “silenzio” dell'Amministrazione la quale giurisprudenza “... fin dalle sue origini ha proposto soluzioni all'inerzia dell'autorità competente in un procedimento fondate sul presupposto che l'Amministrazione avesse il dovere di provvedere e che tale dovere fosse realizzato solo con l'assunzione di un provvedimento”.

<sup>280</sup> Rimangono comunque condivisibili le considerazioni di P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., ad vocem*, XLII, Milano, 1990, 561 s., secondo il quale, in un sistema



possibilità di ritenere che il silenzio dell'Amministrazione potesse costituire l'esito finale del procedimento estinguendo anche il dovere di provvedere<sup>281</sup>: con la disposizione in esame *“il dovere per l'Amministrazione di dar corso a un procedimento è soddisfatto solo dall'emanazione di un «provvedimento espresso» e la precisazione da parte del legislatore che il provvedimento deve essere «espresso» elimina qualsiasi possibilità di assimilare ad esso una situazione di inerzia dell'Amministrazione»*<sup>282</sup>.

Pertanto, la norma evidenzia *“l'irregolarità del comportamento inerte dell'Amministrazione che si risolve nel c.d. silenzio-rifiuto o silenzio-inadempimento”* e dalla incompatibilità di quest'ultimo con la disposizione in esame discende anche che *“il silenzio-rifiuto costituisce ora una violazione di un dovere specifico che grava sull'Amministrazione e sottolinea perciò la rilevanza ad ogni fine amministrativo (disciplinare, ecc.) e penale di un comportamento inerte dell'Amministrazione»*<sup>283</sup>.

---

congegnato sulla centralità dell'atto amministrativo – quale è il nostro sistema di diritto amministrativo – in cui il privato non può, di norma, modificare da sé l'assetto dei rapporti giuridico-amministrativi che lo coinvolgono, al fine di realizzare un proprio interesse, ma deve ottenere un atto amministrativo da parte della competente autorità, “il silenzio (più o meno consapevole, più o meno voluto) dell'amministrazione, produce, dal punto di vista dell'interessato, gli stessi effetti di un diniego: la conservazione dello status quo, sia che l'atto richiesto e non ottenuto sia un provvedimento di primo grado (silenzio-rifiuto), sia che si tratti di un provvedimento di secondo grado (silenzio-rigetto). Intenzionale o meno, consapevole o meno, il silenzio ha dunque il “senso” del diniego (rifiuto o rigetto), perché tali sono i suoi effetti giuridici”.

<sup>281</sup> Infatti, come autorevolmente sostenuto da tempo, “... il silenzio non è né sì, né no, né alcunché di intermedio: non è che *nicht tun*, inattività, astensione dal provvedere. Lungi dal diventare «significativo» (cosa che, tanto nei rapporti di diritto comune, quanto in quelli di diritto pubblico, potrebbe avvenire solo in virtù di una univoca *voluntas legis*), esso rimane un episodio neutro, anodino, giuridicamente irrilevante se non – e sempre che sussista per l'Amministrazione un dovere di «provvedere» (e cioè di «procedere» in vista di una determinazione non importa se positiva o negativa che in presenza di certi presupposti essa sia tenuta ad assumere) – per il fatto di costituire un inadempimento dell'anzidetto dovere”. Così A.M. SANDULLI, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Diritto e Società*, 1982, IV, 723-724.

<sup>282</sup> Si veda A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 9. Tuttavia, ritiene che ancora oggi la legge equipari il silenzio a un atto G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 155 s.

<sup>283</sup> A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 9.

E' stato infatti rilevato che la previsione di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 241/1990 "*colora (...) di illegittimità il mancato esercizio del potere*"<sup>284</sup> ovvero il silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione<sup>285</sup>.

In realtà, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990 è stato sottolineato che il legislatore, con l'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo, avesse perso l'occasione per dettare, dopo un secolo di dispute dottrinarie e giurisprudenziali, una disciplina compiuta in relazione alla formazione e qualificazione del silenzio dell'Amministrazione e, soprattutto, in relazione all'individuazione dei rimedi esperibili a tutela degli interessi di coloro che subiscono gli effetti negativi dell'inerzia amministrativa tanto che "*il disinteresse per i risvolti pratici del problema, quali, ad esempio, le modalità di formazione e i tempi di "impugnativa" dell'inerzia, ha contribuito ad alimentare, piuttosto che a superare, gli antichi contrasti*"<sup>286</sup>.

Secondo tale concezione la ricostruzione del silenzio-inadempimento – in base alla quale il silenzio si porrebbe quale inadempimento del dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento esplicito – sarebbe inadeguata in quanto il ruolo del silenzio sarebbe esclusivamente quello di "*mero presupposto processuale, alternativo al provvedimento formale*"<sup>287</sup>. Di conseguenza,

---

<sup>284</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 235.

<sup>285</sup> Vi è anche chi ha ritenuto che con l'art. 2 della legge n. 241/1990 sia stato superato il concetto stesso di silenzio "a favore di un comune inadempimento cui si ricollegano i rimedi ordinari esperibili contro tale atteggiamento". In particolare, si veda C. CHIESA, *L'obbligo di provvedere delle Pubbliche Amministrazioni e le sue garanzie di effettività*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2010, III, 880-881.

<sup>286</sup> Si veda F.G. SCOCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 393 s. Gli Autori rilevano che "Eppure la sede per collocare razionalmente una compiuta disciplina del silenzio (o della inerzia) dell'Amministrazione non può essere diversa dalla disciplina generale del procedimento, dato che 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".

<sup>287</sup> *Ibidem*, 397 s. In particolare, "Dato che la realizzazione dell'interesse (sostanziale) del singolo è subordinata alla (valutazione della) sua compatibilità con l'interesse della collettività (sub specie di interesse pubblico) e di conseguenza richiede la collaborazione dell'Amministrazione cui,

sarebbe “irrelevante che l’inerzia dell’Amministrazione sia (o possa ad altri fini essere) qualificata come omissione (di attività dovuta) o inadempimento (del dovere di provvedere)”<sup>288</sup>.

Pertanto il dovere di portare a termine i procedimenti amministrativi con una pronuncia espressa e la sua violazione “rimangono, come tali, sul piano sostanziale e del tutto estranei rispetto ai presupposti necessari per l’apertura del processo amministrativo. (...) il silenzio, quale presupposto processuale, non ha motivo di essere qualificato come inadempimento, dato che il processo amministrativo, che il silenzio permette di instaurare, non ha ad oggetto l’inadempimento dell’Amministrazione”<sup>289</sup>.

In ogni caso, a prescindere, almeno per il momento, dalle problematiche processuali connesse ai comportamenti omissivi dell’Amministrazione, sulla generalizzazione dell’obbligo di pronunciarsi sull’istanza del privato risultano fondamentali le osservazioni di Autorevole dottrina secondo la quale, partendo dalla distinzione tra “obbligo a pronunciarsi sulla domanda”, inteso quale obbligo formale di pronuncia o di risposta, e “obbligo di provvedere”, inteso quale obbligo sostanziale di provvedere sulla fondatezza della domanda, sottolinea che “dal punto

---

istituzionalmente, compete tale valutazione, il meccanismo del silenzio fa sì che la pausa anormale nello svolgimento della funzione amministrativa abbia, quale conseguenza, la insoddisfazione dell’interesse personale dell’istante sul piano sostanziale, ma non si ripercuota anche sulla possibilità di chiedere tutela nella sede giurisdizionale. In un sistema contenzioso di tipo prevalentemente impugnatorio, ove il provvedimento formale è, insieme, oggetto (non esclusivo) del giudizio e «condizione» per la sua instaurazione, il silenzio opera quale mero presupposto processuale, alternativo al provvedimento formale: consente, cioè, al privato di rivolgersi al giudice amministrativo pur in mancanza di un provvedimento; gli assicura, in sostanza, la praticabilità di uno strumento di reazione di fronte all’inattività dell’Amministrazione, inattività che impedisce, di fatto, il possibile contemperamento e soddisfacimento degli interessi sostanziali (pubblici e privati) in gioco”.

<sup>288</sup> *Ibidem*, 401.

<sup>289</sup> *Ibidem*, 402 s. Gli Autori specificano che “L’inerzia può costituire anche inadempimento, o forse meglio, violazione del dovere di provvedere, e rilevare con ciò ad altri fini. Potrebbe dar luogo a problemi di responsabilità, penale o disciplinare, del funzionario rimasto inerte; ma tale responsabilità, benché sussistente, anche alla luce del nuovo testo dell’art. 328 c.p., non rappresenta affatto l’oggetto del ricorso al giudice amministrativo, in quanto resta estranea alla tutela giurisdizionale dell’interesse legittimo di cui è titolare il privato, che ricorre contro (o meglio sulla base del) silenzio”.

*di vista dell'art. 2 della legge n. 241 (...) ciò che rileva, a stretto rigore, è che l'amministrazione emani entro il termine prefissato un provvedimento espresso di qualsivoglia contenuto, fosse anche un provvedimento che rigetti l'istanza per ragioni procedurali o per incompletezza o indeterminatezza degli elementi in essa contenuti” mentre “Le questioni relative all'esistenza di un obbligo a provvedere e alla fondatezza della pretesa vanno risolte caso per caso alla luce delle leggi che disciplinano i singoli procedimenti”<sup>290</sup>.*

Pertanto, l'indagine circa la sussistenza dell'obbligo di emanare un provvedimento espresso in capo all'Amministrazione viene condotta da un punto di vista “*essenzialmente formale*” senza soffermarsi quindi sulla “*legalità sostanziale*” del provvedimento amministrativo<sup>291</sup>.

Sulla base di tali premesse viene affermato che accanto al potere-dovere di esercitare la funzione amministrativa “*sorge in capo alla pubblica amministrazione un vero e proprio obbligo di pronunciarsi sull'istanza*”; d'altro lato, “*a fronte di tale obbligo vi è in capo al privato che ha presentato l'istanza una situazione giuridica attiva che ha il rango di un vero e proprio diritto del cittadino (“diritto a una risposta”)*”<sup>292</sup>.

Quindi, a seguito della presentazione dell'istanza da parte del privato, si instaura un rapporto procedimentale tra quest'ultimo e l'Amministrazione nel quale trovano svolgimento le situazioni giuridiche di diritto e di interesse legittimo: “*il diritto, che riceve piena soddisfazione con l'emanazione di un provvedimento espresso che accolga o rigetti l'istanza, l'interesse legittimo pretensivo, che riceve*

---

<sup>290</sup> Così M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 6 s.

<sup>291</sup> *Ibidem*, 6.

<sup>292</sup> *Ibidem*, 28.

*piena soddisfazione con l'emanazione di un provvedimento che, accogliendo l'istanza, determina un ampliamento della sfera giuridica del privato*<sup>293</sup>.

La norma in esame prevede non solo che il procedimento, ove avviato, deve sempre essere concluso, ma puntualizza anche che la conclusione deve avvenire con l'adozione di un provvedimento espresso e, quindi, con un atto scritto.

Dalla correlazione di tale norma con l'art. 3<sup>294</sup> della medesima legge n. 241/1990 si ricava quindi l'obbligo per l'Amministrazione di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato.

Sul punto è stato rilevato che *“la precisazione della necessità della forma esplicita nell'atto conclusivo del procedimento, letta nel contesto dell'intera legge n. 241 del 1990, ed in particolare analizzata alla luce dell'art. 3 della medesima, indica che il legislatore ha inteso fissare precisi requisiti di forma della funzione amministrativa per assicurarne la sostanza, ossia la più completa ponderazione di tutti gli interessi in gioco, presupposto di equità dell'azione stessa*<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> *Ibidem*, 29 s. L'Autore opera tale ricostruzione relativamente ai procedimenti a istanza di parte. Per quanto riguarda, invece, i procedimenti d'ufficio che si concludono con un provvedimento che restringe la sfera giuridica del destinatario, viene rilevato che “Nei procedimenti d'ufficio, invece, al potere-dovere di esercitare la funzione amministrativa con l'avvio di un procedimento è correlata, in capo al soggetto nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti del provvedimento emanato, soltanto una situazione giuridica soggettiva, fondata anch'essa su norme di azione, orientata nella direzione di opporsi all'esercizio del potere (interesse legittimo oppositivo). Nei procedimenti d'ufficio, un rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione si instaura con la comunicazione all'interessato da parte dell'amministrazione procedente dell'avvio del procedimento (art. 7 della legge n. 241). All'interno di tale rapporto, la situazione giuridica di interesse legittimo (della quale è titolare il privato) trova piena soddisfazione nel caso in cui l'amministrazione, a conclusione del procedimento, non emani il provvedimento che restringe la sfera giuridica del privato” (p. 30-31).

<sup>294</sup> Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/1990 ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato, ad eccezione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

<sup>295</sup> Così V. PARISIO, *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, cit., 36 s. L'Autrice specifica, infatti, che “Se per garantire una tutela anticipata all'amministrato si stabilisce di far emergere sin dall'apertura del procedimento, che non a caso deve essere comunicata a coloro che vi abbiano interesse, tutti gli interessi in gioco, la forma esplicita nell'atto conclusivo del procedimento appare la sola in grado di permettere il controllo sul rispetto delle “regole del gioco”. La “bontà” dell'azione amministrativa rimane controllabile attraverso l'atto esplicito, il solo che assicuri la possibilità di svolgere una valutazione dell'“iter” logico-valutativo

Anche la giurisprudenza ha messo in evidenza che con gli artt. 2 e 3 della legge n. 241/1990 è stato introdotto nel nostro ordinamento l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rispondere alle richieste formulate dai privati non solo in modo espresso ma anche motivato, in ottemperanza ai principi generali di trasparenza, chiarezza e leale collaborazione tra la pubblica amministrazione e il cittadino<sup>296</sup>.

Di conseguenza, la mancata conclusione del procedimento con un provvedimento espresso comporta la violazione contemporaneamente di due disposizioni della legge n. 241/1990: gli articoli 2 e 3.

Si può quindi ritenere che il “dovere di concludere” indica *“la necessità di esprimere l'uso del potere nella forma di un atto di risposta espressa e motivata; in negativo, esclude che l'inerzia possa essere intesa come manifestazione equivalente dell'uso del potere e del provvedimento; impedisce, infine, che gli atti istruttori, gli atti elusivi e quelli dilatori possano essere intesi come conclusione espressa del procedimento”*<sup>297</sup>.

Su tale ultimo aspetto rileva precisare, infatti, che il dovere conclusivo non può considerarsi adempiuto dall'adozione di un qualsivoglia atto di risposta da parte dell'Amministrazione essendo, invece, necessaria l'adozione di un atto che rappresenti *“una conclusione significativa e formale del procedimento”*<sup>298</sup>.

Ciò in quanto ai sensi dell'art. 2 sussiste per l'Amministrazione l'obbligo di pronunciarsi sulle istanze del privato con provvedimento esplicito, positivo o negativo, che definisca la pretesa azionata. Di conseguenza un atto privo di effetti conclusivi non può essere ritenuto idoneo a soddisfare il dovere di provvedere, come

---

seguito dall'amministrazione, e più precisamente i presupposti di fatto e di diritto per l'adozione dell'atto”.

<sup>296</sup> Cfr. ad esempio T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 settembre 2007, n. 8992, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 9, 2792.

<sup>297</sup> Si veda A CIOFFI., *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, cit., 102.

<sup>298</sup> R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, 37.

ad esempio le dichiarazioni interlocutorie o l'atto che rinvii a tempo indeterminato la delibera richiesta dall'istante<sup>299</sup>. Si tratta, infatti, di atti ritenuti elusivi dell'obbligo di provvedere e, come tali soprassessori, in quanto con i medesimi l'Amministrazione rinvia ad un accadimento futuro e incerto, tanto nell'*an* quanto nel *quando*, il soddisfacimento dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato.

La giurisprudenza ha tra l'altro rilevato che l'atto soprassessorio rappresenta un vero e proprio diniego a provvedere, come tale determinante un arresto a tempo indeterminato del procedimento attivato dal privato e assume quindi un'immediata capacità lesiva della posizione giuridica dell'interessato. Di conseguenza tale atto ancorché non definitivo – paralizzando la situazione giuridica del soggetto destinatario dello stesso, rendendola di fatto inutilizzabile per un periodo di tempo non definito – deve essere considerato immediatamente impugnabile, onde consentire il controllo di legittimità da parte del giudice competente<sup>300</sup>.

Il dovere di provvedere è stato, in realtà, definito come “... *dovere d'ufficio dell'amministrazione e corrisponde ad una precisa situazione giuridica del cittadino. In questa luce, il dovere di provvedere si rivela sotto due aspetti. Rappresenta una situazione giuridica soggettiva dell'amministrazione e produce un effetto giuridico che grava su di essa. Precisamente, vale come vincolo giuridico e finisce a produrre la necessità di tenere un comportamento attuale, quando incontri l'interesse sostanziale dell'individuo, azionato sotto forma di interesse del singolo al provvedimento*”<sup>301</sup>.

E' stato affermato che dall'art. 2 si può dedurre che il principio dell'informalità dell'azione amministrativa, al quale si ispirano alcune previsioni della stessa legge n.

---

<sup>299</sup> Cfr. ad esempio T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 aprile 1998, n. 420, in *Foro amm. - TAR*, 1998, 1, 2179.

<sup>300</sup> Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 27 giugno 2005, n. 13707, in *Giust. civ.*, 2005, 6; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 marzo 1997, n. 226, in *Foro amm.*, 1997, 762.

<sup>301</sup> In particolare A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, cit., 5.

241/1990 (ad esempio l'art. 11 in tema di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento), incontra un limite nel caso degli atti conclusivi del procedimento, i quali rappresentano la “*cartina di tornasole del corretto esercizio del potere nel momento della sua cristallizzazione in atto*”<sup>302</sup>.

La doverosità amministrativa si manifesta innanzitutto come doverosità di iniziare il procedimento e, quindi, come doverosità di esercizio del potere, ossia doverosità di avvio della cura di determinati interessi pubblici da parte dei soggetti titolari dei relativi poteri; poi come doverosità nella conclusione del procedimento e, quindi, come doverosità nella consumazione del potere, ossia doverosità nell'assunzione di una decisione in relazione agli interessi pubblici e privati coinvolti; infine la doverosità può essere intesa come doverosità di soddisfazione, se possibile e se legittima, delle pretese e delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini<sup>303</sup>.

In realtà è stato anche rilevato che alla dizione “dovere di provvedere” sarebbero riconducibili tre specie di doveri i quali si troverebbero tra loro in una posizione reciproca<sup>304</sup>.

Si tratterebbe innanzitutto del “dovere di provvedere sostanziale” che sarebbe il dovere di emanare il provvedimento secondo le norme di azione e quindi “*funzionalizzato a svolgere l'esercizio del potere rispetto agli interessi pubblici specifici, a costituire il provvedimento ed insieme l'interesse dell'individuo*”<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> Così V. PARISIO, *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, cit., 37. Pertanto, rileva l'Autrice, “Il procedimento può ben concludersi con un atto diverso dal tradizionale provvedimento, ossia con un atto sostitutivo di provvedimento, ma deve in ogni caso trattarsi di un atto espresso”.

<sup>303</sup> Si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 228 s.

<sup>304</sup> In particolare A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, cit., 107 s.

<sup>305</sup> *Ibidem*, 108.



Poi vi sarebbe il “dovere di agire o di procedere” che coinciderebbe con il dovere di iniziare definito all’art. 2 della legge n. 241/1990 ed esprimerebbe la necessità di determinare l’inizio del procedimento e di valutare l’esistenza dei presupposti del procedimento stesso *“in vista di un’ipotesi che prefiguri un diverso assetto di interessi”*<sup>306</sup>.

Infine, il “dovere di concludere” il procedimento il quale presuppone il dovere di iniziare e da esso deriva, nel senso che *“vi è dovere di concludere solo se vi è dovere di iniziare; se questo manchi, il dovere di concludere neanche sorge”*<sup>307</sup>.

Pertanto *“Il dovere di agire implica la necessità di delibare l’istanza ed i presupposti del procedimento. Il dovere di concludere gli succede ed implica la necessità di adottare una pronuncia che dia una risposta motivata rispetto all’atto di iniziativa. Il dovere sostanziale di provvedere cura l’interesse pubblico specifico, intrinseco al potere assegnato dalla norma attributiva”*<sup>308</sup>.

Sulla base di tali considerazioni viene poi delineato il rapporto tra le diverse specie di dovere rilevando che *“il dovere di agire, di considerare l’istanza e di rispondere rappresenta un unico dovere: il dovere di provvedere in senso formale. Esso è dovere che ha rilevanza generale e che precede il dovere sostanziale. In fondo, il dovere sostanziale di provvedere è, interamente, funzionalizzato all’interesse pubblico specifico”*<sup>309</sup>.

Con la codificazione dell’obbligo di provvedere, nelle sue molteplici articolazioni, sembra trovare fondamento la ricostruzione secondo la quale il

---

<sup>306</sup> *Ibidem*, 108.

<sup>307</sup> *Ibidem*, 108.

<sup>308</sup> *Ibidem*, 109.

<sup>309</sup> *Ibidem*, 111 s. L’Autore specifica che “Questa descrizione fa vedere soprattutto una cosa. Che il dovere di provvedere in senso formale vale quale “presupposto” o generico antecedente, sia del dovere conclusivo di rispondere, sia del dovere sostanziale di provvedere; e che questo può accadere in quanto i tre doveri rispondano, in diversa misura, all’interesse al provvedimento amministrativo, che è fine generale dell’ordinamento” (p. 112).

rapporto giuridico generale ed istituzionale intercorrente tra cittadino e Pubblica Amministrazione – in virtù del quale l’Amministrazione può emettere provvedimenti amministrativi incidenti sulla sfera giuridica degli amministrati e questi ultimi possono presentare all’Amministrazione istanze volte ad ottenere l’emanazione di provvedimenti ad essi favorevoli – si specifica, tramite l’esercizio del potere pubblico sul cittadino e del diritto di domanda verso l’Amministrazione, in un rapporto “di tipo obbligatorio” in virtù del quale “di fronte agli atti di iniziativa e di contenuto sfavorevole per il soggetto privato, questi è tenuto a sottostare o mediante un semplice pati o con attività adempitiva; mentre, di fronte alle istanze, l’Amministrazione ha, per converso, il dovere di provvedere, e, nei congrui casi, di provvedere nel senso richiesto”<sup>310</sup>.

In ogni caso, l’art. 2 della legge n. 241/1990 ha, senza dubbio, codificato “un principio di civiltà giuridica” il quale, come affermato dal giudice amministrativo, trasmette un forte segnale in ordine alla doverosità dell’espresso agire della pubblica amministrazione, collegato al necessario raggiungimento della definizione, in senso positivo o negativo, di quella quota di interesse sostanziale concretamente messa in moto dall’atto di impulso del privato ed in esso soggettivizzata<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> Così F. BRIGNOLA, *Silenzio della Pubblica Amministrazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur., ad vocem*, 1992, 1. Sul punto ampiamente A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, 3 s.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.

<sup>311</sup> Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 4 ottobre 2010, n. 32659, in *Foro amm. - TAR*, 2010, 10, 3205, dove viene anche affermato che “Proprio in virtù dell’alto sentire che l’obbligo di provvedere esprime, la norma di cui all’art. 2 della l. 241/90 non è stata corredata da eccezioni: la assolutezza del dettato normativo, per vero, ha risposto, sin dalla sua introduzione – oltretutto ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa – sia all’esigenza di imprimere all’andamento dell’attività amministrativa la celerità necessaria a corrispondere ai bisogni ed alle esigenze dei privati coinvolgenti necessariamente l’attività formale della pubblica amministrazione, sia allo scopo di conferire la più adeguata tutela della posizione giuridica dei privati medesimi nei confronti dell’aspetto autoritativo che, comunque, connota i rapporti intercorrenti con una pubblica amministrazione. (...) l’obbligo di provvedere di cui all’art. 2 della l. 241/90 è palesemente strumentale anche al diritto di difesa in giudizio degli interessati, ovvero ad un valore di rango costituzionale alla cui effettiva attuazione esso è chiamato a concorrere, che naturalmente non

Risulta a questo punto necessario soffermarsi sulla distinzione tra procedimenti su istanza di parte e procedimenti d'ufficio; distinzione delineata anch'essa dal comma 1 dell'art. 2 della legge n. 241/1990 il quale, per l'appunto, prevede che l'obbligo di procedere (e il susseguente obbligo di conclusione) può sorgere o in seguito a un atto di impulso di un soggetto esterno all'Amministrazione titolare del potere o per iniziativa di quest'ultima.

### **3. Doverosità e iniziativa procedimentale: procedimenti a istanza di parte e procedimenti d'ufficio.**

Il primo comma dell'art. 2 della legge n. 241/1990 dispone, infatti, che le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso “*ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza*” ovvero “*debba essere iniziato d'ufficio*”. Tale ultima previsione, nel configurare il primo significato della doverosità amministrativa codificando l'obbligo di procedere nell'ambito dei due diversi tipi di avvio di ogni procedimento amministrativo, costringe ad interrogarsi sulle differenze sussistenti tra le due modalità di iniziativa procedimentale e, nell'ambito di ciascuna di esse, sulle circostanze che ne comportano la doverosità<sup>312</sup>.

Una prima fondamentale opera di sistemazione delle fasi del procedimento amministrativo, in generale, e della c.d. “*fase preparatoria*”, in particolare, si deve al

---

pregiudica, per definizione, né la posizione dell'Amministrazione né quella dei controinteressati, contraddittori necessari”.

<sup>312</sup> Sulle incertezze fra “dovere” ed “obbligo” di provvedere discendenti dalla formulazione del primo comma dell'art. 2 si veda in senso critico F. FIGORILLI - A. GIUSTI, *Commento all'art. 2*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 136 s.

celebre manuale di Aldo M. Sandulli<sup>313</sup>. L'Autore, infatti, distingue le fasi procedurali in cui si ripartisce normalmente il procedimento amministrativo, nell'ordine in cui si succedono nel tempo, in fase preparatoria, fase costitutiva e fase integrativa dell'efficacia.

Nello specifico, quanto alla fase preparatoria del procedimento, l'Autore chiariva che in tale fase “... trovano la loro realizzazione tutti quegli atti giuridici, i quali, pur venendo in essere in stretta e immediata funzione (...) della fattispecie di cui si tratta, non vengono tuttavia dal diritto positivo configurati come parti costitutive della fattispecie stessa, in quanto l'ordinamento non li considera direttamente operativi sull'effetto che viene in esame. La loro funzione si risolve unicamente nel contribuire a determinare quella certa situazione giuridica, nel cui ambiente soltanto potrà trovare la propria realizzazione la fattispecie cui quell'effetto si ricollega. Nei riguardi di quest'ultimo essi non vengono per ciò in considerazione diretta, come suoi elementi determinanti. Ma si pongono semplicemente come degli elementi, sul cui presupposto la fattispecie che lo genererà viene a essere qualificata”<sup>314</sup>.

Circa il sistema di collegamento tra la fattispecie e l'azione preparatoria viene rilevato che tra l'una e l'altra non esiste “un punto di contatto immediato” in quanto

---

<sup>313</sup> Si fa riferimento alla nota monografia A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Ristampa inalterata della pubblicazione del 1940, Milano, 1964. Sull'iniziativa procedimentale, oltre a quanto sarà analizzato nel presente paragrafo, risultano ancora fondamentali anche le considerazioni di G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo: una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Archivio Giuridico*, CLXXIX, 1-2, 1970, 25 s. Si veda anche M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 53 s. Per una visione di sintesi si veda G. PALEOLOGO, *Istanza (amministrativa)*, in *Enc. giur., ad vocem*, XX, 1989, il quale chiarisce che l'istanza amministrativa “... è la dichiarazione che il soggetto privato – o pubblico, ma agente nella propria capacità privatistica – rivolge ad un'autorità amministrativa, al fine d'ottenere un comportamento di questa, consistente in un'attività reale, oppure in un'attività intellettuale sia essa la emanazione d'un provvedimento o d'una dichiarazione di scienza”.

<sup>314</sup> Così A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 121-122.

quest'ultimo si instaura in realtà tra la fattispecie e la situazione giuridica determinata dall'estrinsecazione dell'azione preparatoria stessa<sup>315</sup>.

Nella determinazione specifica e concreta degli atti che, per le loro peculiari funzioni, possono venire in considerazione come atti “*tipici della fase preparatoria, che si svolga in vista della realizzazione di una certa fattispecie, nella quale si concreti l'azione del potere amministrativo*”, l'Illustre Autore premetteva che una simile indagine avrebbe, di norma, dovuto essere condotta sulla base delle singole fattispecie non potendo essere fissati principi generali e assoluti ed essendo le nozioni di procedimento e di fattispecie entrambe nozioni relative<sup>316</sup>. In ogni caso, una specificazione su quali siano gli atti suscettibili di figurare comunque nella fase preparatoria di un procedimento viene operata dall'Autore sul presupposto che se è vero che nessuna categoria di atti sarebbe in assoluto insuscettibile di apparire nella parte costitutiva di una determinata fattispecie, è altrettanto vero che esiste una categoria di atti la quale “*a nessun costo*” potrebbe figurare tra gli elementi preparatori della fattispecie stessa<sup>317</sup>.

Vengono quindi indicati gli atti che, nel campo del diritto amministrativo, più frequentemente sono rinvenibili nella fase preparatoria del procedimento e, in particolare, vengono ricondotti – senza tuttavia far perdere di vista il carattere

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, 126 s. In particolare, “L'osservatore, il quale muova lo sguardo in questa direzione, non potrà non rilevare che tra l'azione preparatoria e la fattispecie esiste un ponte di obbligato passaggio. Esso è costituito dall'effetto, e cioè dalla situazione determinata dal fatto che l'azione preparatoria si è estrinsecata. Dall'azione preparatoria non si passa alla fattispecie, se non attraverso tale ponte. Ciò significa che la relazione di immediato contatto non si instaura tra la fattispecie e l'azione preparatoria, ma soltanto tra la fattispecie e la situazione giuridica determinata dall'essersi l'azione preparatoria estrinsecata. Per modo che (...) rispetto alla fattispecie non viene qui in immediata considerazione un atto, ma bensì un mero fatto, o anzi, meglio, una mera situazione di fatto, e cioè una circostanza: una delle circostanze, nel cui ambiente soltanto la fattispecie di cui si tratta può trovare la sua legittima realizzazione”.

<sup>316</sup> *Ibidem*, 133 s. L'Autore specifica, infatti, che “... può ben darsi (...) che un certo atto tipico (p. es., una proposta), il quale nei confronti di una data fattispecie si ponga come semplice elemento preparatorio, venga ad assumere, in relazione ad altre fattispecie di minore ampiezza, la posizione di elemento essenziale del nucleo propriamente costitutivo”.

<sup>317</sup> *Ibidem*, 134.

unitario della categoria degli atti preparatori – a tre gruppi: nel primo rientrano quelli che “*esplicano un’azione propulsiva*” che sono le “*domande*”, le “*richieste*” e le “*proposte*”; nel secondo sono compresi gli atti che “*esplicano un’azione consultiva*” che sono, soprattutto i pareri; nel terzo, infine, rientrano gli atti che “*... si risolvono nel constatare l’esistenza di certe circostanze, solo nel concorso delle quali l’ordinamento riconosce la legittimità del provvedimento, che nel caso specifico si tratta di porre in essere*” e che sono “*le diverse categorie degli accertamenti preliminari*” e cioè “*le ispezioni, le istruttorie, le inchieste, le indagini informative, le interrogazioni a scopo di indagine, gli esami, ecc.*”<sup>318</sup>.

Quanto agli atti preparatori del primo gruppo, l’Autore ritiene che in tale ambito vadano ricompresi i c.d. “*atti di iniziativa*”, gli atti cioè che svolgono una funzione di impulso o propulsiva che “*... si risolve nell’eccitare l’azione di quegli agenti, i quali sono legittimati a prendere il provvedimento*”, una funzione, appunto, che è diretta “*... a sollecitare la realizzazione di tale provvedimento*”<sup>319</sup>.

Tali atti di iniziativa sono le domande e le istanze degli interessati, le richieste, le proposte, gli inviti e i voti di altre autorità.

In particolare, secondo l’Autore, le domande e le istanze sono, in realtà, un’unica figura giuridica con la quale i diretti interessati – titolari di un interesse personale e diretto – si rivolgono all’Amministrazione “*... al fine di sollecitarne l’azione alla emissione di un certo provvedimento*”<sup>320</sup>. La natura della domanda è

---

<sup>318</sup> *Ibidem*, 134.

<sup>319</sup> *Ibidem*, 137. Tali atti, specifica l’Autore, “*... hanno, di volta in volta, una influenza varia sul provvedimento che verrà emesso, e agiscono quindi su questo diversamente. Essi sono, dunque, tra loro ben differenti per la natura giuridica e per l’azione specifica. Ma comunque tutti sono uniti dalla caratteristica comune di esplicitare un’azione di iniziativa, e tutti restano anteriori ed estranei alla fattispecie, dalla quale l’ordinamento lascia discendere direttamente l’effetto giuridico che viene in considerazione. Rispetto a tale effetto non possono quindi venir considerati come suoi elementi direttamente determinati*”.

<sup>320</sup> *Ibidem*, 138. All’interno di tale figura vengono anche ricomprese le istanze di autorità amministrative direttamente interessate all’emanazione di un dato provvedimento del quale tendono a sollecitarne l’adozione da parte di una diversa autorità.

sempre quella di manifestazione di volontà pur rientrando nella categoria una vasta serie di figure giuridiche che variano in base all'intensità d'azione sull'effetto giuridico. Nello specifico, infatti, l'Autore rileva che si parte da quelle domande che non generano alcun obbligo di provvedere a carico dell'Amministrazione (ad esempio la domanda di una concessione), passando per quelle che obbligano l'Amministrazione "*... per lo meno a valutare la possibilità del provvedimento*" (ad esempio il ricorso gerarchico e la domanda di licenza di vendita al pubblico), a finire con quelle domande che generano nell'Amministrazione "*un vero e proprio obbligo di provvedere*", nel caso in cui colui che presenta l'istanza abbia comunque determinati prescritti requisiti (ad esempio l'istanza di iscrizione in un istituto d'istruzione)<sup>321</sup>.

A differenza delle "domande", che sono, appunto, le istanze presentate in funzione di un particolare interesse di chi le avanza, le "richieste" sono invece quelle istanze le quali "*... vengono da un'autorità presentate a un'altra autorità, o comunque a un agente diverso, non in vista di un interesse immediato suo proprio, ma piuttosto nella esplicazione della sua missione istituzionale, in vista di quel certo fine giuridico, per quale l'ordinamento richiede, nel caso specifico, la sua cooperazione, sia pure mediata*"<sup>322</sup>.

La richiesta – la cui influenza sul provvedimento in vista del quale è emanata è anch'essa più o meno intensa a seconda della maggiore o minore forza vincolante alla stessa attribuita dall'ordinamento nelle singole ipotesi<sup>323</sup> – viene poi distinta

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, 139. L'Autore sottolinea, inoltre, che nell'ambito della vasta categoria delle "domande" esiste anche un'altra fondamentale distinzione che riguarda, da un lato, le domande "anche senza il concorso delle quali il provvedimento sarebbe parimenti valido" e, dall'altro, le domande che "si pongono, nei confronti del provvedimento, come atti preparatori di carattere necessario – nel senso che l'autorità non può validamente provvedere, se non quando l'interessato abbia avanzato precedente istanza in tal senso –".

<sup>322</sup> *Ibidem*, 141-142. Dal che discende che una richiesta potrebbe essere rivolta da un organo a un altro organo dello stesso ente, mentre una domanda riguarda sempre soggetti diversi.

<sup>323</sup> *Ibidem*, 143.

dalla “proposta” sulla base della diversa missione alla quale i due atti di iniziativa adempiono. In particolare, l’Autore chiarisce che la prima (la richiesta) è sempre e soltanto una manifestazione di volontà con la quale viene, appunto, espressa “*la volontà che l’organo, al quale essa si rivolge, ponga in essere un certo provvedimento*”, mentre la seconda (la proposta) consiste in un giudizio, in una valutazione di opportunità, e “*non si risolve in una pura e semplice espressione di volontà, in quanto, conformemente ai suoi compiti, si limita a consigliare, a suggerire l’esplicazione di una determinata azione*”<sup>324</sup>.

E se la richiesta potrebbe vincolare il provvedimento oltre che per quanto attiene alla sua emanazione anche per quanto riguarda il relativo contenuto, “*non è assolutamente concepibile che una proposta vincoli l’autorità, alla quale si dirige, non solo a emettere quel determinato provvedimento di cui essa assume l’iniziativa, ma anche a emetterlo con quel certo contenuto, che essa stessa fissa*”<sup>325</sup> essendo quindi l’Amministrazione, alla quale la proposta si rivolge, sempre essa stessa a decidere circa il provvedimento da adottare e se adottarlo.

Infine, l’Illustre Autore ricomprende negli atti preparatori del primo gruppo (atti di iniziativa) anche gli inviti e i voti di altre autorità rilevando tuttavia che tali atti – definiti come “*delle dichiarazioni, le quali, mediante il loro eccitamento, cercano di provocare, da parte di una determinata autorità, un qualche provvedimento*”<sup>326</sup> – non possono essere raggruppati in una categoria giuridica autonoma essendo gli stessi, in realtà, assimilabili alle proposte facoltative<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> *Ibidem*, 145. La differenza tra i due atti di iniziativa è ulteriormente precisata dall’Autore: “Chi richiede, vuole che altri faccia qualche cosa, ed esprime il suo volere in tal senso (...). Chi propone, invece, sottomette al vaglio di chi dovrà provvedere un suggerimento circa ciò che reputa in proposito opportuno”.

<sup>325</sup> *Ibidem*, 146.

<sup>326</sup> *Ibidem*, 157.

<sup>327</sup> *Ibidem*, 157.



Gli atti preparatori del primo gruppo, c.d. “*atti di iniziativa*”, sia se provenienti dal privato che dall’ autorità, hanno una rilevanza nei confronti dell’ effetto giuridico più o meno intensa a seconda che abbiano o non carattere vincolante e necessario, ma vengono in rilievo come puri e semplici elementi preparatori della fattispecie e non possono essere configurati come sue parti costitutive<sup>328</sup>.

Quanto al secondo gruppo di atti preparatori, l’ Autore ricomprende in tale categoria gli atti che sono espressione di un’ attività consultiva ossia i pareri. In particolare, tali atti, privi di un’ autonomia funzionale, “*si risolvono nella dichiarazione di una rappresentazione, e, più precisamente, di un giudizio, in ordine a un’ azione, la quale dovrà essere esplicitata da parte di chi li sollecita*”<sup>329</sup>.

I pareri rilevano in maggiore o minore misura nello sviluppo procedurale che si svolge in funzione di una certa fattispecie, a seconda che si tratti di pareri vincolanti, obbligatori o facoltativi ma, ciò che conta, è che vengono catalogati dall’ Autore come atti preparatori proprio in quanto si pongono, rispetto al provvedimento, in una “*veste preparatoria*”<sup>330</sup>.

Infine, in relazione alle figure che rientrano nel terzo gruppo di atti preparatori, i c.d. “*accertamenti preliminari*” o “*accertamenti preparatori*”, l’ Autore specifica che, essendo volti alla constatazione dell’ esistenza delle circostanze nel concorso delle quali il provvedimento da porre in essere appaia legittimamente realizzabile, la loro funzione “*... si risolve nella pura e semplice constatazione tecnica di certi dati di fatto e non anche in una valutazione di opportunità*”<sup>331</sup>.

In particolare, rientrano in tale categoria le verifiche, le ispezioni, le istruttorie, le inchieste, le indagini informative, le interrogazioni a scopo di indagine, gli esami,

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, 160.

<sup>329</sup> *Ibidem*, 161.

<sup>330</sup> *Ibidem*, 165.

<sup>331</sup> *Ibidem*, 168.

ecc. Tuttavia, possono essere qualificati come elementi preparatori rispetto alla specifica fattispecie solo gli atti che esplicano una funzione di accertamento ma che non risultino anche dotati dall'ordinamento di una propria autonomia funzionale<sup>332</sup>.

Rileva sottolineare che l'Autore, in relazione a tale categoria dei c.d. "accertamenti preliminari", specifica che, a differenza che per gli atti rientranti negli altri due gruppi che devono provenire necessariamente da agenti giuridici diversi rispetto all'autorità che dovrà adottare il provvedimento, gli atti di accertamento possono essere posti in essere anche dalla stessa Amministrazione competente all'adozione del provvedimento in funzione del quale l'accertamento viene svolto<sup>333</sup>.

Inoltre, nello svolgimento dell'azione di accertamento della sussistenza delle circostanze necessarie al fine dell'emanazione di un determinato provvedimento viene anche in rilievo l'azione di "acquisizione" nell'esercizio della quale l'autorità si avvale di dichiarazioni degli interessati e di coloro che abbiano conoscenza di determinati fatti rilevanti in funzione del provvedimento che deve essere adottato. Tali attività non vengono comunque in considerazione diretta ma costituiscono solo l'oggetto dell'attenzione dell'autorità stessa<sup>334</sup>.

A questo punto appare di estremo interesse rilevare che l'Autore, nell'analizzare le situazioni giuridiche subbietive che si determinano nel soggetto – nei cui confronti si esplicherà l'effetto in funzione del quale il procedimento è diretto – mano a mano che la serie procedurale si svolge, quanto alla c.d. "fase preparatoria", ritiene che "... l'azione esplicata dai singoli elementi, che si

---

<sup>332</sup> *Ibidem*, 169. Il concetto è specificato dall'Autore: "Tale caso si riscontra tutte le volte che, più che porsi come un semplice mezzo in funzione di quel risultato finale, in vista del quale viene in essere, l'accertamento genera già per sé stesso, col suo realizzarsi – e quindi con la determinazione di quel certo status, che individua nell'obbietto cui ha riguardo –, una situazione giuridica, che l'ordinamento considera di per sé funzionalmente autonoma, e, come tale, capace di costituire da sola il riconoscimento o la lesione di un interesse protetto".

<sup>333</sup> *Ibidem*, 172.

<sup>334</sup> *Ibidem*, 173.

*susseguono in tale fase, atteggiandosi di norma come la rimozione di un limite all'esercizio di un potere da parte dell'agente o degli agenti legittimati a porre in essere la fattispecie di cui si tratta, si risolve dunque, in relazione all'effetto che da questa scenderà, appunto in un contributo alla determinazione di quella situazione obbiettiva, in seno alla quale soltanto la fattispecie potrà legittimamente sorgere*<sup>335</sup>.

In tale fase, la situazione nella quale si trovano i soggetti nei cui confronti si produrrà l'effetto giuridico è, secondo l'Autore, una situazione di mera attesa, di mera aspettativa, e cioè “... di fatti psichici del soggetto, i quali nulla hanno che vedere col diritto, appunto perché, data la loro essenza, nessuna tutela a essi può accordare il diritto”; e ciò sul presupposto che il diritto nasce con la costituzione della fattispecie non essendo ipotizzabile un diritto in divenire<sup>336</sup>. Per tali ragioni “... non pare corretto parlare, a tal proposito, della pendenza di un diritto. Il progredire della fase preparatoria non è, per sé solo, in grado di generare alcun diritto: né in essere, né in divenire, né totale, né parziale. E una semplice aspettativa, seppure saldamente giustificata dall'ordine del sistema, non appare certo sufficiente a che si possa parlare della pendenza di un diritto”<sup>337</sup>.

Tuttavia l'Autore riconosce la presenza nell'ordinamento di casi in cui, a seguito del concretizzarsi di alcuni elementi preparatori, è accordabile in capo a colui nei cui confronti si realizzerà l'effetto conclusivo del procedimento “*una vera e*

---

<sup>335</sup> *Ibidem*, 299.

<sup>336</sup> *Ibidem*, 300. In particolare, l'Autore afferma che “In relazione a ciascun oggetto che si prenda in considerazione, il diritto soggettivo (intesa l'espressione nel suo più ampio significato, nel quale possono farsi rientrare tanto il diritto affievolito, quanto l'interesse legittimo), nasce tutto d'un colpo. Esso sorge nel momento stesso, in cui si costituisce la fattispecie, cui l'ordinamento lo riconnette. Prima di tale momento non esiste alcuna parte di esso, né nulla che possa, da un punto di vista giuridico, venir considerato come un diritto in divenire. Giuridicamente, di quel diritto non c'è nulla. La situazione, nella quale, rispetto all'ordinamento, si trovano, per effetto dello svolgimento della fase preparatoria, coloro, nei cui confronti verrà a prodursi l'eventuale effetto giuridico, che nascerà nel momento, in cui l'intero procedimento avrà trovato il suo svolgimento, non è, per ora, in relazione a tale effetto, se non di mera attesa. Attesa tanto più legittima, quanto più lo svolgimento procedurale sia inoltrato: ma pur sempre attesa”.

<sup>337</sup> *Ibidem*, 302.

*propria pretesa giuridica in tal senso*”; pretesa che, comunque, non discenderebbe immediatamente dall’essersi realizzati i suddetti elementi preparatori, ma che *“trova invece il suo fondamento unicamente nel carattere specifico e nell’essenza dell’elemento, dal quale l’ordinamento la lascia derivare, e non nella qualità di atto preparatorio, che di tale elemento è propria”*<sup>338</sup>.

Un’elaborazione alquanto specifica in relazione alla fase di iniziativa e alla nozione di “procedimenti d’ufficio” è rinvenibile negli studi relativi ai procedimenti amministrativi di Massimo Severo Giannini<sup>339</sup>, di quasi trent’anni successivi rispetto a quelli, appena analizzati, di Aldo M. Sandulli.

L’Autore, nel definire la *“fase d’iniziativa”* come quella fase in cui si pongono gli *“atti che aprono cronisticamente il procedimento, e ne determinano l’oggetto”*, distingue questi ultimi in tre categorie: gli atti ad iniziativa di figura soggettiva privata, a cui è equiparata la figura soggettiva pubblica che non agisca in qualità di autorità, che prendono il nome di *“domande”* o *“istanze”*; gli atti ad iniziativa di figura soggettiva pubblica che agisca in qualità di autorità, che vengono chiamati *“richieste”*; gli atti ad iniziativa della stessa autorità che ha competenza al provvedimento e cioè *“... si hanno invece quelli che secondo un gergo burocratico ormai universalmente accolto si chiamano procedimenti d’ufficio”*<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> *Ibidem*, 305. E’ pertanto l’ordinamento a sancire che al venire in essere di un elemento giuridico di una determinata fattispecie tipica, come ad esempio la domanda dell’interessato, l’Amministrazione debba porre in essere un certo provvedimento. A parere dell’Autore, infatti, *“... Lo stesso atto si presenta, sotto l’un riguardo, sub specie di elemento preparatorio. E sotto tale aspetto la sua funzione si esaurisce nel determinare nel soggetto una situazione di maggiore prossimità all’effetto conclusivo, e, per ciò stesso, nel legittimare maggiormente una sua aspettativa in tal senso. Sotto l’altro riguardo, invece, l’atto, nell’esplicare la sua funzione specifica, può determinare effettivamente nel soggetto una vera e propria pretesa allo sviluppo in un senso, piuttosto che in un altro, del successivo svolgersi del procedimento”*.

<sup>339</sup> In particolare, M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1969.

<sup>340</sup> *Ibidem*, 28-29. Specularmente, nel trattare le parti del procedimento, l’Autore rileva che parti necessarie in senso logico sono tre: *“l’autore dell’atto d’iniziativa, l’autorità decidente, colui nei cui confronti il provvedimento è destinato a produrre effetti (c.d. destinatario). In concreto la prima e la seconda possono coincidere, come pure possono coincidere la prima e la terza. Così rispettivamente, nei procedimenti ad iniziativa d’ufficio, quando l’iniziativa è dello stesso decidente (es. revoca*

Nei procedimenti d'ufficio è comunque sempre esistente un atto d'iniziativa che può essere o un atto interno non formalizzato all'esterno (procedimento "riservato" o "segreto") oppure un atto formalizzato all'esterno, non differenziandosi in questo caso il procedimento d'ufficio da quello ad iniziativa da domanda o richiesta<sup>341</sup>.

L'Autore specifica che la nozione di procedimento ad iniziativa d'ufficio che talora si incontra in giurisprudenza, secondo la quale sarebbe un procedimento d'ufficio quello che si manifesta, almeno all'esterno, direttamente col provvedimento, non sarebbe corretta in quanto le norme positive che concernono provvedimenti amministrativi che sembrano emanati in procedimenti senza fase di iniziativa e con istruttoria riservata, riguardano spesso, in realtà, procedimenti in cui esiste un atto di iniziativa che è di solito "un'ispezione" o "un rapporto"<sup>342</sup>.

L'atto di iniziativa, sia che si tratti di una domanda, di una richiesta o di un atto d'ufficio, consiste sempre in una manifestazione di volontà e produce "effetti giuridici procedurali" in quanto, a parere dell'Autore, più che un obbligo dell'autorità a provvedere – con provvedimento positivo o negativo – da tali atti d'iniziativa discenderebbe un obbligo di procedere a carico dell'autorità amministrativa<sup>343</sup>.

---

d'ufficio), e nei procedimenti in cui l'iniziatore chiede un provvedimento per se medesimo (es. autorizzazione ad un atto). Sicché, nella pratica, le parti necessarie in senso logico possono ridursi a due" (pag. 88).

<sup>341</sup> *Ibidem*, 29. Quali esempi di procedimenti d'ufficio in cui l'atto di iniziativa è formalizzato all'esterno vengono riportati i procedimenti disciplinari che sono, appunto, procedimenti ad iniziativa d'ufficio, in cui l'atto di iniziativa formale è chiamato "contestazione degli addebiti" e i casi in cui è stabilito che un ufficio faccia un'ispezione e presenti un "rapporto" ad un altro ufficio sovraordinato, aprendo così un procedimento d'ufficio.

<sup>342</sup> *Ibidem*, 35.

<sup>343</sup> *Ibidem*, 32. L'Autore rileva tuttavia: "Che questo sia un potere-dovere, oppure un dovere che diviene obbligo con la presentazione dell'atto di iniziativa, ovvero un obbligo procedimentale, è questione che va risolta più in teoria generale che in diritto amministrativo, non essendovi differenza tra la posizione del giudice e quella dell'autorità amministrativa". Sull'obbligo di procedere, anche relativamente alla ricostruzione di M.S. Giannini si veda *supra* par. 1 del Cap. II.

In alcuni casi, tuttavia, può accadere che gli atti di iniziativa abbiano un effetto più intenso rispetto all'obbligo di procedere e, in questi casi, si è in presenza di "proposte" o "designazioni" (se hanno per oggetto persone a cui conferire uffici)<sup>344</sup>.

L'Autore distingue i suddetti atti di iniziativa procedimentale da altri atti che consistono in manifestazioni optative o di opinione ("inviti", "voti", "denunce") con i quali un'autorità esprime un desiderio ad altra autorità, oppure le segnala una situazione per la quale ne sollecita l'intervento, oppure il privato (con la presentazione della denuncia) sollecita all'autorità un intervento a favore proprio o altrui nell'interesse generale<sup>345</sup>. L'autorità che riceve l'invito, il voto o la denuncia "*non ha certamente l'obbligo di provvedere, cioè di aprire il procedimento*" ma ha solo un obbligo di esaminarli, o meglio di delibarli<sup>346</sup>. In ogni caso, l'Autore specifica che si tratta di atti preliminari che "*... non divengono mai atti d'iniziativa, reputandosi che l'autorità la quale, a seguito di uno di essi, presenti una richiesta, o notifichi una contestazione, o emetta un atto interno di apertura di un procedimento, adotti tali atti in esercizio di poteri propri*"<sup>347</sup>.

Gli autori di denunce, inviti e voti vengono quindi considerati non "*iniziatori del procedimento*" ma "*introduttori di interessi*"; in particolare, "*... introduttori che si possono dire mediati, nel senso che il loro atto d'introduzione (...) ha bisogno di*

---

<sup>344</sup> *Ibidem*, 33. In particolare, "Può accadere che gli atti d'iniziativa abbiano un effetto più intenso di quello testé indicato, ossia non facciano sorgere solo un obbligo di procedere, ma qualcosa di più. Di regola l'autorità chiamata a provvedere, di fronte all'atto di iniziativa ha discrezionalità che attiene alla scelta tra l'emanazione di un provvedimento positivo o negativo (an); in caso di provvedimento positivo, alla scelta del contenuto del provvedimento (quid); in ogni caso al tempo e ai modi del provvedimento da adottare (quomodo). Può accadere che l'atto di iniziativa limiti questa sua discrezionalità. Tralasciando la discrezionalità nel quomodo, può accadere che si conservi quella nell'an, e l'autorità possa quindi scegliere tra emanare o non emanare un provvedimento positivo, ma se lo emani esso abbia un contenuto (in tutto o in parte) vincolato dall'atto di iniziativa. Oppure, a seguito dell'atto di iniziativa, l'autorità non possa più scegliere tra il se emanare o il non emanare un provvedimento positivo: lo debba emanare ma rimanga libera in ordine al contenuto da darvi".

<sup>345</sup> *Ibidem*, 30.

<sup>346</sup> *Ibidem*, 31.

<sup>347</sup> *Ibidem*, 32.

*un filtro preventivo, che è il giudizio deliberativo dell'iniziatore legale effettivo*". Se poi il giudizio deliberativo è positivo, l'autorità ha il potere di aprire il procedimento, ma solo a seguito di una valutazione discrezionale dell'interesse in ordine all'adozione dell'atto di iniziativa del procedimento<sup>348</sup>.

Secondo altra ricostruzione<sup>349</sup>, sul presupposto che l'attività amministrativa si caratterizzi per la doverosità dell'esercizio che sorge come conseguenza della verifica di determinati fatti, viene rilevato che tali fatti possono essere riuniti nell'unica categoria costituente "*l'iniziativa amministrativa*", ossia i fatti genetici del dovere d'ufficio della pubblica amministrazione<sup>350</sup> che sarebbero "... *ogni fatto che ipotizza l'esistenza di un interesse pubblico concreto*"<sup>351</sup>. La nascita del dovere d'ufficio viene ricondotta allo schema norma-fatto-dovere d'ufficio con la

---

<sup>348</sup> *Ibidem*, 96. Tuttavia, l'Autore rileva che "Talvolta però l'obbligo di deliberare, nel senso di esaminare il merito della denuncia, non sussiste: ciò accade quando l'autorità, senza dover compiere alcun giudizio valutativo, constata che l'oggetto della denuncia, ecc., corrisponde a quello di una decisione che già è stata adottata, e che la denuncia non rappresenta interessi nuovi. Quando così è in fatto, non è necessario passare alla deliberazione della denuncia, poiché essa manca dell'elemento novità (...)"

<sup>349</sup> In particolare, A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976.

<sup>350</sup> Sulla base dell'insegnamento di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, secondo il quale tutto l'agire degli organi amministrativi può essere qualificato in termini di dovere giuridico, estendendo tale qualificazione anche a quei momenti dell'agire cui propriamente attiene la discrezionalità amministrativa (pagg. 58-59) e, secondo il quale "... la rilevanza del rifiuto presuppone una situazione di dovere, che costituisce al tempo stesso il punto d'incidenza dell'effetto giuridico: ma il contenuto di questa situazione, lungi dall'esaurirsi nell'emanazione dell'atto, ricomprende tutta l'attività che precede l'atto stesso, e che giuridicamente è preordinata alla determinazione autoritativa di ciò che deve essere, secondo legge, nella situazione concreta cui il dovere si riferisce" (pag. 79).

<sup>351</sup> Si veda A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, cit., 34 s. In particolare, l'Autore, nel ritenere che possa considerarsi fenomeno di iniziativa amministrativa ogni fatto idoneo a far sorgere il dovere di esercitare un potere amministrativo e nel considerare che tale dovere di esercizio ha per oggetto necessario un'attività e per oggetto eventuale un singolo atto, sostiene che "L'interesse pubblico, quale si desume dalla formulazione della norma, è astratto, mentre l'adozione di atti si può effettuare solo quando si sia accertata l'esistenza in concreto di un interesse pubblico. L'attività amministrativa da svolgere in vista dell'eventuale adozione di atti – attività che è già esercizio del potere e che è perciò funzionale – si rende doverosa quando si realizzi un fatto che ipotizza l'esistenza di un interesse pubblico concreto. Questa attività mira, appunto, a verificare la validità dell'ipotesi e solo nel caso di accertamento positivo si dà luogo all'emanazione di atti. Il fatto di iniziativa si presenta, perciò, con una propria efficacia stimolante che consiste nel proporre l'ipotesi che esista in concreto un interesse pubblico, da curare mediante l'esercizio di un dato potere, cosicché questo può e deve cominciare ad essere esercitato mediante l'espletamento di un'attività accertativa, conoscitiva, valutativa, organizzativa" (pag. 50).

specificazione che il fatto è determinato dalla norma e può consistere o in un mero fatto o in un atto e che quest'ultimo può essere un atto amministrativo, una sentenza o un atto di un amministrato<sup>352</sup>.

Quanto al mero fatto, lo stesso *“si rinviene quando un accadimento naturale, o un atto umano volontario considerato dal diritto nella sua materialità, realizza la condizione indicata dalla norma per la nascita di un dovere d'ufficio”*<sup>353</sup> e tra i fatti viene anche inquadrata la “denuncia”, ossia l'atto con il quale *“un soggetto dell'ordinamento, pubblico o privato, agisce a tutela di un interesse semplice”*<sup>354</sup>, che ha effetti creativi del dovere d'ufficio anche se non è considerata un atto di iniziativa procedimentale, non potendo essere valutata come l'atto primo del procedimento<sup>355</sup>.

Tuttavia, la denuncia – alla quale vengono equiparate anche le “rappresentazioni”, “prospettazioni” o “segnalazioni” provenienti da un'autorità amministrativa con cui viene solo manifestata un'opinione o un'esigenza – *“fa sorgere un dovere d'ufficio che ha come contenuto minimo un agire: l'autorità, alla quale l'atto è rivolto, avrà il dovere di accertare almeno la propria competenza e l'effettiva esistenza dei presupposti per l'esercizio di uno dei poteri di cui è titolare. La doverosità viene concretizzata, cioè, a quel livello minimo costituito dalla vigilanza interna alla «conoscenza» della fattispecie indicata dalla norma”*<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> *Ibidem*, 84.

<sup>353</sup> *Ibidem*, 85. Con la specificazione, tuttavia, che in una serie numerosa di casi la legge prevede che un dato intervento dell'autorità amministrativa possa essere adottato sia d'ufficio che su istanza dell'interessato, cosicché atto e fatto vengono equiparati. Ciò accade quando vi è l'esigenza che, a prescindere dalla natura del fatto che crea il dovere di provvedere, si provveda comunque alla cura di determinati interessi.

<sup>354</sup> *Ibidem*, 87.

<sup>355</sup> *Ibidem*, 87. In particolare, la denuncia si differenzerebbe dall'atto di iniziativa procedimentale in base al criterio della legittimazione in quanto il suo autore agisce per la tutela di un interesse semplice o di mero fatto e non nell'esercizio di un interesse legittimo, un diritto soggettivo o in adempimento di una situazione giuridica passiva.

<sup>356</sup> *Ibidem*, 88 s. La discrezionalità riguarderebbe, quindi, l'adozione dell'atto e non invece l'*an agere*.



Pertanto, la presentazione della denuncia fa sorgere a carico dell'Amministrazione destinataria un dovere d'ufficio, il cui contenuto è costituito dal “*dovere di prenderla in esame*”<sup>357</sup>.

Secondo tale ricostruzione, come anticipato, il fatto costitutivo del dovere d'ufficio potrebbe consistere, oltre che in un fatto in senso stretto, anche in un atto amministrativo (proveniente dalla stessa autorità amministrativa sulla quale ricadrà il dovere oppure da altra diversa autorità), in una sentenza (se l'atto del giudice crei a carico di un'autorità un obbligo di agire) o in un atto di un amministrato (pubblico o privato)<sup>358</sup>.

Dunque, riassumendo, nei procedimenti su istanza di parte, l'atto di iniziativa che esplica un effetto propulsivo nell'ambito del procedimento amministrativo, è rappresentato dalla domanda o istanza<sup>359</sup> presentata all'Amministrazione dal soggetto privato, il quale è titolare di un interesse personale e diretto al rilascio di un provvedimento favorevole, nel senso di un provvedimento che determini o l'acquisizione di un vantaggio o la caduta di un pregiudizio nella sfera giuridica del destinatario degli effetti.

Possono essere qualificate come domanda o istanza, non qualunque atto con cui il privato chieda all'Amministrazione l'emanazione un determinato provvedimento, ma solo quelle manifestazioni di volontà alle quali l'ordinamento

---

<sup>357</sup> *Ibidem*, 89. Si tratterebbe, appunto, di un dovere e non di un obbligo in quanto, a parere dell'Autore, l'obbligo indicherebbe una situazione passiva nell'ambito di un rapporto che la denuncia non sarebbe idonea a far nascere in quanto collocata fuori dal procedimento. In senso contrario si veda G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 6 e 88 nota 190, secondo il quale le denunce non sarebbero atti di iniziativa amministrativa in quanto hanno lo scopo di informare l'Amministrazione di fatti ma non di sollecitarla ad agire in modo giuridicamente apprezzabile.

<sup>358</sup> A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, cit., 90 s. Secondo tale impostazione, in un significato generale, è atto di iniziativa amministrativa qualsiasi atto che faccia sorgere un dovere d'ufficio mentre, in un significato più ristretto, è atto di iniziativa amministrativa quello che fa sorgere un dovere d'ufficio procedimentale.

<sup>359</sup> I due termini, come visto, vengono utilizzati nell'uso corrente come sinonimi.

collegi un “*effetto costitutivo*”, di “*natura meramente procedimentale*” e tale da dare un impulso giuridicamente rilevante allo svolgimento del procedimento: quando alla domanda o istanza “*segua, come conseguenza giuridica prevista dalla disciplina del procedimento, la nascita di un obbligo, di un dovere, di un onere o di una facoltà da riferire all’emanazione dell’atto finale o – almeno – ad un certo svolgimento della relativa procedura*”<sup>360</sup>.

Infatti, non ogni istanza o domanda del privato fa sorgere in capo all’Amministrazione l’obbligo di procedere; rinviando a quanto sarà trattato in seguito<sup>361</sup>, è necessario comunque rilevare che lo stesso sorge innanzitutto in relazione a sequenze procedimentali tipizzate, ovvero in relazione ai procedimenti amministrativi espressamente disciplinati dalla legge. Negli altri casi, le lettere, le richieste e le istanze formulate dai privati possono anche restare senza alcuna risposta.

Come visto, il procedimento amministrativo può anche essere aperto su impulso di altre Amministrazioni, diverse da quella competente all’emanazione del provvedimento finale, che formulano a quest’ultima delle proposte.

Nel caso, invece, di procedimenti ad iniziativa d’ufficio, l’apertura del procedimento avviene, come detto, per impulso della stessa Amministrazione competente a emanare il provvedimento finale. Si tratta solitamente di procedimenti che sono finalizzati alla produzione di un effetto limitativo o restrittivo nella sfera giuridica del privato destinatario<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> Così G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 104. Nella stessa opera vengono attentamente individuati i diversi ordini di effetti che possono discendere dalla domanda o istanza (obbligo, dovere, onere, facoltà), distinti in base alla maggiore o minore intensità dell’impulso che viene esplicito dall’atto di iniziativa.

<sup>361</sup> Si veda *infra* Cap. V.

<sup>362</sup> In effetti, la categoria dei procedimenti d’ufficio che si concludono con un provvedimento favorevole nei confronti del destinatario è considerata “*marginale*”. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 5. Sul punto si veda comunque F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., 137 s. e G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento*

Nei procedimenti d'ufficio spesso l'apertura formale del procedimento, dalla quale discende l'obbligo di procedere, avviene all'esito di una serie di attività c.d. "preistruttorie"<sup>363</sup> – ovvero, per usare la terminologia di Aldo M. Sandulli, i c.d. "accertamenti preliminari" o "accertamenti preparatori"<sup>364</sup> – le quali sono condotte d'ufficio e dal cui espletamento possono emergere le situazioni giuridiche e di fatto che riguardano determinati interessi pubblici e che rendendo doveroso l'esercizio del potere.

Le attività preistruttorie consistono nell'utilizzo di tutti quegli strumenti amministrativi conoscitivi direttamente strumentali alla decisione sull'avvio del procedimento<sup>365</sup>. Ad esempio, si possono ricordare il potere di ispezione (attribuito dalla legge ad autorità di vigilanza come la Banca d'Italia, la Consob o l'Isvap nei confronti di soggetti al fine di verificare il rispetto delle normative di settore)<sup>366</sup>; gli accessi a luoghi; le richieste di documenti; l'assunzione di informazioni; i rilievi segnaletici e fotografici; l'analisi di campioni; le verifiche; le istruttorie; le inchieste; le indagini informative e altre verifiche tecniche.

---

*amministrativo*, cit., 123-124. In particolare, secondo quest'ultimo Autore "L'esistenza di ipotesi nelle quali il pubblico interesse viene soddisfatto mediante l'attribuzione di vantaggi non domandati non può essere negata a priori: in tal senso la formula tradizionale secondo cui *invito beneficium non datur*, almeno nei rapporti tra pubblica Amministrazione e cittadini, appare suscettibile di ridimensionamento".

<sup>363</sup> Tale espressione è utilizzata da E. FRENI, *Le discipline della concorrenza*, in AA.VV., *La nuova costituzione economica*, S. CASSESE (a cura di), Bari, 2007, 118.

<sup>364</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 134 e 168.

<sup>365</sup> Sul tema si veda D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, 1984; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996.

<sup>366</sup> M. CLARICH, *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, 273, in corso di stampa. L'Autore specifica che l'ispezione può essere disposta anche nella fase propriamente istruttoria del procedimento e che consiste in una serie di operazioni di verifica effettuate in contraddittorio presso un soggetto privato e delle quali viene dato atto in un verbale. L'ispezione può concludersi con la constatazione che l'attività è conforme alle norme, oppure può far emergere fatti suscettibili di integrare una qualche violazione e, in quest'ultimo caso, sorge in capo all'Amministrazione l'obbligo di aprire un procedimento d'ufficio volto a contestare la violazione, il quale può concludersi con l'adozione di provvedimenti ordinatori o sanzionatori.

Infine, l'inizio del procedimento d'ufficio e lo svolgimento di attività preistruttorie può essere determinato anche dalla presentazione di atti (da parte di soggetti privati) variamente denominati – denunce, esposti, segnalazioni, diffide, petizioni ecc. – i quali tuttavia non fanno sorgere automaticamente l'obbligo dell'Amministrazione di aprire il procedimento ma comportano un obbligo nel senso di esaminare la situazione segnalata<sup>367</sup>. La doverosità consiste quindi, in questi casi, nell'attività di delibazione (c.d. doverosità di mera delibazione) ossia di verifica dei presupposti che inducono l'Amministrazione ad esercitare i propri poteri<sup>368</sup>, la quale valuterà la serietà e la fondatezza della denuncia, al fine di decidere se darvi o meno seguito<sup>369</sup>.

La formulazione del primo comma dell'art. 2 della legge n. 241/1990, nel codificare la doverosità del procedere e del provvedere nell'ambito dei due diversi tipi di avvio del procedimento amministrativo, costringe a interrogarsi su quale sia, nelle due diverse ipotesi, il fondamento della doverosità amministrativa: se nei procedimenti ad istanza di parte “... *la doverosità nasce dalla stessa proposizione dell'istanza*”<sup>370</sup> (ma, come detto e come si vedrà<sup>371</sup>, non di qualsiasi istanza), “... *la doverosità dei procedimenti ufficiosi nasce altrove, da un'altra fonte legale che non è la legge sul procedimento, ma l'insieme delle norme giuridiche che rispetto alla pluralità d'interessi giustificano, richiedono e rendono necessario l'esercizio*

---

<sup>367</sup> In particolare, si intende per denuncia amministrativa “... l'autonoma comunicazione di fatti, prevista con funzioni di collaborazione rispetto all'attività propria del destinatario e diretta ad un organo della pubblica amministrazione”. Così G. PALEOLOGO, *Denuncia amministrativa*, in *Enc. giur., ad vocem*, XII, 1989, 2.

<sup>368</sup> Si veda G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), II vol., Bologna, 1998, 1248.

<sup>369</sup> Tuttavia, sui recenti sviluppi in tema di doverosità dell'esercizio dei poteri d'ufficio su sollecitazione di un soggetto privato si veda *infra* Cap. V.

<sup>370</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 234.

<sup>371</sup> Si veda *infra* Cap. V.

*d'ufficio del potere per far fronte ai più disparati interessi*<sup>372</sup>. Pertanto, la fonte della doverosità dell'avvio del procedimento ad iniziativa d'ufficio si rinviene in una pluralità di norme, tra cui quelle di attribuzione del potere in capo ai soggetti o agli enti pubblici<sup>373</sup>.

Giova precisare che si vuole fare riferimento anche ai procedimenti c.d. di secondo grado cioè quei procedimenti che hanno ad oggetto altri procedimenti. Infatti, anche tale categoria di procedimenti può essere ad iniziativa di parte (ad esempio i ricorsi amministrativi sono procedimenti di riesame ad iniziativa di parte) oppure ad iniziativa d'ufficio (ad esempio la revoca).

#### **4. La doverosità amministrativa e il tempo del procedimento.**

L'art. 2 della legge n. 241/1990, oltre a prevedere la necessità – *rectius* il dovere – che il procedimento si concluda mediante l'adozione di un provvedimento espresso completa la nozione di doverosità amministrativa con le previsioni sui termini procedurali; il procedimento, quindi, non solo deve essere avviato, ma deve anche concludersi con un provvedimento espresso entro un tempo determinato.

Infatti, come si è visto, già prima della legge n. 241/1990 si parlava di diritto del cittadino ad ottenere una risposta dall'amministrazione e di obbligo della stessa di provvedere sull'istanza di quest'ultimo; pertanto è stato affermato che *“la novità è che l'obbligo non riguarda più soltanto il “se” ma anche il “quando” emanare il provvedimento espresso che accolga o rigetti l'istanza”*<sup>374</sup>.

Nella originaria formulazione dell'art. 2 erano infatti contenuti – oltre al comma 1 che, come detto, non ha subito sostanziali modifiche a seguito dei numerosi

---

<sup>372</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, cit., 234.

<sup>373</sup> *Ibidem*, 234.

<sup>374</sup> M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 125.

interventi riformatori che hanno interessato la legge n. 241/1990 in generale e l'art. 2 di tale legge in particolare – ulteriori 3 commi relativi alla fissazione dei tempi e dei termini procedurali.

In particolare, il comma 2 prevedeva che *“Le pubbliche amministrazioni determinano per ciascun tipo di procedimento, in quanto non sia già direttamente disposto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso deve concludersi. Tale termine decorre dall’inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte”*; il successivo comma 3 disponeva che *“Qualora le pubbliche amministrazioni non provvedano ai sensi del comma 2, il termine è di trenta giorni”*; infine il quarto ed ultimo comma prevedeva che *“Le determinazioni adottate ai sensi del comma 2 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti”*.

L'art. 2 della legge n. 241/1990 è stato successivamente oggetto di numerose modifiche normative<sup>375</sup>. Su tali disposizioni è, infatti, dapprima intervenuta la legge n. 15/2005<sup>376</sup> che con l'articolo 21, comma 1, lett. b) ha inserito la rubrica *“Conclusione del procedimento”* e con l'art. 2 ha inserito nell'articolo in esame il comma 4-bis<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> Sulla necessità del legislatore di intervenire ripetutamente sulla medesima disposizione legislativa si veda M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 691, secondo il quale *“Quando il legislatore interviene ripetutamente a riformulare, integrare, specificare il testo di una disposizione legislativa è sempre un brutto segno. E' anzitutto il sintomo dell'esistenza di un problema avvertito come grave nella consapevolezza sociale e politica. Altrimenti non si spiegherebbe l'insistenza del legislatore ad affrontarlo. In secondo luogo è il segnale che il legislatore non è stato capace di trovare metodi e strumenti atti a risolverlo. I fatti economici e sociali, com'è noto, sono spesso impermeabili ai cambiamenti legislativi, com'è dimostrato anche dal lungo elenco delle leggi rimaste sulla carta. Ciò può provocare anche frustrazione in un legislatore, come il nostro, ancora intriso della cultura illuministica del legislatore onnipotente. Le vicende relative all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...) costituiscono un caso paradigmatico di un legislatore che sbatte la testa contro un muro forse solo di gomma, ma che comunque si è rivelato fino a oggi impenetrabile”*.

<sup>376</sup> Legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante *“Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa”*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 42 del 21 febbraio 2005.

<sup>377</sup> Il comma 4-bis prevedeva che *“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,*

A breve distanza di tempo è intervenuta una nuova modifica normativa con il D.L. n. 35/2005<sup>378</sup> (convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2005<sup>379</sup>) che con l'art. 3, comma 6-*bis* – nel testo integrato dalla legge di conversione – ha sostituito l'intero art. 2 modificandone sostanzialmente i contenuti<sup>380</sup>.

In seguito l'art. 2 è stato oggetto di un significativo intervento riformatore ad opera della legge n. 69/2009<sup>381</sup> la quale, con l'art. 7, comma 1 lett. *b*), ha modificato

---

può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”.

<sup>378</sup> Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, recante “Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 62 del 16 marzo 2005.

<sup>379</sup> Legge 14 maggio 2005, n. 80, recante “Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Delege al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 111 del 14 maggio 2005, S.O.

<sup>380</sup> In particolare prevedendo la riscrittura del comma 2 (“Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell’organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall’inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte”), del comma 3 (“Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni”), del comma 4 (“Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l’adozione di un provvedimento l’acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all’acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l’acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell’amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell’articolo 14, comma 2”) e, infine, inserendo il comma 5 (“Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell’amministrazione, ai sensi dell’articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all’amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l’inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell’istanza. È fatta salva la riproponibilità dell’istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”).

<sup>381</sup> Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009, S.O.

e riscritto l'intera disposizione normativa<sup>382</sup>, dettandone anche la disciplina da applicare in sede di prima attuazione<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> In particolare, a parte il primo comma dell'art. 2 (nel quale è stata modificata esclusivamente la forma dal singolare al plurale), il testo riformato prevede che: "Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni" (comma 2); "Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell' articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa, sono individuati i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza" (comma 3); "Nei casi in cui, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, sono indispensabili termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, i decreti di cui al comma 3 sono adottati su proposta anche dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei ministri. I termini ivi previsti non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione" (comma 4); "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" (comma 5); "I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte" (comma 6); "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2" (comma 7).

La legge n. 69/2009 aveva introdotto anche ulteriori due commi all'art. 2 (nn. 8 e 9) i quali, come a breve si dirà, a differenza degli altri commi appena riportati, sono stati oggetto di successive modificazioni; pertanto, mentre i precedenti commi (da 1 a 7) sono ad oggi ancora in vigore nella loro formulazione introdotta dalla novella del 2009, il testo dei commi 8 e 9 non è più in vigore secondo quella formulazione. Nello specifico, il comma 8 prevedeva che "Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti"; mentre il comma 9 disponeva che "La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale".

<sup>383</sup> Ai sensi del comma 3 dell'art. 7 della legge n. 69/2009 "In sede di prima attuazione della presente legge, gli atti o i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come da ultimo sostituito dal comma 1, lettera b), del presente articolo, sono adottati entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge. Le disposizioni regolamentari vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, che prevedono termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti, cessano di avere effetto a decorrere dalla scadenza del termine indicato al primo periodo. Continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, che prevedono termini non superiori a novanta giorni per la



A distanza di poco più di un anno il comma 8 dell'art. 2 è stato ancora modificato dall'art. 3, comma 2 lett. a) dell'allegato 4 al D.lgs. n. 104/2010<sup>384</sup>, stante la evidente necessità di coordinare la norma in questione con le disposizioni contenute nel nuovo codice del processo amministrativo.

Infine, l'art. 2 è stato nuovamente novellato nel corso del 2012 ad opera di due successivi interventi normativi: dapprima con il D.L. n. 5/2012<sup>385</sup> (convertito con modificazioni dalla legge n. 35/2012<sup>386</sup>) che, con l'art. 1 comma 1, ha modificato i commi 8 e 9 e ha introdotto i commi da *9-bis* a *9-quinquies*<sup>387</sup>; in seguito con il D.L.

---

conclusione dei procedimenti. La disposizione di cui al comma 2 del citato articolo 2 della legge n. 241 del 1990 si applica dallo scadere del termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge. Le regioni e gli enti locali si adeguano ai termini di cui ai commi 3 e 4 del citato articolo 2 della legge n. 241 del 1990 entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge”.

<sup>384</sup> Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante “Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 156 del 7 luglio 2010, S.O. In particolare, il comma 8 dell’art. 2 della legge n. 241/1990 era riformulato nel seguente tenore: “La tutela in materia di silenzio dell’amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo”.

<sup>385</sup> Decreto Legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante “Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 33 del 9 febbraio 2012, S.O.

<sup>386</sup> Legge 4 aprile 2012, n. 35, recante “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 82 del 6 aprile 2012, S.O.

<sup>387</sup> In particolare, il nuovo testo prevede che: “La tutela in materia di silenzio dell’amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 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” (comma 8); “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” (comma 9); “L’organo di governo individua, nell’ambito delle figure apicali dell’amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell’ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all’ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell’amministrazione” (comma 9-bis); “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” (comma 9-ter); “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. 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” (comma 9-quater); “Nei provvedimenti rilasciati in ritardo su

n. 83/2012<sup>388</sup> (convertito con modificazioni dalla legge n. 134/2012<sup>389</sup>) che ha aggiunto due periodi finali al comma 9-*bis* della norma in esame<sup>390</sup>.

Dunque, fin dall'originaria formulazione della norma, la codificazione della regola della necessità di un provvedimento espresso conclusivo del procedimento è stata accompagnata da quella della certezza temporale dell'attività amministrativa. Anzi, la fissazione di termini procedimentali che consentano al cittadino di conoscere entro quale scadenza l'Amministrazione sia tenuta a provvedere è una garanzia di effettività del dovere conclusivo stesso: *“E' chiaro, infatti, che se tale dovere potesse ritenersi soddisfatto dall'emanazione di un provvedimento anche a distanza di lungo tempo dall'introduzione del procedimento, lo stesso valore del dovere di concludere il procedimento risulterebbe molto labile”*<sup>391</sup>.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990 – e, quindi, sulla base della originaria formulazione dell'articolo in esame – veniva da subito sottolineato che dall'art. 2 emerge una distinzione importante tra il *“fondamento legale”* e la *“mera quantificazione”* del termine del procedimento in quanto il primo

---

istanza di parte sono espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato” (comma 9-*quinqüies*).

<sup>388</sup> Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, recante “Misure urgenti per la crescita del Paese”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 147 del 26 giugno 2012, S.O.

<sup>389</sup> Legge 7 agosto 2012, n. 134, recante “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 187 dell'11 agosto 2012, S.O.

<sup>390</sup> La legge di conversione ha premesso il comma 01 all'art. 13 del D.L. n. 83/2012. Tale comma inserisce all'art. 9-*bis* i seguenti periodi: “Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-*ter*. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria”.

<sup>391</sup> Si veda A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 10. Nello stesso senso anche M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. Amm.*, 2003, II, 293, secondo il quale “... l'attività che «procede», specie quando essa implica la realizzazione dell'interesse pubblico e la contestuale protezione dei soggetti privati coinvolti, esige un quadro di piena certezza, spaziale ed anche temporale”.

proviene, appunto, da una fonte normativa di rango primario mentre la quantificazione può essere contenuta – anche – in una fonte di rango secondario<sup>392</sup>.

Di conseguenza, il termine del procedimento, trovando fondamento in una fonte primaria, *“acquista il significato di vincolo in grado di incidere e condizionare, oltre che l’attività dell’amministrazione, anche l’assetto dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino”*<sup>393</sup>. In particolare, la previsione dell’art. 2 della legge n. 241/1990 attribuisce al termine del procedimento *“non solo la funzione di scandire sotto il profilo temporale l’attività della pubblica amministrazione nell’interesse prevalente di quest’ultima, ma anche il senso più pregnante di elemento che concorre a definire l’assetto dei rapporti tra pubblica amministrazione e destinatario del provvedimento in funzione preminente di tutela degli interessi di quest’ultimo”*<sup>394</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, il termine viene quindi configurato come *“un vincolo che ha una dimensione intersoggettiva”*<sup>395</sup> sia nei procedimenti a istanza di parte che si concludono con un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario sia in quelli d’ufficio che si concludono con un provvedimento restrittivo della sfera giuridica del destinatario. In particolare, nei primi *“il termine concorre a specificare il diritto di colui che presenta l’istanza a ottenere una risposta e il correlato obbligo che sorge in capo all’amministrazione di emanare un*

---

<sup>392</sup> M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 124. In particolare l’Autore chiarisce che *“Da un lato, infatti, il termine del procedimento amministrativo ha ormai un fondamento legale, nel senso che è la stessa legge n. 241, cioè una fonte di rango primario, a porre il principio che per ogni tipo di procedimento deve essere previsto un termine certo. Dall’altro lato, alla quantificazione del termine, qualora essa non risulti direttamente da una fonte di rango legislativo (leggi che disciplinano i vari tipi di procedimenti o i trenta giorni fissati come termine residuale dall’art. 2), provvede una fonte di tipo regolamentare (regolamenti che disciplinano i singoli procedimenti o il regolamento emanato in base all’art. 2 della legge n. 241)”*.

<sup>393</sup> *Ibidem*, 124.

<sup>394</sup> *Ibidem*, 124.

<sup>395</sup> *Ibidem*, 125.

*provvedimento espresso che concluda il procedimento*<sup>396</sup>; nei secondi invece “*sorge così in capo al destinatario del provvedimento una pretesa avente per oggetto la garanzia di integrità della propria sfera giuridica, una volta decorso il termine per l’esercizio del potere senza che l’amministrazione abbia emanato il provvedimento*”<sup>397</sup>.

Veniva quindi rilevato che “*l’art. 2 della legge n. 241 sembra fondare un nuovo principio generale del diritto amministrativo: il principio della certezza del tempo dell’agire della pubblica amministrazione in funzione di tutela di coloro nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti ampliativi (procedimenti a istanza di parte) o restrittivi (procedimenti d’ufficio) del provvedimento amministrativo*”<sup>398</sup>.

Pertanto, dopo l’entrata in vigore della legge n. 241/1990 non esistono più procedimenti amministrativi senza un termine certo per la loro conclusione in quanto la suddetta legge non esclude alcun tipo di procedimento dall’obbligo di conclusione nel termine stabilito<sup>399</sup>.

L’art. 2 prevede, nella formulazione ad oggi in vigore, un termine generale e residuale di 30 giorni nel caso in cui le disposizioni di legge o le Amministrazioni non dispongano un termine diverso (comma 2), riportando così il suddetto termine a quanto previsto nell’originaria formulazione dell’articolo che, invece, le riforme del

---

<sup>396</sup> *Ibidem*, 125.

<sup>397</sup> *Ibidem*, 125.

<sup>398</sup> *Ibidem*, 125. E’ stato autorevolmente osservato che “... la legge sul procedimento è, prima che una legge sulla partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa, una legge sulle certezze temporali dell’agire della Pubblica Amministrazione. Certezze temporali necessarie per il funzionamento della macchina pubblica amministrazione nei procedimenti infrastrutturali, ma soprattutto certezze temporali da dare ai privati, sia con riferimento ai procedimenti che portano all’emanazione di provvedimenti ablatori, sia con riferimento agli atti amministrativi che possono condizionare l’attività dei cittadini”. Così F. MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.*, 2002, IV, 533.

<sup>399</sup> In questo senso M. RENNA - F. FIGORILLI, *Commento all’art. 2*, in AA.VV., *Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità*, A. BARTOLINI - S. FANTINI - G. FERRARI (a cura di), Roma, 2010, 108. Sulla disciplina dei termini procedurali prima e dopo le riforme del 2005 si veda S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005.

2005 avevano esteso a 90 giorni. Questa circostanza ha creato non poche perplessità nella dottrina che ha rilevato che la volontà del legislatore di garantire la celerità del procedimento potrebbe andare a discapito di un'adeguata e accurata attività istruttoria<sup>400</sup>.

In ogni caso, ai sensi del comma 3, i termini di conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali – da individuare con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa – non potranno superare il limite massimo di 90 giorni. Anche gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, termini di conclusione dei procedimenti di propria competenza non superiori a 90 giorni.

Il comma 4 dispone che soltanto nei casi in cui siano indispensabili termini superiori a 90 giorni per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali – tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento – possano essere previsti termini diversi ma comunque non superiori a 180 giorni. Tali termini, inoltre, possono essere adottati anche su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e, comunque, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Il termine di 180 giorni può invece essere superato nel caso di procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione.

---

<sup>400</sup> In particolare A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, cit., 240, il quale considera “provocatori” i trenta giorni previsti dalla disposizione in esame.

Il comma 5 prevede una disciplina derogatoria per i procedimenti di competenza delle autorità di garanzia e di vigilanza che disciplinano in conformità ai propri ordinamenti i termini di conclusione dei procedimenti<sup>401</sup>.

Quanto alle ipotesi di sospensione dei termini, questa può essere disposta per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni, nonché nel caso di conferenza dei servizi (comma 7)<sup>402</sup>.

Tra l'altro, se il comma 3 dell'art. 7 della legge n. 69/2009 prevede che anche le Regioni e gli Enti locali si adeguino alla disciplina dei termini di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge n. 69/2009, l'art. 29, comma 2-*bis* della legge n. 241/1990 (comma aggiunto dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 10, della legge n. 69/2009) riconduce ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, comma 2, lett. m), della Costituzione (prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale) anche le disposizioni della legge n. 241/1990 riguardanti l'obbligo per la pubblica Amministrazione di concludere il procedimento entro il termine prefissato e le disposizioni relative alla durata massima dei procedimenti. Trattandosi, appunto, di materia nella quale allo Stato è attribuita competenza

---

<sup>401</sup> Una disciplina derogatoria è anche prevista dall'art. 7, comma 4, della legge n. 69/2009 secondo cui "Per tutti i procedimenti di verifica o autorizzativi concernenti i beni storici, architettonici, culturali, archeologici, artistici e paesaggistici restano fermi i termini stabiliti dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Restano ferme le disposizioni di legge e di regolamento vigenti in materia ambientale che prevedono termini diversi da quelli di cui agli articoli 2 e 2-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, come rispettivamente sostituito e introdotto dal presente articolo".

<sup>402</sup> Inoltre, ai sensi dell'art. 10 bis nel caso di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza vengono interrotti i termini di conclusione del procedimento i quali iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 giorni decorrente dal ricevimento della comunicazione stessa.

legislativa esclusiva, nel disciplinare i procedimenti di propria competenza “Alle Regioni e agli enti locali residua perciò la sola possibilità di garantire livelli ulteriori di tutela (quindi, una difficile e non ipotizzabile riduzione dei termini rispetto a quelli già stringenti previsti dalla legge procedimentale)”<sup>403</sup>.

L'importanza centrale attribuita al tema della certezza del tempo nello svolgimento dei procedimenti amministrativi è testimoniata dagli interventi normativi degli ultimi anni che sembrano essere tutti orientati verso il rafforzamento della doverosità amministrativa nonché verso il raggiungimento della sua concreta effettività.

Infatti, oltre alla disciplina appena ricordata, la legge n. 69/2009, con l'art. 7 comma 1 lett. c), ha anche inserito l'art. 2-bis (rubricato “Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento”) il cui primo ed unico comma<sup>404</sup> prevede che “Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”, riconoscendo in questo modo l'importanza del valore temporale inteso quale bene della vita autonomo rispetto alla legittimità o illegittimità del provvedimento<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 242.

<sup>404</sup> In realtà l'art. 7, comma 1, lett. c) aveva previsto anche un secondo comma dell'art. 2-bis della legge n. 241/1990; tale secondo comma – secondo cui “Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni” – è stato abrogato dal n. 14) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 del medesimo provvedimento.

<sup>405</sup> F. FIGORILLI - S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 8, 919, secondo i quali “Può dunque ipotizzarsi che l'ambito della tutela risarcitoria previsto dalla norma in esame debba essere esteso anche al danno da mero ritardo, in connessione eziologica con un comportamento inadempitivo dell'obbligo di provvedere”. In senso critico M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, cit., 693, il quale sottolinea che “All'atto pratico, peraltro, se si escludono casi limite, in presenza dell'alea e dei tempi relativi a un giudizio risarcitorio di questo, non è ragionevole attendersi che questo strumento costituisca, a livello sistemico, un incentivo efficace a

Da ultimo, prima con il D.L. n. 5/2012 convertito con modificazioni dalla legge n. 35/2012 – che, come visto, ha modificato i commi 8 e 9 dell’art. 2 della legge n. 241/1990 e ha introdotto i commi da 9-*bis* a 9-*quinqüies* – e poi con il D.L. n. 83/2012 convertito con modificazioni dalla legge n. 134/2012 – che ha aggiunto due periodi finali al comma 9-*bis* della stessa norma – si è tentato, nel corso dell’ultimo anno di rendere maggiormente effettivo il principio del rispetto dei termini da parte delle pubbliche Amministrazioni<sup>406</sup>. Ciò in particolare con la previsione che: le

---

promuovere il rispetto dei termini procedurali”. Come noto e come si vedrà nel Cap. IV, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 15 settembre 2005, n. 7, aveva ritenuto che il risarcimento potesse essere accordato solo nella misura in cui il ricorrente avesse lamentato la mancata o la tardiva emanazione di un provvedimento favorevole, al quale si ricollegasse un bene della vita, e non anche per il fatto in sé dell’omissione o del ritardo nell’emanazione dello stesso. In commento a tale decisione si veda M. CLARICH - G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell’azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 61-68; L. VALLA, *Il giudice amministrativo e il risarcimento «del tempo perduto»*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 6, 651-659. Sul tema del danno da ritardo si vedano, tra i molti M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in *www.federalismi.it*, n. 15/2008; S.S. SCOCA, *Il ritardo nell’adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005; ID., *I difficili rapporti tra l’art. 2-bis legge 241/90 e l’art. 21-bis legge TAR*, in *www.giustamm.it*, 2009; S. D’ANCONA, *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*, 2009; G. FESTA, *Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione proceduralizzata*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo. Aggiornato alla l. 18 giugno 2009, n. 69, al d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) e al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, M. CORRADINO (a cura di), Torino, 2010, 65-88; A. SPEZZATI, *Obbligo di conclusione del procedimento e responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, A. SANDULLI - G. PIPERATA (a cura di), Napoli, 2011, 267-278; MARI G., *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in AA.VV., *Codice dell’azione amministrativa*, cit., 263 s.; da ultimo ampiamente M. D’ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012.

<sup>406</sup> In realtà, già la legge n. 69/2009, oltre ad aver aggiunto all’art. 2 della legge n. 241/1990 il comma 9 secondo il quale il mancato rispetto dei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, aveva previsto, all’art. 7, comma 2, che “Il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti; di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato. Il Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione, di concerto con il Ministro per la semplificazione normativa, adotta le linee di indirizzo per l’attuazione del presente articolo e per i casi di grave e ripetuta inosservanza dell’obbligo di provvedere entro i termini fissati per ciascun procedimento”. Sulla base di tale previsione erano state adottate le linee di indirizzo, dal Ministero per la pubblica amministrazione e l’innovazione, con D.M. 12 gennaio 2010 (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 76 del 1 aprile 2010) nelle quali, tra l’altro, veniva chiarito che l’obiettivo perseguito dalla legge n. 69/2009, nella parte relativa alle modifiche introdotte all’art. 2 della legge n. 241/1990, era proprio quello di dare effettività alle disposizioni sui termini procedurali e che, a questo scopo, l’art. 7 aveva introdotto delle disposizioni circa le conseguenze del ritardo dell’Amministrazione, sia nei riguardi dei cittadini



sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione siano trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti (comma 8); la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisca elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente (comma 9); l'organo di governo individui, nell'ambito delle figure apicali

---

destinatari dell'azione amministrativa, sia nei riguardi dei dirigenti ai quali si possa far risalire la responsabilità del ritardo medesimo: "Sotto il primo aspetto, le nuove disposizioni prevedono l'obbligo del risarcimento del danno ingiusto cagionato al cittadino in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento: è una norma immediatamente precettiva, che tende a porre rimedio ai casi di violazione dell'obbligo di provvedere nei termini previsti. Nei confronti dei dirigenti, la mancata emanazione del provvedimento nei termini previsti costituisce elemento di valutazione sia ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato sia ai fini della responsabilità dirigenziale" (paragrafo 2 lett. c). Nel paragrafo 7 delle medesime linee guida venivano poi indicati gli indirizzi in materia di responsabilità dirigenziale e di grave e ripetuta inosservanza dell'obbligo di provvedere nei termini con la specifica previsione, tra l'altro, circa il danno da ritardo che "...l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento determina l'obbligo di risarcire il danno ingiusto subito dal privato per il ritardo dell'amministrazione. A tal proposito, si invitano le amministrazioni ad assumere le opportune iniziative (nell'ambito della propria autonomia organizzativa) per richiamare l'attenzione sul rispetto dei termini dei procedimenti anche al fine di evitare l'esposizione a richieste risarcitorie, fermo restando che, ai sensi dell' articolo 22 del T.U. n. 3 del 1957, l'amministrazione condannata a risarcire il danno potrà esperire l'azione di rivalsa nei confronti del dipendente che abbia agito con dolo o colpa grave". Si veda C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale per mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento*, in *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, cit., 279-287.

In verità, già il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (recante "Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421") aveva previsto, fra le funzioni dei dirigenti, anche quella di individuazione, in base alla legge n. 241/1990, dei responsabili dei procedimenti che fanno capo all'ufficio nonché quella di verifica, anche su richiesta di terzi interessati, del rispetto dei termini e degli altri adempimenti (art. 17 lett. f). Successivamente, il d.l. 12 maggio 1995, n. 163 (convertito con modificazioni, in legge 11 luglio 1995, n. 273 e recante "Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni") aveva previsto, all'art. 3-ter, che decorsi inutilmente i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali, fissati ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990, l'interessato potesse produrre istanza al dirigente generale dell'unità responsabile del procedimento, il quale avrebbe potuto provvedere direttamente nel termine di trenta giorni e se il provvedimento fosse stato di competenza del dirigente generale l'istanza avrebbe dovuto essere rivolta al Ministro (comma 1). Inoltre, tale disposizione prevedeva che i servizi di controllo interno dei Ministeri e i servizi ispettivi compissero annualmente rilevazioni sul numero complessivo dei procedimenti non conclusi entro il termine determinato ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990 e che l'inosservanza di tale termine comportasse accertamenti ai fini dell'applicazione delle sanzioni (disciplinari e relative alla responsabilità dirigenziale) previste a carico dei dirigenti generali, dei dirigenti e degli altri dipendenti (comma 2).

dell'Amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia e nella ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si consideri attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'Amministrazione; per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'Amministrazione sia pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter e tale soggetto, in caso di ritardo, comunichi senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assuma la sua medesima responsabilità oltre a quella propria (comma 9-bis); decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato possa 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 (comma 9-ter); il responsabile individuato ai sensi del comma 9-bis, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunichi 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 e le Amministrazioni provvedano all'attuazione di tale disposizione con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (comma 9-*quater*); nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte siano espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato (comma 9-*quinqies*).

A prescindere dall'effettiva capacità di tali norme di incidere in maniera sostanziale sul sistema amministrativo<sup>407</sup>, non può non riconoscersi, nei limiti di quanto di interesse in questa sede, quantomeno la presenza di una spinta nel senso di rafforzare il principio della certezza del termine del procedimento e, quindi, conseguentemente, anche quello del dovere di portare a conclusione il procedimento stesso.

## **5. L'eccezione tipica all'obbligo di provvedere con provvedimento espresso: il silenzio-assenso e il silenzio-diniego.**

La previsione dell'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo con l'adozione di un provvedimento espresso trova tuttavia delle eccezioni nelle ipotesi di c.d. silenzio significativo (silenzio-assenso e silenzio-diniego). Infatti, è la

---

<sup>407</sup> Sugli aspetti problematici degli ultimi interventi riformatori (in particolare del d.l. n. 5/2012 convertito nella legge n. 35/2012) si rinvia a M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, cit., 694-695. L'Autore, ad esempio, in relazione alla previsione del comma 8 per cui le sentenze di accoglimento del ricorso avverso il silenzio passate in giudicato sono trasmesse in via telematica alla Corte dei conti, rileva che quest'ultima, per poter instaurare un processo per danno erariale nei confronti del dirigente o del dipendente pubblico responsabile del ritardo, dovrebbe accertare la presenza di un danno per l'Amministrazione stessa (danno erariale) mentre normalmente il ritardo è idoneo ad arrecare un danno esclusivamente al soggetto privato; mancherebbe quindi il presupposto per l'attivazione del giudizio contabile in materia di responsabilità amministrativa. Solo nel caso in cui fosse accolta oltre all'azione avverso il silenzio anche quella di risarcimento di cui all'art. 2-bis della legge n. 241/1990, la Corte dei conti potrebbe richiedere al funzionario responsabile del ritardo di rifondere all'amministrazione l'esborso di danaro conseguente all'accoglimento della domanda risarcitoria ma, potendo la responsabilità per danno erariale sorgere solo nel caso in cui sia accertata almeno la colpa grave, potrebbe risultare agevolata la difesa del dipendente pubblico. Quanto, invece, alla previsione del potere sostitutivo di cui al comma 9-bis, l'Autore afferma che esso "... così disciplinato costituisce in realtà poco più che una specificazione del potere che spetta comunque ai dirigenti generali in base all'art. 16, c. 1, lett. e), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che prevede appunto che ad essi spetta il potere di dirigere, coordinare e controllare l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti «anche con potere sostitutivo in caso di inerzia»". L'Autore pertanto conclude nel senso che "... anche le nuove disposizioni difficilmente costituiranno un rimedio efficace nei confronti di una pubblica amministrazione che non considera ancora il rispetto dei termini procedurali una vera priorità. In realtà, fin tanto che non maturerà una nuova sensibilità all'interno degli apparati amministrativi, a partire dai vertici politici e dai dirigenti, queste e altre disposizioni legislative corrono il rischio di restare in larga misura disapplicate con buona pace dei tentativi del legislatore di rafforzare i presidi dell'art. 2 della l. n. 241/1990".

medesima legge sul procedimento amministrativo (n. 241/1990) a prevedere agli artt. 20 e 25 dei casi in cui il silenzio e, quindi, il decorso del tempo, viene equiparato rispettivamente all'adozione di un provvedimento di assenso o di diniego<sup>408</sup>.

Tali ipotesi di origine legislativa, a differenza del silenzio-inadempimento che, come visto, è un istituto di natura giurisprudenziale e che attiene all'aspetto patologico del dovere conclusivo, “*si pongono come legittima deroga, o meglio come eccezione tipica al dovere di provvedere con provvedimento espresso*”<sup>409</sup>.

Il campo di applicazione del silenzio-inadempimento è, proprio per questo motivo, circoscritto dalle ipotesi di silenzio significativo. Dunque, stante il fatto che il silenzio-assenso, dopo gli interventi riformatori del 2005 relativi all'art. 20, costituisce oggi la regola nel nostro ordinamento per i procedimenti ad istanza di parte, ne discende che l'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso è sostanzialmente limitato ai procedimenti ad iniziativa d'ufficio e alle eccezioni al

---

<sup>408</sup> In realtà, il riferimento ad un provvedimento fittizio nei casi di silenzio prerogolato è stato superato “... sulla circostanza che, nelle ipotesi di inerzia prerogolata, manca quel giudizio di comparazione fra interesse pubblico e interesse privato che costituisce esercizio della funzione amministrativa ed è essenziale alla nozione stessa di provvedimento. Con la previsione di norme tipizzanti, il legislatore, infatti, intende realizzare non quell'interesse pubblico concreto che l'Amministrazione sarebbe chiamata a soddisfare nel caso specifico; bensì il diverso interesse pubblico (ritenuto prevalente in determinate situazioni) alla rapidità e alla certezza del traffico giuridico (...). Il silenzio prerogolato, come, d'altro canto, il silenzio in generale, non è altro, in realtà, che un mero fatto giuridico a cui il legislatore collega degli effetti normalmente conseguenti ad un provvedimento espresso, al fine di snellire i rapporti fra amministrati e Pubblica Amministrazione: equiparazione, dunque, relativamente agli effetti, tra comportamento materiale e atto, non identificazione fra due figure che conservano la loro diversità sostanziale”. Così F.G. SCOCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 445, in nota.

<sup>409</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 237. In senso contrario, relativamente all'istituto del silenzio-assenso, si veda A. TRAVI, *Commento all'art. 2, in Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 9-10, secondo il quale “Questa interpretazione, che apre la strada alla configurabilità di deroghe al precetto sancito nel comma primo dell'art. 2, non sembra corretta: il silenzio-assenso, sul piano degli effetti giuridici prodotti, rappresenta certamente un'alternativa al provvedimento amministrativo, ma la sua previsione si riconnette pur sempre a una situazione di ‘inerzia’ dell'Amministrazione. Il silenzio-assenso si forma solo se l'Amministrazione non provvede tempestivamente. La possibilità del silenzio-assenso non costituisce un'eccezione all'obbligo di assumere un provvedimento «espresso», ma costituisce una modalità degli effetti derivanti dall'inadempimento di tale obbligo. In conclusione, anche nel caso in cui si formi il silenzio-assenso risulta violato il precetto (...), con ogni conseguenza sul piano delle responsabilità personali”.

silenzio-assenso previste dall'art. 20<sup>410</sup>, il quale, a sua volta, viene applicato nelle ipotesi nelle quali non opera l'art. 19 della medesima legge n. 241/1990 ossia nei casi di DIA e, ora, di SCIA.

In ogni caso, la giurisprudenza e la dottrina hanno affermato a più riprese il principio per cui le ipotesi di silenzio significativo non esonererebbero l'Amministrazione dall'obbligo di emanare un provvedimento espresso.

Innanzitutto l'Amministrazione continua ad essere obbligata ad emanare il provvedimento espresso qualora debba assumere decisioni diverse rispetto a quelle previste dal legislatore con il meccanismo del silenzio significativo<sup>411</sup> e, comunque, è sempre libera di emanare il provvedimento esercitando espressamente il proprio potere (un provvedimento di rigetto della domanda nei casi di silenzio-diniego o un provvedimento di accoglimento dell'istanza nei casi di silenzio-assenso).

In dottrina è stata, a tal proposito, elaborata la tesi secondo cui l'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi in modo espresso, in base a un'interpretazione sistematica dell'ordinamento, non viene meno nelle ipotesi in cui la legge preveda il silenzio significativo<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> In particolare, ai sensi del comma 4 dell'art. 20 della legge n. 241/1990, l'istituto del silenzio-assenso non si applica agli atti e 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, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e 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. Sugli ambiti nei quali il silenzio-assenso può risultare incompatibile con i principi inderogabili sull'esercizio della funzione amministrativa si veda B. TONOLETTI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, ad vocem, XIV, Torino, 1999, 176 s.

<sup>411</sup> Si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 237. Così, ad esempio, nelle ipotesi di silenzio-assenso, se l'Amministrazione non ha intenzione di accogliere la domanda dell'istante, deve emanare entro i termini prestabiliti il provvedimento di diniego, oppure può indire una conferenza di servizi (art. 20, comma 2). Viceversa, nelle ipotesi di silenzio-diniego, l'Amministrazione deve emanare il provvedimento favorevole nel caso in cui intenda accogliere l'istanza.

<sup>412</sup> In particolare, A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 9-10; M. RENNA - F. FIGORILLI, *Commento all'art. 2*, cit., 112-113.; W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, cit., 495, il quale specifica che "In forza del principio di doverosità nell'esercizio della funzione pubblica

Anche la giurisprudenza amministrativa si è spesso conformata a tale orientamento specie nelle ipotesi di silenzio-diniego, dove la mancanza di provvedimento e di motivazione è maggiormente sentita dal soggetto istante<sup>413</sup>.

Ad esempio, la giurisprudenza ha affermato che *“L’obbligo del comune di provvedere sulla richiesta di autorizzazione all’installazione di impianti pubblicitari, adottando un provvedimento espresso, sussiste anche in presenza di una previsione che attribuisca all’inerzia dell’amministrazione la natura di rigetto dell’istanza (nella fattispecie, contenuta nel piano generale degli impianti pubblicitari adottato con delibera consiliare); invero, la figura del silenzio significativo di rigetto è incompatibile con i principi fissati dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 e in particolare da quello codificato nell’art. 2, da cui si evince il diritto dell’interessato di conoscere le ragioni del rigetto della propria istanza anche ai fini dell’esercizio della tutela giurisdizionale, nonché con l’art. 10 bis, l. n. 241, cit., che impone all’amministrazione, nei procedimenti a istanza di parte, di comunicare il preavviso di rigetto onde consentire al privato di poter interloquire e controdedurre avendo cognizione dei motivi in base ai quali emettere il provvedimento definitivo”*<sup>414</sup>.

Secondo la giurisprudenza, quindi, il silenzio significativo non potrebbe pregiudicare il diritto dell’interessato di conoscere le ragioni del rigetto della propria istanza soprattutto ai fini dell’esercizio di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva<sup>415</sup>.

---

intrinseco al sistema e fissato dal legislatore all’art. 2, l. n. 241 del 1990, si conviene che la soggezione di un procedimento al regime del silenzio assenso non possa determinare in capo all’Amministrazione il venir meno del dovere di emanare un provvedimento (...), anche qualora quest’ultimo dovesse avere un contenuto favorevole al privato; in questo senso, anche a seguito della generalizzazione dell’ambito applicativo, la regola del silenzio assenso ha carattere eccezionale”.

<sup>413</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 238.

<sup>414</sup> Così T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 dicembre 2010, n. 1920, in *Foro amm. - TAR*, 2010, 12, 3926. Sulla tutela dell’istante e del terzo nei casi di silenzio significativo si veda GIULIETTI W., *Aspetti problematici di tutela nei casi di inerzia tipizzata*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009.

<sup>415</sup> Si vedano *ex plurimis* T.A.R. Lazio, Latina, 27 giugno 2005, n. 566, in *Foro amm. - TAR*, 2005, 6, 2086; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 29 marzo 2006, n. 3262, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 3,

Infatti, i giudici amministrativi hanno spesso affermato che il silenzio serbato dall'Amministrazione, anche nelle ipotesi in cui il legislatore abbia espressamente attribuito uno specifico significato al silenzio in termini di rigetto della domanda, integra la violazione di un preciso dovere giuridico di provvedere e si risolve in una grave limitazione del diritto di difesa del cittadino<sup>416</sup>.

Anche nel caso di silenzio-assenso, seppure l'esigenza di ottenere un provvedimento espresso da parte dell'interessato è, evidentemente, meno avvertita, non sono mancate pronunce in questo senso, in quanto tale esigenza non può essere esclusa in assoluto. Ad esempio è stato affermato che l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 “... non introduce una rottura col principio generale di cui all'art. 2 della stessa legge e cioè col dovere di adottare un provvedimento espresso”<sup>417</sup>.

Tuttavia, proprio in riferimento al silenzio-assenso, è stato osservato che la sua previsione normativa produrrebbe delle conseguenze sul modo di concepire la posizione stessa dell'Amministrazione nel procedimento in quanto da una situazione soggettiva di “dovere” di provvedere si verrebbe a trovare in una situazione di “onere” di provvedere, “... nel senso che essa è tenuta a provvedere in maniera espressa nella misura in cui intende impedire il venire in essere dell'assetto di

---

1066; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 17 settembre 2007, n. 8992, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 9, 2792; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 ottobre 2007, n. 9819, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 10, 3081; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 11 giugno 2009, n. 3207, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 6, 1865. In senso contrario si vedano Consiglio di Stato, sez. IV, 20 settembre 2006, n. 5500, in *Foro amm. - CDS*, 2006, 9, 2517; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 20 marzo 2007, n. 475, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 3, 1127; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 dicembre 2002, n. 2090, in *Foro amm. - TAR*, 2002, 12.

<sup>416</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 16 marzo 2009, n. 2689, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 3, 743; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 3 gennaio 2008, n. 8, in *Foro amm. - TAR*, 2008, 1, I, 121; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 febbraio 2007, n. 167, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 2, 782.

<sup>417</sup> Così T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 18 gennaio 2002, n. 335, in *Foro amm. - TAR*, 2002, 229. Nella dottrina si veda G. BOTTINO, *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. - T.A.R.*, 2005, IV, 1353 s., il quale ricorre alla categoria dei doveri di buona amministrazione.

*interessi richiesto dal privato e astrattamente previsto dalla norma come compatibile con l'interesse pubblico*<sup>418</sup>.

D'altro canto, una parte della dottrina ritiene che anche nelle ipotesi di silenzio significativo l'inadempimento dell'obbligo di provvedere possa rilevare ai fini della responsabilità disciplinare e dirigenziale dei dipendenti<sup>419</sup>. In questo modo, sembrerebbe che la distanza tra il silenzio significativo e il silenzio inadempimento si riduca drasticamente e che le differenze tra i due istituti si vadano stemperando<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> Di conseguenza, non sarebbe ammissibile l'adozione di un provvedimento tardivo, né di diniego né di accoglimento, potendo l'Amministrazione intervenire, successivamente alla formazione del silenzio-assenso, solo attraverso l'esercizio di un potere di annullamento in autotutela. Così F.G. SCOCA, *Il silenzio della P.A.: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in AA.VV., *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, V. PARISIO (a cura di), Milano, 2002, 21 s. Si veda anche L. GIANI, *Commento all'art. 20*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 418-420. In senso parzialmente contrario A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della Pubblica Amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. Amm.*, 2006, I, 187, secondo il quale "Mancando l'efficacia costitutiva e la sua legittimità, manca il regime tipico del provvedimento. E cioè mancano la legittimità, l'annullabilità ed il conseguente sistema di autotutela e di tutela giurisdizionale, nei termini dell'impugnazione e dell'annullamento".

<sup>419</sup> In particolare, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 63, il quale ritiene che "... può considerarsi che l'omissione non è un'alternativa, la legge, cioè, non intende esimere l'amministrazione dal potere-dovere di pronunciarsi, né privare il cittadino della garanzia costituita da un provvedimento formale. La previsione normativa del silenzio assenso è invece rivolta unicamente a predisporre uno strumento di tutela per il cittadino a fronte del protrarsi di un'eventuale inerzia. Si versa, effettivamente, in presenza di ipotesi patologiche nelle quali, tuttavia, il mancato esercizio del potere non ridonda più, come tradizionalmente accaduto, sul cittadino interessato al rilascio di un provvedimento, ma al contrario determina un effetto espansivo della sua sfera giuridica nel senso dallo stesso voluto. Peraltro, la mancanza di previsione di una responsabilità dell'amministrazione pubblica, non sottrae comunque la stessa – ancorché in forma decisamente sfumata, anzi astratta – ad un giudizio di riprovevolezza da parte della comunità, lesa nel suo diritto ad una buona amministrazione, costituzionalmente garantito". In maniera più decisa, nel senso della rilevanza del silenzio significativo ai fini della responsabilità disciplinare e dirigenziale dei dipendenti si vedano M. RENNA - F. FIGORILLI, *Commento all'art. 2*, cit., 112-113; W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, cit., 495-496.

<sup>420</sup> In questo senso A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 239.



## Capitolo IV

### La violazione dell'obbligo di provvedere e il giudizio sul silenzio.

#### 1. L'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e il rito speciale avverso il silenzio.

La questione relativa alla tutelabilità in sede giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive dei privati nel caso di mancata o intempestiva adozione del provvedimento amministrativo è stata da sempre avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza come questione di estrema centralità al fine di valutare sia l'effettività del sistema di giustizia amministrativa – per non correre il rischio di “... *ripiombare inattesa e irrimediabilmente nel dominio assoluto dell'arbitrio di chi governa*”<sup>421</sup> – sia, conseguentemente, la reale soddisfazione dell'interesse privato sul piano sostanziale<sup>422</sup>.

I problemi, in particolare, sono da sempre dipesi dalla conformazione del giudizio amministrativo quale giudizio di tipo impugnatorio e caducatorio<sup>423</sup>: “... *la*

---

<sup>421</sup> Così U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 257, secondo il quale “... Provvedere ad evitare questo eventuale inconveniente significa non tanto allargare la portata dei costituiti istituti di giustizia amministrativa, quanto dare loro l'efficacia che devono avere per naturale carattere, assicurarne la serietà, renderne la disciplina veramente consona al loro scopo”.

<sup>422</sup> Si veda F.G. COCA, *La tutela processuale del silenzio dell'Amministrazione*, in *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, G. MORBIDELLI (a cura di), Torino, 2000, 85. L'Autore rileva che “L'origine, remota e drammatica, del problema non va, peraltro, dimenticata, soprattutto perché ha a lungo condizionato la ricostruzione dogmatica dell'istituto: in un sistema contenzioso di tipo prevalentemente impugnatorio e cassatorio, ove oggetto del giudizio era necessariamente un provvedimento amministrativo (già adottato e già efficace), l'inerzia nello svolgimento della funzione amministrativa era diventata, infatti, il simbolo mostruoso dell'arbitrio amministrativo, in quanto, oltre ad impedire la soddisfazione dell'interesse privato sul piano sostanziale, rendeva anche impraticabile la via giurisdizionale”. Si veda anche S. CRISCI, *La legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e l'inerzia della pubblica amministrazione*, in *Cons. St.*, 1993, II, 1117 s., il quale ritiene che il silenzio e l'inerzia in molti casi “... frustrano l'esercizio di fondamentali diritti civili, quali, ad esempio, quello alla libera esplicazione dell'attività economica, culturale, sociale, o, più in generale, quello alla fruizione dei servizi pubblici essenziali (poste, telegrafi, sanità, istruzione, ecc.)”.

<sup>423</sup> Sulla circostanza che il legislatore del 1889 avesse inteso conferire al processo amministrativo natura di giudizio di impugnazione “non possono sorgere dubbi”, come affermato da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, E. CARDI - A. NIGRO (a cura di), Bologna, VI ed., 2002, 237 s., il quale

*giurisdizione amministrativa nasce invero come giurisdizione di annullamento a tutela delle libertà del singolo, in un'epoca nella quale l'intervento dello Stato aveva carattere eccezionale e tipicamente autoritativo. L'aumentata importanza del momento dell'erogazione di utilità da parte dello Stato e dell'esigenza di tutela dell'uguaglianza degli operatori porta ad uno sforzo di adeguamento della giurisdizione amministrativa alle nuove esigenze, ma tale sforzo si incanala sempre nella costrizione delle nuove situazioni da tutelare nel meccanismo tradizionale della giurisdizione di annullamento*<sup>424</sup>.

Come visto<sup>425</sup>, infatti, in un sistema in cui la tutela era stata *ab origine* orientata sulla necessaria impugnazione di un atto (giudizio sull'atto<sup>426</sup> e non sul rapporto<sup>427</sup>), “... l'azione di annullamento costituì il veicolo necessario per rendere più effettiva la

---

ritiene, appunto, che caratteristica fondamentale e determinante del processo amministrativo è che in esso “campeggia” l'atto amministrativo: “... oggetto del processo amministrativo è normalmente un atto-provvedimento, avente natura sia soggettivamente sia materialmente amministrativa (...). L'atto amministrativo campeggia in questo processo in quanto esso è (...) un processo di impugnazione dell'atto amministrativo, un processo di demolizione giuridica (di demolizione, cioè, dell'atto amministrativo invalido), cioè, in definitiva, un processo all'atto”. Per una ricostruzione delle originarie modalità di reazione del soggetto privato nei confronti dell'Amministrazione si veda F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 23-109.

<sup>424</sup> Così P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, I, 4-5.

<sup>425</sup> Si veda *supra* Cap. I.

<sup>426</sup> Già Silvio Spaventa, nel discorso preparato per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato (istituita con la legge n. 5992/1889) della quale egli era nominato Presidente (inaugurazione che avvenne in forma non solenne, tanto è vero che il discorso non fu pronunciato e rimase incompleto), affermava che “In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente, se il diritto obbiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediatamente anche all'interesse dell'individuo, ma non ne è l'immediata conseguenza. Il diritto obbiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o, se può nascere, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo”. Cfr. S. SPAVENTA, *Del Consiglio di Stato*, in S. SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Raccolto da Benedetto Croce, Bari, 1909, 427-458, ora in *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, 125-152, part. 150.

<sup>427</sup> Sulla successiva lettura del giudizio amministrativo come giudizio avente ad oggetto non più o non tanto l'atto quanto piuttosto il rapporto amministrativo intercorrente tra il potere dell'autorità di porre in essere un determinato provvedimento e l'interesse dell'amministrato si veda A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 283. Sul tema G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.

*tutela del cittadino*”<sup>428</sup> e, di conseguenza, il meccanismo escogitato dalla giurisprudenza<sup>429</sup>, al fine di assicurare l’accesso alla giustizia amministrativa, fu quello di ipotizzare la sussistenza di un atto tacito, fittizio o implicito, di rifiuto a fronte dell’inerzia amministrativa<sup>430</sup>. In altre parole “... *l’inerzia deve necessariamente tradursi in un atto, o in una finzione di atto, non già nell’interesse pubblico, che può richiedere proprio ed esattamente che l’assetto giuridico degli interessi in giuoco rimanga inalterato, ma ai fini di consentire l’accesso al giudice di chi chiede la tutela del proprio interesse soddisfatto: l’emissione di una pronuncia è infatti il solo evento idoneo a rendere possibile quel giudizio di legittimità, che costituisce il fulcro (...) del sistema di tutela in questione*”<sup>431</sup>.

Tuttavia, la conseguenza di tale impostazione veniva pagata dal privato cittadino in termini di effettività della tutela in quanto a seguito dell’annullamento

---

<sup>428</sup> Così M. CLARICH, *Commento all’art. 29 del Codice del processo amministrativo «Azione di annullamento»*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). L’Autore chiarisce che “La natura impugnatoria del processo amministrativo condizionò anche la soluzione di uno dei problemi che la legge del 1889 non si era posta e cioè la questione del silenzio della pubblica amministrazione. La legge del 1889 non aveva disciplinato infatti le modalità di tutela in relazione ai comportamenti omissivi dell’amministrazione lesivi dei cosiddetti interessi legittimi pretensivi e la mancanza di un atto da impugnare sembrava precludere la possibilità di adire la IV Sezione. Fu il senso di giustizia che animò quest’ultima fin dai primi anni di attività a condurre a una soluzione barocca, ma efficace, destinata a valere fino a tempi recenti. L’inerzia della pubblica amministrazione, formalizzata attraverso un atto di diffida, può essere equiparata a un provvedimento di diniego tacito, come tale impugnabile e annullabile da parte del giudice amministrativo al pari dei provvedimenti espressi di diniego”. Sul punto si veda anche G.B. GARRONE, *Silenzio della Pubblica Amministrazione (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl., ad vocem*, XIV, Torino, 1999, 193.

<sup>429</sup> Sul punto G. CORREALE, *Silenzio-rifiuto e termine per l’impugnativa*, in *Foro amm.*, 1982, I, 2, 1667, il quale osserva che “... avendo dovuto pretoriamente svolgere opera di supplenza normativa, la giurisprudenza non poté che limitarsi ad inventare uno strumento idoneo a dare «sfogo» al bisogno di giustizia del soggetto passivo di pubblica amministrazione, di fronte all’inerzia di questa. Non poté stabilirne i profili giuridici con nettezza di contorni, né individuarne i contenuti”.

<sup>430</sup> Si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 239, il quale chiarisce che, seppur la giurisprudenza amministrativa si sia, nel suo filone centrale ed essenziale, mantenuta fedele al tipo del processo all’atto prescelto dal legislatore, “Per altri versi, la giurisprudenza ha cercato di conciliare la fedeltà al tipo con il tentativo di farlo servire alle esigenze di una giustizia più sostanziale. Si pensi all’assorbimento nello schema del processo di impugnazione di forme di contrasto fra amministrazione e cittadino in cui l’atto vero e proprio non c’è e per le quali – mancando nel nostro ordinamento apposite azioni giurisdizionali, come l’azione di adempimento, la *Verpflichtungsklage* del sistema tedesco – senza questo espediente giurisdizionale il cittadino sarebbe rimasto privo di tutela: caso dell’omissione o rifiuto tacito di atto amministrativo”.

<sup>431</sup> Così P. STELLA RICHTER, *L’aspettativa di provvedimento*, cit., 7.

dell'atto di diniego fittizio veniva rimessa la decisione sull'accoglimento della domanda, ancora un volta, nelle mani dell'Amministrazione; pertanto, il ricorrente, dopo il giudizio, si ritrovava di nuovo, in relazione alle proprie pretese, in una situazione di attesa dell'esercizio del potere da parte della pubblica Amministrazione<sup>432</sup>.

In sostanza, l'equiparazione, sul piano dell'efficacia, dell'atto tacito o implicito al rifiuto è destinata irrimediabilmente a renderne possibile l'annullamento: l'atto “... è creato solo per poter essere distrutto. Gli si collegano gli effetti del rifiuto, solo per render possibile l'eliminazione di codesti effetti”<sup>433</sup>.

E' stato, infatti, autorevolmente sostenuto che “*Il senso della costruzione si dissolve fatalmente in un circolo vizioso. Partendo da un comportamento omissivo (che in se stesso, si ha cura di avvertire, è un puro nulla od un non atto), se ne fa un atto avente valore positivo nel senso della dinamica giuridica, ma votato quasi per destinazione legale alla eliminazione: si parte cioè dal nulla per ritornare al nulla*”<sup>434</sup>.

Ma se l'impugnazione dell'atto negativo è rivolta (necessariamente, per l'intrinseca struttura del giudizio amministrativo) a rendere nuovamente attuale la necessità giuridica di agire per l'autorità amministrativa in ordine all'oggetto cui si riferisce l'attesa del privato, tale effetto di reviviscenza del dovere di pronunciarsi non può considerarsi sufficiente alla realizzazione della tutela che il giudice dovrebbe garantire<sup>435</sup>.

Nello specifico, infatti, “*Questo effetto di reviviscenza costituisce peraltro una premessa necessaria, non anche sufficiente alla realizzazione della tutela, poiché*

---

<sup>432</sup> Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale del sistema si veda D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 63 s.

<sup>433</sup> Così F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 165 s.

<sup>434</sup> *Ibidem*, 166.

<sup>435</sup> P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, cit., 7.

*lascia l'amministrato nella stessa posizione in cui egli versava, come portatore di un interesse materiale insoddisfatto, prima del provvedimento annullato dal giudice: se la situazione di dovere restasse del tutto inalterata, la serie dei rifiuti e degli annullamenti potrebbe protrarsi all'infinito, e la garanzia della legittimità si ridurrebbe in certi casi ad una mera lustra*<sup>436</sup>.

La situazione discendeva anche – o, meglio, in gran parte – dalla mancanza di una normativa positiva specifica che disciplinasse, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, l'istituto del silenzio dell'Amministrazione.

Si è visto<sup>437</sup> come sia stata proprio l'elaborazione giurisprudenziale, grazie anche all'aiuto della dottrina, a delineare i contenuti e la portata dell'obbligo di provvedere e della relativa giustiziabilità nei casi di inerzia amministrativa<sup>438</sup>.

Si è visto anche come tappe fondamentali di tale evoluzione siano rappresentate dalle pronunce dell'Adunanza plenaria del 10 marzo 1978 n. 10 e della VI Sezione del Consiglio di Stato, 26 febbraio 1982 n. 92<sup>439</sup>. Tali decisioni, invero, hanno portato alla definitiva separazione dell'istituto del silenzio-rigetto rispetto a quello del silenzio-rifiuto, abbandonando la ricostruzione attizia del silenzio e lo schema dell'azione di annullamento e del giudizio impugnatorio verso il riconoscimento di una tutela dichiarativa volta all'accertamento dell'esistenza in capo all'Amministrazione dell'obbligo di provvedere non in astratto, ma in concreto ovvero in relazione alla specifica domanda, e, nel caso di scelte o di attività

---

<sup>436</sup> Così F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., 267.

<sup>437</sup> Si veda *supra* Cap. I.

<sup>438</sup> F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio dell'Amministrazione*, cit., 87, il quale afferma che “Se il legislatore è stato parco nella costruzione positiva dell'istituto, maggiore interesse è stato mostrato, invece, dalla giurisprudenza: le numerose decisioni dei giudici amministrativi rese, nel corso di un secolo, sui ricorsi instaurati a seguito dell'inerzia dell'amministrazione, hanno tessuto, infatti, l'ordito fondamentale dell'istituto”.

<sup>439</sup> Su tali aspetti si rinvia al par. 4 del Cap. II.

vincolate, potendosi spingere il sindacato del giudice fino a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente.

Come è stato, infatti, autorevolmente affermato, “*Secondo il nuovo orientamento, pertanto, l’accertamento giudiziale è inteso, sotto il profilo procedurale o formale, a verificare il rispetto della procedura per la formazione del silenzio impugnabile; e, sotto il profilo sostanziale, a ricercare quelle norme, poste a tutela degli interessi che si assumono danneggiati dal comportamento inerte dell’Amministrazione in cui sono individuabili tutti i presupposti necessari per il doveroso (non sono nell’an, ma anche nel quid e nel quando, ove ciò risulti dalla disciplina del procedimento) esercizio della funzione amministrativa nel caso specifico*”<sup>440</sup>.

L’allargamento dell’oggetto del processo amministrativo nella fase di cognizione e in quella di decisione è stato consentito dall’inserimento nella sentenza di un contenuto ordinatorio<sup>441</sup>.

In questo sistema, tuttavia, l’effettività della tutela del ricorrente era spesso pregiudicata dalla lunghezza dei tempi necessari per vedere soddisfatte le proprie pretese: non potendo il giudice emanare il provvedimento in sostituzione dell’Amministrazione bisognava attendere, necessariamente, oltre ai due gradi di

---

<sup>440</sup> Così F.G. COCA - M. D’ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, III, 420-421.

<sup>441</sup> *Ibidem*, 417-418. In particolare “La svolta decisiva verso una concezione più adeguata e più moderna del processo amministrativo fu segnata, di fronte alla scarsa incisività di decisioni giudiziali prive di indicazioni sulle modalità di esercizio dell’azione amministrativa diretta alla esecuzione del giudicato, dall’inserimento, nella sentenza, accanto alla misura demolitoria, di un contenuto ordinatorio, vincolante il successivo comportamento dell’Amministrazione: una o più proposizioni che si risolvono in un indirizzo concreto, che si impone all’Amministrazione quale *norma agendi* da seguire nel “riesercizio” della funzione amministrativa, e che non si esaurisce nel semplice divieto di ripetere le illegittimità consumate nel corso del precedente esercizio (valutato negativamente dal giudice)”.

giudizio anche i tempi del giudizio di ottemperanza e con quest'ultimo l'intervento di un commissario "ad acta"<sup>442</sup>.

L'emanazione della legge n. 241/1990 è stata valutata come un'occasione perduta per introdurre una disciplina compiuta del silenzio in ordine alla sua formazione e all'individuazione dei rimedi esperibili a fronte dell'inerzia amministrativa, specie in relazione al disinteresse mostrato dal legislatore per i risvolti pratici del problema<sup>443</sup>.

Infatti, le disposizioni della legge n. 241/1990 dedicate al problema dell'inerzia dell'Amministrazione a fronte delle istanze dei privati "*.. non possono ritenersi, invero, né esaustive né risolutive, atteso il permanente disinteresse legislativo per alcuni profili pratici del fenomeno, che sono di fondamentale importanza perché al privato sia assicurata una tutela piena (sotto il profilo sostanziale) e celere (sotto il profilo processuale)*"<sup>444</sup>.

Veniva comunque sottolineato che un aspetto innovativo discendente dall'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo riguardava i meccanismi di formazione del silenzio ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale in quanto, stante la necessità per ciascuna amministrazione di determinazione dei termini per ogni procedimento di propria competenza (salvo la presenza di una specifica legge), non sarebbe stata più necessaria la previa notificazione di un diffida ma sarebbe risultato sufficiente l'esaurirsi del termine fissato per la conclusione del procedimento<sup>445</sup>.

---

<sup>442</sup> Si veda V. PARISIO, *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 76 s., la quale afferma che "... il giudizio sull'inerzia della p.a. si risolve in una vera e propria via crucis".

<sup>443</sup> In particolare, F.G. COCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 394-395. Nello stesso senso anche R. MARONE, *L'impugnativa del silenzio-rifiuto. Ipotesi per colmare una lacuna legislativa*, in *Foro amm.*, 1993, I, 313.

<sup>444</sup> Così F.G. COCA, *La tutela processuale del silenzio dell'Amministrazione*, cit., 86.

<sup>445</sup> Si vedano F.G. COCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 410 s., i quali auspicavano anche l'abbandono dell'applicazione del termine di decadenza ai ricorsi avverso il silenzio in quanto in contraddizione con il riconosciuto carattere dichiarativo della relativa azione (pag. 412 s). Sulla inopportunità della previsione di un termine di decadenza nel caso di ricorsi

L'introduzione di un rito speciale per i "ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione" è avvenuta ad opera dell'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205<sup>446</sup> che ha inserito l'art. 21-*bis*<sup>447</sup> nella legge 6 dicembre 1971, n. 1034<sup>448</sup>. In particolare, tale disposizione, successivamente abrogata con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo<sup>449</sup>, era articolata in tre commi nei quali veniva disciplinato un rito più veloce e più snello rispetto a quello ordinario, come quanto auspicato ormai da tempo dalla dottrina<sup>450</sup>, manifestandosi in esso "... *un tangibile*

---

avverso il silenzio si veda anche G. ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, I, 43, secondo il quale le disposizioni di legge relative al termine di decadenza per ricorrere "... presuppongono per la decorrenza del termine la piena conoscenza del provvedimento impugnato. Per i casi di silenzio-rifiuto questa possibilità di piena conoscenza non esiste proprio perché il provvedimento manca (...). D'altronde, se nel giudizio sul silenzio-rifiuto si opera sulla base delle norme che garantiscono il potere di iniziativa di chi chiede il provvedimento e che regolano l'esercizio della conseguente funzione amministrativa ed i relativi contenuti, non si vede come si possa parlare di una decadenza dal ricorso, quando, poi, quello che si deve regolare nel giudizio sul silenzio-rifiuto è l'esercizio della *futura* azione da parte dell'amministrazione. Né si intende come si possa negare una situazione di *pendenza* per *omissione* di provvedimento finché essa obiettivamente sussiste, senza incidere negativamente su quello che è il *buon andamento* dell'amministrazione, trasformando, per effetto della perentorietà del termine, una situazione di *pendenza* in *paralisi*".

<sup>446</sup> Legge recante "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa" Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 173 del 26 luglio 2000.

<sup>447</sup> Tra i primi commenti alla norma, oltre a quanto sarà analizzato nel presente paragrafo, si veda D. IARIA, *Il ricorso e la tutela contro il silenzio*, in *La riforma del processo amministrativo*, M. CLARICH (a cura di), in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 11, 1074-1080; G. GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, I, 1-15; F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, II, 239 s.

<sup>448</sup> Legge recante "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 314 del 13 dicembre 1971.

<sup>449</sup> In particolare, l'art. 21-*bis* è stato abrogato dal n. 10) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento.

<sup>450</sup> Ci si riferisce, in primo luogo, agli studi di U. BORSI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, cit., 277 s., il quale, come visto al par. 5 del Cap. I, già nel 1903 auspicava un intervento del legislatore che regolasse la materia e ipotizzava, quale soluzione "più pratica e più facilmente accessibile per il nostro paese", la creazione di un contenzioso *ad hoc*; e cioè di un "contenzioso speciale relativo al silenzio dell'amministrazione", tramite cui ammettere "il ricorso contro il *mero silenzio* dell'amministrazione, considerato che questo può rappresentare una lesione di interessi individuali anche quando non costituisca in forza di presunzione assoluta il succedaneo di un provvedimento di rigetto, di un atto negativo (...)". Tale ricorso, "contro l'assoluto silenzio della amministrazione, in quanto è silenzio e non in quanto si presuma significare rigetto della istanza, rifiuto di dare provvedimenti su di un dato affare", comporterebbe che "l'organo chiamato a conoscerne, ove trovasse l'istanza ben diretta, conveniente nella forma, non repugnante *prima facie* ai principi di diritto, di morale e di equità potrebbe limitarsi ad ingiungere all'autorità cui fu rimessa di rispondervi entro un termine da prefiggersi secondo la presumibile gravità dell'affare". Si realizzerebbe quindi "una specie di sommario giudizio di delibazione della semplice regolarità della



*intendimento acceleratorio dei processi intentati «silenzii gratia» (più che «contra silentium»)*<sup>451</sup>.

In particolare, lo schema processuale delineato dalla norma prevedeva che i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione fossero 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 avessero fatto richiesta. Nel caso in cui il collegio avesse disposto un'istruttoria, il ricorso era deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori. La decisione era appellabile entro trenta giorni dalla notificazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Il giudizio di appello seguiva le stesse regole volte ad accelerare la procedura (comma 1).

Era poi previsto che nel caso di totale o parziale accoglimento del ricorso il giudice amministrativo ordinasse all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione fosse restata inadempiente oltre questo termine, il giudice, su richiesta di parte, avrebbe nominato un commissario *“che provveda in luogo della stessa”* (comma 2).

Il commissario incaricato dell'esecuzione della sentenza e dell'adozione del provvedimento in via sostitutiva avrebbe dovuto accertare, all'atto dell'insediamento

---

istanza come substrato di un ordine a cui la competente autorità amministrativa sarebbe tenuta ad obbedire”. Successivamente anche F.G. COCCA – M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 428 s., i quali auspicavano che, qualora il silenzio continuasse ad essere considerato l'oggetto del giudizio piuttosto che semplice presupposto processuale e qualora l'ambito di cognizione del giudice fosse stato limitato alla declaratoria del dovere di provvedere piuttosto che incidere anche sui contenuti e sulle modalità di esercizio di tale dovere, “... il giudizio sul silenzio, per poter essere considerato rispondente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, dovrebbe essere costruito come un mezzo celere di tutela interinale, con i tempi di una misura cautelare”, non ravvisando alcun ostacolo all'estensione dello strumento di reazione avverso l'inattività dell'Amministrazione di cui all'art. 25 della legge n. 241/1990, previsto nel caso di diniego di accesso ai documenti, anche nel caso di “un qualsiasi comportamento inerte dell'Amministrazione”.

<sup>451</sup> Così B. SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in *Il processo davanti al Giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), Torino, 2004, 403.

e preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, se anteriormente alla data dell'insediamento stesso l'amministrazione avesse comunque provveduto, sia pure in data successiva al termine assegnato dal giudice (comma 3).

L'introduzione dell'art. 21-*bis* è stata salutata con favore da parte degli studiosi che in essa hanno visto “... una occasione irripetibile per tentare di stemperare, e se possibile sedare, l'acceso dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, che, da oltre un secolo, in assenza di una normativa specificamente dedicata all'istituto del silenzio, si è confrontato con il problema della individuazione delle modalità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati nell'ipotesi di mancata o intempestiva adozione del provvedimento amministrativo”<sup>452</sup>.

Infatti, il rito speciale delineato dal legislatore, se da un lato sembrava trovare il proprio modello ispiratore nel rito camerale accelerato di cui all'(allora) art. 25 della legge sul procedimento amministrativo<sup>453</sup>, dall'altro ha rappresentato una novità di assoluto rilievo in quanto, nel colmare una lacuna dell'ordinamento avvertita dalla giurisprudenza e dalla dottrina fin dalle origini del processo amministrativo, “... per la prima volta il legislatore ha disciplinato un'azione generale di carattere preventivo rispetto all'esercizio del potere amministrativo”<sup>454</sup>.

Il meccanismo previsto dall'art. 21-*bis* si articolava in due fasi distinte ma coordinate, l'una necessaria e l'altra eventuale, nell'ambito di un giudizio comunque unitario<sup>455</sup>. In particolare, come è stato rilevato, “... una prima fase strettamente apud

---

<sup>452</sup> M. D'ORSOGNA, *La tutela “avverso” il silenzio della P.A.*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica. Atti della Tavola rotonda, Teramo, 3 maggio 2002*, A. ZITO e D. DE CAROLIS (a cura di), Milano, 2003, 169-170.

<sup>453</sup> In questo senso B. SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, cit., 405; M. D'ORSOGNA, *La tutela “avverso” il silenzio della P.A.*, cit., 173.

<sup>454</sup> Così B. TONOLETTI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, TRAVI A. (a cura di), in *Le nuove leggi civili commentate*, 3-4, 2001, 575.

<sup>455</sup> Si veda M. D'ORSOGNA, *La tutela “avverso” il silenzio della P.A.*, cit., 172.

*judicem ed una successiva fase extra judicium ma pur sempre giurisdizionale, nel senso di attività amministrativa sotto controllo giudiziario, controllo tanto diretto da consentire la sostituzione dell'amministrazione inadempiente con un organo giudiziario ausiliario, in tempi brevi e con modalità semplificate*<sup>456</sup>.

La prima fase si conclude, quindi, con l'adozione di una sentenza "succintamente motivata", eventualmente a seguito dell'istruttoria, mentre con la seconda fase, tramite l'insediamento di un commissario che adotti il provvedimento in sostituzione dell'Amministrazione inadempiente, viene dato avvio al giudizio di ottemperanza "anomala" o "speciale"<sup>457</sup>.

Il codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104/2010<sup>458</sup>, ha sostanzialmente confermato la conformazione data al rito sul silenzio dalla legge n. 205/2000 apportando a tale disciplina modifiche non sostanziali con i nuovi articoli 31<sup>459</sup> e 117<sup>460</sup> del codice, forse anche in ragione dei limiti previsti dalla legge delega

---

<sup>456</sup> Così B. SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, cit., 406, il quale osserva che «Funge da *medium* tra le due fasi l'ordine impartito all'amministrazione sotto comminatoria di sostituzione: nessuno spazio più per annullamenti virtuali ma accertamento della c.d. «volontà della legge» associato ad un comando che – idoneo a generare soggezione diretta dell'amministrazione – svolge funzione di condanna specifica ad un *facere*».

<sup>457</sup> M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, cit., 172.

<sup>458</sup> In particolare, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante "Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 luglio 2010, n. 156, suppl. ord. n. 148.

<sup>459</sup> L'articolo 31, rubricato "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità", è previsto tra le azioni di cognizione di cui al Capo II del Titolo III del Libro I ("Disposizioni generali") e prevede che: "Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere" (comma 1); "L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti" (comma 2); "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" (comma 3).

<sup>460</sup> L'art. 117, contenuto nel Libro IV ("Ottemperanza e riti speciali") al Titolo III ("Tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione") e rubricato "Ricorsi avverso il silenzio", prevede che "Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2" (comma 1); "Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di

(art. 44 della legge n. 69/2009) e dell'interpretazione restrittiva che la Corte costituzionale, ormai da tempo, adotta – circa le deleghe che abbiano ad oggetto la revisione, il riordino e il riassetto di norme preesistenti – sulla possibile introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative tramite lo strumento del decreto delegato<sup>461</sup>.

## 2. Il giudizio sulla fondatezza dell'istanza.

L'estensione dei poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo nel caso di giudizio avverso il silenzio ha costituito uno dei profili più complessi e controversi nella dottrina e nella giurisprudenza, sia prima che dopo la codificazione delle relative norme procedurali.

---

norma, a trenta giorni” (comma 2); “Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata” (comma 3); “Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario” (comma 4); “Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito” (comma 5); “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” (comma 6); “Le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 6, si applicano anche ai giudizi di impugnazione” (comma 6-bis).

<sup>461</sup> Si fa riferimento ai principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega e, in particolare, alla previsione di cui all'art. 44, comma 2, lett. c), che incaricava il legislatore delegato di procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali, nonché a quella contenuta alla lett. a) del medesimo comma 2 secondo la quale con l'operazione di riassetto si sarebbe dovuta assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo. La Corte costituzionale, infatti, sul piano dei rapporti tra legge di delegazione e decreti legislativi nei casi in cui il Parlamento conferisca mandato al Governo per operare il riordino o il riassetto di settori normativi, ha sempre inquadrato in limiti rigorosi l'esercizio, da parte del legislatore delegato, di poteri innovativi della normazione vigente “non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita”. A proposito delle deleghe che abbiano ad oggetto la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, “l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (...) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato”, in quanto quest'ultimo non può innovare “al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega” (*ex plurimis*, cfr. le sentenze della Corte cost. nn. 340 del 12 ottobre 2007; 230 del 24 giugno 2010; 293 dell'8 ottobre 2010; 80 del 5 aprile 2012; 162 del 27 giugno 2012).

Infatti, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971 e, una volta stabilito che il giudizio relativo al silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte dell'istanza del privato apriva la via all'esercizio di un'azione dichiarativa e quindi ad un giudizio di accertamento della violazione (Ad. Plen. n. 10/1978), si poneva un nuovo problema ossia quello di verificare se l'accertamento riguardasse l'obbligo di provvedere in termini astratti o in termini concreti<sup>462</sup>.

Veniva specificato che al riguardo erano rinvenibili tre differenti orientamenti: secondo un primo orientamento, più restrittivo e rigido, il giudice amministrativo si sarebbe dovuto limitare a dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza in astratto; un secondo orientamento intermedio riteneva che la cognizione del giudice si sarebbe potuta estendere anche all'esame della fondatezza della domanda del privato rimasta inevasa, ma limitatamente alle ipotesi di attività amministrativa vincolata; infine, secondo una tesi più aperta, veniva abbandonata la rigida distinzione tra attività vincolata e discrezionale e si riteneva che l'accertamento del giudice dovesse essere finalizzato a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale e quindi era richiesta al giudice stesso una pronuncia di contenuto determinato volta ad accertare il dovere di provvedere in relazione al provvedimento concretamente richiesto<sup>463</sup>. Secondo tale ultimo orientamento, quindi, la cognizione

---

<sup>462</sup> F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio dell'Amministrazione*, cit., 96. Già E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, I, 310, si chiedeva "... se il giudice amministrativo debba decidere i ricorsi avverso il silenzio-rifiuto, soltanto controllando il calendario, per dichiarare che, scaduti i termini, bisognava e bisognerà provvedere oppure se debba valutare, nei limiti consentiti, la fondatezza della domanda".

<sup>463</sup> F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio dell'Amministrazione*, cit., 97. Secondo l'Autore "La asserita distinzione del contenuto possibile delle pronunce giurisdizionali per tipi di procedimenti, se vincolati o discrezionali, non appare, invero, né soddisfacente né giustificabile. Una volta ammesso, infatti, che il giudizio sul (presupposto del) silenzio comporta un'attività di accertamento, non si comprende perché le limitazioni a tale attività debbano essere costruite in astratto (per categorie di procedimenti) e non, invece, in relazione alle situazioni concretamente poste all'attenzione del giudice: non si ravvedono ostacoli, infatti, ad un autonomo accertamento da parte del giudice amministrativo sugli aspetti indisponibili da parte dell'amministrazione anche nei procedimenti discrezionali, ovvero su quegli aspetti che, pur essendo caratterizzati da note di discrezionalità, sono

del giudice si sarebbe estesa anche a quei profili dell'azione amministrativa con caratteri di discrezionalità ma già valutati dall'Amministrazione stessa<sup>464</sup>.

In realtà, con la codificazione del rito speciale avverso il silenzio il legislatore del 2000 aveva inteso semplicemente "... *ratificare ex lege la portata di una giurisprudenza antica*"<sup>465</sup>, quella appunto che trovava il proprio capostipite nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 10/1978.

Al contrario, il Consiglio di Stato interpretò la nuova disposizione in maniera assai limitativa, attestandosi "... *su una lettura estremamente riduttiva della nuova disciplina processuale; una lettura che presuppone una analoga configurazione riduttiva della tematica del silenzio sul piano sostanziale e delle situazioni giuridiche soggettive*"<sup>466</sup>.

In effetti, l'Adunanza Plenaria n. 1 del 9 gennaio 2002<sup>467</sup> rappresentò un vero e proprio passo indietro rispetto ai risultati raggiunti già a partire dalla storica decisione n. 10/1978 in quanto il giudizio sul silenzio veniva interpretato come giudizio di mero accertamento dell'obbligo di provvedere. In particolare, era stabilito che, nel caso di ricorso avverso il silenzio, la cognizione del giudice amministrativo si dovesse limitare all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e non si dovesse estendere anche all'esame della fondatezza

---

già stati valutati dall'amministrazione e non vengono contestati dal privato che si rivolge al giudice" (p. 98).

<sup>464</sup> Si veda M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, cit., 175.

<sup>465</sup> Così A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 242.

<sup>466</sup> Così M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, cit., 171, la quale parla al riguardo di "... una tutela tutto sommato «ineffettiva»".

<sup>467</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 2002, III, 227 s., con nota di A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*; in *Foro amm.- CDS*, 2002, 46 s., con nota di F. SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*; in *Dir. proc. amm.*, 2002, IV, 936 s., con nota di F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 801, con nota di S. DEL GATTO, *Giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: verifica della pretesa o controllo del calendario?*; L. LEONARDI, *Il difficile rapporto tra esegesi letterale e buon senso: l'adunanza plenaria e i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della pubblica amministrazione*, ivi, 815 s.

della pretesa sostanziale del privato; compito del giudice amministrativo sarebbe stato pertanto esclusivamente quello di accertare se il silenzio dell'Amministrazione fosse stato o non fosse stato illegittimo e, in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare all'amministrazione di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario "ad acta".

Pertanto, se originariamente il giudizio contro il silenzio non codificato era un rimedio (anche) volto a verificare la doverosità sia rispetto al procedimento che rispetto alle situazioni giuridiche soggettive, con la codificazione del rito speciale questo collegamento del rimedio contro il silenzio con le situazioni giuridiche soggettive di pretesa ad un provvedimento (non ad un provvedimento qualsiasi, ma ad un provvedimento favorevole) veniva negato dal Consiglio di Stato<sup>468</sup>. Il giudizio sul silenzio veniva, in altre parole, confinato ad un giudizio di mero accertamento dell'obbligo di provvedere in astratto<sup>469</sup>.

Tale riduttiva impostazione della questione fu ben presto smentita dal legislatore stesso il quale con il d.l. n. 35/2005 (convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2005) aveva introdotto all'art. 2 della legge n. 241/1990 il comma 5, che, a seguito delle modifiche apportate alla legge stessa dalla legge n. 69/2009, era diventato il comma 8 ma i cui contenuti sono sostanzialmente rimasti invariati rispetto a quanto era stato previsto dal legislatore del 2005. Con tale modifica veniva previsto che, salvo i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 1034/1971, potesse essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, "*fintanto che perdura l'inadempimento e*

---

<sup>468</sup> Si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 243.

<sup>469</sup> Sulle molteplici implicazioni che discendevano da una simile impostazione ampiamente M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, cit., 172 s.

*comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini*” di conclusione del procedimento; con l’espressa previsione che *“Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell’istanza”*. Era anche fatta salva la riproponibilità dell’istanza di avvio del procedimento ove ne ricorressero i presupposti<sup>470</sup>.

Il ricorso avverso il silenzio è stato così “ricondotto” al disegno originario, di cui all’Adunanza Plenaria n. 10/1974, in cui è interpretato come un ricorso tendente non soltanto all’accertamento dell’illegittimità del silenzio, ma anche all’accertamento, ove possibile, della spettanza della pretesa fatta valere dal privato.

Ciò aveva portato autorevole dottrina a constatare che la disciplina processuale in materia di silenzio di cui all’art. 21-*bis*, oltre ad aver introdotto per la prima volta una normativa espressa in materia di interessi legittimi pretensivi, aveva definitivamente affrancato l’azione proposta contro l’inerzia dell’Amministrazione dagli schemi dell’annullamento tipizzando, invece, un’azione di condanna e che, infatti, *“la sentenza che accoglie il ricorso in materia di silenzio ha un contenuto sia di accertamento della violazione dell’obbligo formale di provvedere e di accertamento della fondatezza della pretesa, quanto meno in relazione ai profili vincolati del potere, sia di condanna dell’amministrazione a provvedere”*<sup>471</sup>.

Dunque, nel caso di attività vincolata, il giudice amministrativo può conoscere e decidere sulla spettanza della pretesa azionata, in una forma di azione che assomiglia molto all’azione di adempimento presente nell’ordinamento tedesco<sup>472</sup>.

---

<sup>470</sup> Con l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo il comma 8 della legge n. 241/1990 è stato modificato e contiene, ad oggi, un mero rinvio circa “la tutela in materia di silenzio dell’amministrazione” a quanto previsto dal codice stesso.

<sup>471</sup> In particolare, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, III, 572 s.

<sup>472</sup> Si veda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al Giudice amministrativo*, II, Padova, 2001. In particolare, l’Autore rileva che “A fronte dell’inerzia della pubblica Amministrazione, quindi, la tutela dell’amministrato non si limita ad una mera azione di accertamento dell’illegittima condotta omissiva, ma si esplicita in un’azione di condanna dell’Amministrazione ad adempiere la pretesa sostanziale dell’amministrato ove ritenuta fondata da parte del giudice” (p. 155) e che tuttavia “... un’azione di adempimento, cui dovesse conseguire una pronuncia giurisdizionale



Il codice del processo amministrativo ha sostanzialmente confermato questa impostazione prevedendo all'art. 31, comma 3, 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”*<sup>473</sup>.

Quindi il giudice, sussistendone i presupposti, può non fermarsi alla mera dichiarazione dell'obbligo di provvedere (con eventuale successiva attivazione del giudizio di ottemperanza esteso al merito ed eventuale nomina del commissario “ad acta”), ma può spingersi a decidere sul bene della vita posto a fondamento della richiesta dell'interessato.

Pertanto, nel caso di discrezionalità dell'azione amministrativa, se cioè all'Amministrazione siano offerte più soluzioni in ragione di una complessa valutazione degli interessi (pubblico e privato), oppure, se sia necessaria un'attività istruttoria da svolgersi con gli ordinari mezzi dell'amministrazione attiva e con le garanzie partecipative predisposte dall'ordinamento, è esclusa l'estensione del sindacato giurisdizionale alla valutazione della fondatezza della pretesa del soggetto istante<sup>474</sup>. E ciò in ragione del fatto che l'introduzione della giurisdizione di merito è

---

che si limitasse ad enunciare il formale (e non qualificato) obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione, che non fornisse cioè precise direttive sulla futura azione dell'Amministrazione, si rivelerebbe inidonea alla tutela degli interessi pretensivi, allo stesso modo in cui potrebbe esserlo la tradizionale azione di annullamento avverso il silenzio” (p. 345). Si veda anche M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1125, il quale, facendo leva sul contenuto dell'art. 30, comma 1, del codice del processo amministrativo secondo cui l'azione di condanna può essere proposta “contestualmente ad altra azione”, rileva, con riferimento all'azione avverso il silenzio, che “... anche questa azione può soddisfare pienamente l'esigenza di tutela solo se integrata con un'azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto che consenta al giudice di esplicitare nel dispositivo della sentenza che la questione è fondata e che l'atto richiesto è pertanto dovuto”.

<sup>473</sup> Anche se non manca chi si sia espresso in senso negativo circa tale previsione del codice. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 243.

<sup>474</sup> Ad esempio cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22 maggio 2008, n. 2462, in *Foro amm. - CSD*, 2008, 5, 1426; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 29 settembre 2009, n. 9384, in *Foro amm. - TAR*, 2010, 2, 497 s., commentata da C. BENETAZZO, *Il potere del Giudice amministrativo di «conoscere*

consentita solo attraverso una puntuale e tassativa previsione legislativa, invece assente nel caso di specie<sup>475</sup>.

E' necessario rilevare che l'orientamento giurisprudenziale prevalente formatosi in particolare dopo la riforma del 2005 richiamava spesso quello antecedente ovvero quello formatosi in assenza della previsione specifica della possibilità per giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, assumendo in modo prevalente un atteggiamento di *self restraint*, teso ad eliminare il rischio di un'invasione nella sfera discrezionale dell'Amministrazione, attraverso una rigida delimitazione del giudizio sulla fondatezza della pretesa del privato alle sole ipotesi di attività vincolata e di provvedimento privo di istruttoria complessa; mentre nel caso in cui fosse stato necessario compiere valutazioni comparative, di opportunità e di merito, si riteneva che il giudice si dovesse limitare ad una pronuncia meramente dichiarativa dell'obbligo di provvedere<sup>476</sup>.

In ogni caso, sia in passato che a maggior ragione oggi, a seguito della specifica codificazione dei limiti del sindacato giurisdizionale in caso di inerzia amministrativa ad opera del comma 3 dell'art. 31 del codice, è doveroso constatare

---

*della fondatezza dell'istanza» nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto della P.A.*, ivi, 501 s. Sul punto si veda L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2009, II, 357 s.; E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, I, 1 s.; L. TARANTINO, *Il silenzio e la giustizia procedurale pura*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 10, 1196-1200; G. MICARI, *Il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione: quale tutela, alla luce della Costituzione e della legge ordinaria?*, in *Giur. merito*, 2005, 3, 710 s.

<sup>475</sup> S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del Giudice amministrativo*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011, 256, il quale osserva che "Paradossalmente, il soggetto aveva maggiore tutela, nel senso della celerità, nel caso dell'inerzia-silenzio della p.A., avendo a disposizione un giudizio rapido per stimolare la nuova pronuncia dell'amministrazione, piuttosto che nel caso di un provvedimento negativo, contro il quale avrebbe dovuto attivare l'ordinario strumento impugnatorio previsto dall'ordinamento".

<sup>476</sup> *Ibidem*, 256-257.

che – come già autorevolmente sostenuto da tempo da attenta dottrina<sup>477</sup> – la circostanza che spetti, in alcuni casi, al giudice il potere di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, impone che quest'ultimo esamini comunque accuratamente la situazione posta al suo scrutinio non potendosi l'indagine arrestare alla mera verifica della sussistenza dell'obbligo di provvedere.

Il giudice, quindi, dovrà compiere sempre una prima indagine di ammissibilità dell'istanza del privato, al fine di verificare se si verta in una delle ipotesi in cui è ammessa la pronuncia sulla fondatezza e quindi per constatare se si versi nel campo di un'attività vincolata o discrezionale<sup>478</sup> e, in quest'ultimo caso, se e quale margine di discrezionalità risulti “in concreto” ancora non esercitato dall'Amministrazione.

### **3. La tutela contro l'inerzia della Pubblica Amministrazione.**

Con l'intervento riformatore del 2005 si è anche chiarito un ulteriore aspetto procedurale relativo al possibile esperimento della tutela processuale in materia di silenzio amministrativo che da tempo era oggetto di contrastanti orientamenti. In

---

<sup>477</sup> In particolare, F.G. SCOCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 422 s., i quali rilevavano, relativamente al dovere di pronunciarsi sulle domande “in concreto accoglibili”, che, anche nel caso in cui il giudice dichiari l'inaccoglibilità del ricorso avverso l'inerzia per infondatezza della domanda inoltrata dal privato all'Amministrazione, il giudice stesso “... deve avere comunque accertato, anche in questo caso (conformemente a ciò che fa in caso di domande fondate, in relazione alle quali l'esame del giudice è volto a definire, per quanto possibile, il contenuto concreto della determinazione che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare) la situazione di fatto e di diritto cui fa riferimento l'istanza rimasta inevasa” (p. 423).

<sup>478</sup> E' stato inoltre osservato che la distinzione tra attività vincolata e discrezionale si manifesterebbe anche sul piano processuale dell'interesse al ricorso in quanto “... sussiste una differenza radicale tra l'aspirazione ad un provvedimento vincolato e quella ad un provvedimento discrezionale. Tale differenza si rinviene nella circostanza che il fondamento della legittimazione del ricorrente trova nel primo caso (attività vincolata) tutti i presupposti per l'intervento del giudice, che obbliga l'amministrazione a provvedere semplicemente accertando il decorso infruttuoso del termine. Nel caso dell'attività discrezionale, invece, il ricorrente non potrà ottenere una pronuncia sulla fondatezza della propria pretesa, perché essa è condizionata ontologicamente alla sussistenza di atti e provvedimenti soggetti a valutazioni di opportunità e di merito riservate insindacabilmente all'amministrazione”. Così S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del Giudice amministrativo*, cit., 257.

particolare, nonostante il chiaro tenore letterale dell'art. 2 della legge n. 241/1990, il quale sancisce il dovere di provvedere entro termini ormai certi e prestabiliti, la giurisprudenza continuava comunque a subordinare la presentazione del ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione alla previa notificazione della diffida e, quindi alla messa in mora dell'Amministrazione stessa. Ciò discendeva da quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 10/1978 e dall'applicabilità del meccanismo procedurale di cui all'art. 25 del T.U. n. 3/1957 al giudizio sul silenzio-inadempimento, che quest'ultima aveva stabilito<sup>479</sup>.

Tuttavia, la soluzione allora prospettata dal Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 10/1978) era stata elaborata proprio al fine di consentire la formazione del silenzio-rifiuto e, quindi, non aveva più ragione d'essere in un sistema in cui, tramite la preordinazione dei termini di conclusione del procedimento, il silenzio-rifiuto si forma *ope legis*, a seguito del decorso dei suddetti termini.

Con la riscrittura dell'art. 2 della legge n. 241/1990 avvenuta in seguito all'intervento riformatore del 2005 si è quindi espressamente previsto che il ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione può essere proposto “anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente” e è stato previsto il termine di un anno dalla scadenza dei termini di conclusione del procedimento come limite temporale per l'esperimento del ricorso stesso. Adesso il comma 1 dell'art. 117 del codice prevede che il ricorso avverso il silenzio è proposto “anche senza previa diffida”<sup>480</sup> e

---

<sup>479</sup> *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6201, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 2540; Id., 26 luglio 2004, n. 5316, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 2141.

<sup>480</sup> Si veda V. LOPILATO, *sub art. 117*, in AA.VV., *Codice del Nuovo Processo Amministrativo*, F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), 2010, 1052 s.; L. VIOLA, *Le azioni avverso il silenzio della P.A. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2010; M. ASPRONE, *La violazione del principio dell'obbligo di provvedere da parte della P.A.: profili sostanziali e processuali alla luce del d.lgs. 104/10*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2011, III-IV, 203 s.; N. DURANTE, *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 *Foro amm. - T.A.R.*, 2010, VII-VIII, 2703 s.

il comma 2 dell'art. 31 del codice dispone che il ricorso può essere proposto fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento<sup>481</sup>.

Pertanto, la notificazione di un'apposita diffida volta a mettere in mora l'Amministrazione prima di adire il giudice è diventata superflua e non più necessaria<sup>482</sup> anche se una parte della giurisprudenza ritiene ancora che sia comunque necessario stimolare l'amministrazione all'esercizio del potere attraverso la presentazione di un'istanza formale<sup>483</sup>.

Tuttavia, esprimendosi la suddetta norma in termini di facoltà (“... *anche senza previa diffida*”), il privato potrebbe comunque decidere di diffidare l'Amministrazione prima di intraprendere la via giurisdizionale, soluzione quest'ultima sempre più lunga e costosa rispetto a quella amministrativa<sup>484</sup>.

---

<sup>481</sup> Si veda V. LOPILATO, *sub art. 31*, in AA.VV., *Codice del Nuovo Processo Amministrativo*, cit., 381 s.

<sup>482</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 244.

<sup>483</sup> Ad esempio cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 marzo 2009, n. 1883, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 3, 633; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 25 giugno 2009, n. 3315, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 6, 1872.

<sup>484</sup> In relazione all'eventuale provvedimento sopravvenuto, anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo la giurisprudenza prevalente riteneva che lo stesso dovesse costituire oggetto di un separato ricorso giurisdizionale in quanto l'istituto dei motivi aggiunti non avrebbe potuto trovare applicazione nel rito *ex art. 21-bis*, costituito, secondo la giurisprudenza maggioritaria, come rito esclusivamente volto ad accertare l'illegittimità dell'inerzia amministrativa. Si riteneva, infatti, che qualora il provvedimento adottato successivamente alla proposizione del ricorso *ex art. 21-bis* fosse stato impugnato con motivi aggiunti, si sarebbero incardinati dinanzi al giudice del silenzio due diversi riti con contenuto e oggetto diversi (l'uno di accertamento e l'altro di tipo impugnatorio). Il codice del processo amministrativo, per ragioni di concentrazione processuale e di effettività della tutela giurisdizionale, ha invece codificato l'orientamento giurisprudenziale minoritario, prevedendo all'art. 117, comma 5, che “se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito”. Cfr. S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del Giudice amministrativo*, cit., 254. Su tale questione si veda 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, II, 571-595; S. FANTINI, *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 12, 1429 s.

La tutela processuale contro l'inerzia della Pubblica Amministrazione e, in generale, la garanzia di effettività del principio di doverosità amministrativa risulta oggi maggiormente rafforzata, come già osservato<sup>485</sup>, dalla previsione di cui all'art. 2-*bis* della legge n. 241/1990 e dalla conseguente azione di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del termine di conclusione del procedimento<sup>486</sup>.

Come visto, il Consiglio di Stato con la già citata Adunanza Plenaria n. 7 del 2005 aveva negato la risarcibilità del danno da ritardo, sulla base della constatazione che il giudice, qualora non fosse stato in grado di accertare la fondatezza della pretesa o della spettanza al bene della vita richiesto dall'istante, non avrebbe potuto neanche decidere in ordine agli eventuali danni cagionati dal mero ritardo dell'azione amministrativa, in una prospettiva secondo la quale se il bene della vita non spetti o, comunque, non sia possibile accertarne giudizialmente la spettanza, non possa ritenersi discendere alcun danno dal "mero" ritardo<sup>487</sup>.

In seguito, con l'introduzione dell'art. 2-*bis* nella legge n. 241/1990, è stato previsto espressamente che le amministrazioni pubbliche e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

---

<sup>485</sup> Cfr. par. 4 Cap. III.

<sup>486</sup> Tali controversie sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, del codice del processo amministrativo (come già in precedenza dall'abrogato comma 2 dell'art. 2-*bis* della legge n. 241/1990). Sull'azione di risarcimento dei danni discendenti dalla lesione della pretesa di provvedimento favorevole si veda, ampiamente, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 373 s.

<sup>487</sup> In commento a tale decisione autorevole dottrina sosteneva che in realtà la stessa disciplina del termine "... e` volta a fissare la durata del procedimento e, per ciò solo, anche a fornire 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 da quelle dal conseguimento del «bene della vita» ma non per questo poco importanti". Così M. CLARICH - G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, cit., 67.

L'illecito è quindi espressamente codificato<sup>488</sup> seppur con la previsione del previo accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo e della "ingiustizia" del danno arrecato al privato<sup>489</sup>.

Specularmente il codice del processo amministrativo prevede, all'art. 30, comma 2<sup>490</sup>, che l'azione di condanna possa essere esperita per ottenere il risarcimento del danno ingiusto derivante non solo dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, ma anche "*dal mancato esercizio di quella obbligatoria*".

L'art. 30, comma 4, si coordina con l'art. 31 del codice stesso prevedendo che, per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente lamenta di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di decadenza di centoventi giorni per la proposizione della relativa domanda "*non decorre fintanto che perdura l'inadempimento*" e che tale

---

<sup>488</sup> F. FIGORILLI - S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, cit., 919, secondo i quali la soluzione accolta dall'adunanza Plenaria n. 7/2005 appare "... eccessivamente restrittiva nel contesto prefigurato dal nuovo art. 2 della L. n. 241 del 1990 (...) ed anche in considerazione della lettera dell'art. 2-bis che parla semplicemente di risarcimento del danno conseguente all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento. Può dunque ipotizzarsi che l'ambito della tutela risarcitoria previsto dalla norma in esame debba essere esteso anche al danno da mero ritardo, in connessione eziologica con un comportamento inadempitivo dell'obbligo di provvedere".

<sup>489</sup> Sul punto si vedano M. RENNA - F. FIGORILLI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur., ad vocem*, XXXIII, 2009, 4, i quali osservano che "Desta perplessità (...) la scelta di ricondurre la responsabilità per danno da ritardo al modello della responsabilità extracontrattuale, desumibile dai riferimenti, contenuti nel comma 1 dell'art. 2 bis, al «danno ingiusto» e alla condotta «dolosa o colposa» dell'amministrazione, nonché dalla previsione, nel comma 2 dello stesso articolo, del termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno". In relazione a quest'ultimo aspetto, tuttavia, il codice del processo amministrativo ha sostituito il termine di prescrizione quinquennale con il termine decadenziale di centoventi giorni previsto in generale per l'esperimento dell'azione risarcitoria, con la precisazione che il termine non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e fermo restando l'inizio della decorrenza dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere (art. 30, commi 3 e 4).

<sup>490</sup> In relazione al quale si veda G. MARI, *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 263 s.; R. GISONDI, *sub art. 30*, in AA.VV., *Codice del Nuovo Processo Amministrativo*, cit., 369 s. In senso critico 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*, 2009.

termine “*inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere*”.

Con l’art. 2-*bis* della legge n. 241/1990 sembra, quindi, che si sia affermato il principio per cui il risarcimento del danno da ritardo sussiste sempre e non solo nei casi in cui sia stata giudizialmente accertata la fondatezza della pretesa del ricorrente e ciò proprio al fine di garantire reale effettività a quanto previsto dall’art. 2 della legge sul procedimento e, in generale, al principio di doverosità dell’attività amministrativa.

Infatti, non può non riconoscersi che “*La garanzia di tutela alla pretesa all’esercizio espresso del potere e la contestuale garanzia di effettività assicurata alla doverosità dell’azione amministrativa acquistano così una dimensione particolarmente significativa e rafforzano in modo sensibile – sul piano dell’effettività – i principi di doverosità e di tempestività nell’esercizio del potere*”<sup>491</sup>.

---

<sup>491</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., 246.



## **PARTE TERZA**

### **L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'OBBLIGO DI PROVVEDERE**

## Capitolo V

### **La delimitazione delle fattispecie in cui sussiste l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione.**

#### **1. Le ipotesi in cui a seguito di un'istanza del cittadino non sorge l'obbligo di provvedere.**

Si è anticipato come, a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10/1978, la quale ha rappresentato un tassello fondamentale nella ricostruzione dell'inerzia amministrativa intesa come inadempimento dell'obbligo di provvedere, la giurisprudenza si sia successivamente impegnata nella ricerca e nella elaborazione dei criteri per l'individuazione dei casi in cui l'obbligo di provvedere possa ritenersi concretamente sussistente. Già in tale decisione, infatti, veniva messo in evidenza che “... l'omissione può acquistare rilevanza solo in presenza di un obbligo esistente a carico dell'organo pubblico ...”.

La ricerca relativa all'individuazione delle fonti dell'obbligo giuridico di provvedere ha dapprima preceduto e poi seguito la codificazione della doverosità amministrativa e delle regole processuali dirette alla sua tutela in sede giurisdizionale.

Infatti, se è vero che l'art. 2 della legge n. 241/1990 ha codificato l'obbligo della pubblica Amministrazione di *clare loqui*, ovvero sia l'obbligo per la stessa di definire il procedimento con un atto esplicito, è anche vero, tuttavia, che tale obbligo di conclusione e, prima ancora, di avvio del procedimento stesso, è circoscritto dalla suddetta norma ai casi in cui “il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza” oppure “debba essere iniziato d'ufficio”.

Parimenti, l'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1071 e ora gli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo, nel delineare lo speciale strumento processuale

volto a contrastare l'inerzia amministrativa, sono diretti (anche e preliminarmente) all' "accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere".

Rileva precisare, innanzitutto, che vi sono dei casi in cui la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione non sorga e, conseguentemente, non si formi il silenzio-inadempimento il quale, in quanto tale, è "impugnabile" davanti al giudice amministrativo. L'obbligo di provvedere rappresenta, infatti, il presupposto per il configurarsi dell'inadempimento, come del resto già da tempo sottolineato da autorevole dottrina secondo la quale *"Se l'autorità non ha alcun obbligo giuridico di prendere un provvedimento, il suo silenzio, mantenuto di fronte a qualunque comportamento di un'altra persona, non può avere alcun significato"*<sup>492</sup>.

In realtà, già prima dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo la giurisprudenza aveva elaborato una specifica casistica di ipotesi nelle quali, a seguito della presentazione di un'istanza da parte di un privato cittadino, non sorge in capo all'Amministrazione l'obbligo di provvedere. Tale casistica è stata poi ripresa e meglio specificata anche dopo l'espressa codificazione dell'obbligo di provvedere di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990.

Una delle prime e significative manifestazioni dell'impegno giurisprudenziale diretto alla concreta individuazione dei casi in cui sussiste l'obbligo di provvedere dell'Amministrazione si rinviene nella già più volte richiamata decisione della Sez. VI del Consiglio di Stato n. 92/1982 nella quale, come già ricordato<sup>493</sup>, il Giudice amministrativo ha stabilito che nei casi di attività vincolata l'obbligo di provvedere debba essere dichiarato dal giudice non in astratto ma in relazione alla domanda in quanto sarebbe inutile imporre all'Amministrazione l'obbligo di pronunciarsi

---

<sup>492</sup> Così O. RANELLETTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo. Anno scolastico 1920-21*, Napoli, 1921, 108.

<sup>493</sup> In particolare al par. 4 del Cap. II.

espressamente in caso di una pretesa palesemente infondata o – e quest’ultimo è un punto solo accennato nella motivazione della suddetta sentenza – di una richiesta di riesame di un provvedimento inoppugnabile. Pertanto, nell’indicare l’ambito di estensione dei poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo, tale pronuncia forniva anche importanti indicazioni in ordine ad alcune tipologie di istanze a fronte delle quali non poteva ritenersi sussistente un obbligo giuridico di provvedere in capo all’Amministrazione né il susseguente inadempimento.

Tale orientamento è stato portato avanti e specificato dalla giurisprudenza amministrativa successiva.

Nella decisione della Sez. VI del Consiglio di Stato del 14 luglio 1984, n. 441<sup>494</sup>, viene riconosciuta la fondatezza della doglianza proposta in appello contro la sentenza impugnata *“per non avere esaminato – prima di affermare l’esistenza del preteso obbligo del Provveditore agli studi all’espressa pronuncia – il fondamento o meno dell’anzidetta pretesa dell’interessato. All’uopo, va infatti, osservato che, nell’ipotesi di infondatezza di pretese riguardanti scelte o attività vincolate della P.A., non sarebbe utile imporre all’Amministrazione l’obbligo di una pronuncia (...) e che, in tal caso (...) il silenzio rifiuto è giustificato”*.

Anche nella pronuncia della Sez. VI del Consiglio di Stato del 7 luglio 1986, n. 483<sup>495</sup>, si afferma che *“il giudizio sull’impugnazione del silenzio-rifiuto tende a stabilire (nei limiti del giudizio di legittimità) la fondatezza della pretesa, perché non sarebbe utile, se questa è infondata, imporre all’Amministrazione l’obbligo di una pronuncia espressa; pertanto, giudicando sull’impugnazione di un silenzio-rifiuto, il giudice amministrativo deve dire se l’Amministrazione abbia l’obbligo di emettere il*

---

<sup>494</sup> In Cons. St., 1984, I, 2, 894 s.

<sup>495</sup> In Cons. St., 1986, I, 2, 934.

*provvedimento che le è stato richiesto e, ove trattasi di attività vincolata, se sia fondata la pretesa sostanziale del ricorrente”.*

Nella decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 6 marzo 1990, n. 167<sup>496</sup>, viene specificato che “*deve ritenersi esistente il dovere dell’Amministrazione di rispondere ad istanze proposte all’organo competente dai propri amministrati e volte ad ottenere provvedimenti ai quali gli istanti abbiano diretto interesse, quando tali atti non appaiono icu oculi non esaminabili nel merito, o non risultino subito e con ogni evidenza nel merito infondati”.*

Tuttavia, la dichiarazione di insussistenza dell’obbligo di provvedere per infondatezza della domanda, desumibile dalla mera applicazione delle norme di legge e con esclusione dei casi di atti in tutto o in parte discrezionali, è stata interpretata dalla dottrina come una “... *devoluzione del potere di pronuncia in capo all’organo giurisdizionale*”, in quanto la dichiarazione giudiziale di infondatezza della domanda, sebbene riferita alla questione della sussistenza o meno dell’obbligo di provvedere, “... *assume in tal caso il valore di una pronuncia sul rapporto*”<sup>497</sup>.

Il Consiglio di Stato precisava anche che l’obbligo di provvedere dell’Amministrazione vada ritenuto insussistente a fronte di un’istanza “*fumosa, generica e priva di qualsiasi concretezza*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 gennaio 1990, n. 23<sup>498</sup>).

D’altro lato, già da tempo il Giudice amministrativo aveva riconosciuto la necessità di evitare che, in sede giurisdizionale, potesse essere ottenuto il

---

<sup>496</sup> In *Cons. St.*, 1990, I, 1, 354 s.

<sup>497</sup> Così F. BRIGNOLA, *Silenzio della Pubblica Amministrazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur., ad vocem*, 1992, 4, il quale specifica che “Opinando diversamente, si giungerebbe alla conclusione che, nel caso di domanda infondata, il cittadino non avrebbe neppure il diritto di veder dichiarata tale infondatezza”.

<sup>498</sup> In *Foro amm.*, 1990, I, 65 s.

riconoscimento dell'obbligo dell'Amministrazione di procedere al riesame di un provvedimento non impugnato tempestivamente<sup>499</sup>.

Nella decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 6 novembre 1985, n. 380<sup>500</sup>, dopo aver richiamato la pronuncia della VI Sez. n. 92/1982, si afferma che *“non sussisteva (...) alcun dovere per l'amministrazione di provvedere sulla domanda degli interessati poiché tale dovere viene meno ove risulti che la questione oggetto della diffida abbia formato oggetto di un separato atto autoritativo non impugnato nel termine di decadenza”*; di conseguenza, non sussistendo alcun obbligo di provvedere, *“non si è formato il silenzio-rifiuto impugnabile”*.

Conferma tale orientamento anche la pronuncia della Sez. V del 1° aprile 1989 n. 186<sup>501</sup>, nella cui massima si legge che *“Ai fini della configurazione del silenzio-rifiuto impugnabile innanzi al giudice amministrativo non è sufficiente l'instaurazione del procedimento articolato nella diffida ad adempiere e nella prefissione di un termine, dovendo altresì ricorrere il presupposto sostanziale dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere all'istanza. Pertanto la pretesa di un dipendente alla revisione del proprio inquadramento, non impugnato tempestivamente, non impone all'amministrazione di provvedere”*.

Nella pronuncia della Sezione V del Consiglio di Stato del 5 giugno 1991, n. 903<sup>502</sup>, si afferma, in relazione all'istanza di riesame, che *“non sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere su una istanza volta a conseguire il riesame di un provvedimento autoritativo (nella specie, inquadramento) adottato e non impugnato”*<sup>503</sup>.

---

<sup>499</sup> Si veda, ad esempio, la decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 23 giugno 1937, n. 320 in *Foro amm.*, 1937, I, 284 s.

<sup>500</sup> In *Foro amm.*, 1985, III, 2207 s.

<sup>501</sup> In *Foro amm.*, 1989, I, 979 s.

<sup>502</sup> In *Cons. St.*, 1991, I, 2, 971.

<sup>503</sup> Nello stesso senso, recentemente, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2543, in *Foro amm. - CDS*, 2008, 5, I, 1561.

L'eccezione a tale regola veniva individuata nel caso in cui, dopo che l'atto sfavorevole fosse divenuto inoppugnabile, l'Amministrazione avesse emanato, per casi simili, provvedimenti favorevoli agli interessati, ai quali il destinatario del provvedimento inoppugnabile si fosse richiamato richiedendone l'applicazione nei propri confronti; in questo caso, infatti, il Consiglio di Stato ritiene che non possa trovare applicazione il principio secondo cui l'Amministrazione, ancorché ritualmente diffidata, non abbia l'obbligo di provvedere sull'istanza volta ad ottenere il riesame di una situazione già definita con provvedimenti divenuti inoppugnabili (Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 novembre 1986, n. 730<sup>504</sup>).

Oltre alle sopravvenienze interpretative, venivano individuate, quali cause determinanti l'obbligo di riesame di provvedimenti non impugnati tempestivamente, anche la sopravvenienza di diritto, che può operare qualora la nuova norma abbia effetti retroattivi e possa interessare anche i casi già definiti, e la sopravvenienza di un fatto, la quale può essere causa di riesame quando si dimostri che in presenza di un fatto nuovo l'Amministrazione avrebbe potuto o dovuto adottare un provvedimento diverso e che può consistere in una prova di cui il richiedente non era in possesso nel momento della presentazione della domanda o in un requisito o condizione personale accertati successivamente ma con effetti retroattivi<sup>505</sup>.

A seguito dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo la giurisprudenza amministrativa ha portato avanti la propria linea interpretativa

---

<sup>504</sup> In *Foro amm.*, 1986, III, 2402 s. Nella decisione si afferma, in particolare, che "... l'azione successivamente svolta dall'amministrazione, con ispirazione ad indirizzi interpretativi delle norme regolanti la materia del contendere, diversi da quelli che avevano precluso soluzioni favorevoli all'inquadramento invocato dall'attuale ricorrente, abbia mutato, con l'adozione di provvedimenti modificativi di precedenti posizioni analoghe, le condizioni obiettive a cui si sarebbe potuto ricollegare l'insussistenza dell'obbligo di pronunciarsi sull'istanza".

<sup>505</sup> Si veda F. BRIGNOLA, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 4, il quale individua anche quale ulteriore causa determinante l'obbligo di riesame di provvedimenti non impugnati anche la sopravvenienza dell'interesse la quale "... si verifica quando un atto non era apprezzabilmente lesivo in relazione alla situazione giuridica esistente al momento della sua adozione, ma assume carattere di lesività in base ad una sopravvenienza che attribuisce alla situazione stessa una diversa valenza".

escludendo, “*Per ineludibili esigenze di economicità ed efficacia dell’azione amministrativa, salvaguardate dalla medesima legge n. 241 del 1990*”, la sussistenza dell’obbligo di provvedere nel caso di richieste reiterate con lo stesso contenuto, qualora sia già stata adottata una formale risoluzione amministrativa inoppugnata<sup>506</sup>, in assenza di mutamenti della situazione di fatto e di diritto<sup>507</sup>.

E’ stata anche esclusa la sussistenza dell’obbligo di provvedere e la formazione del silenzio-rifiuto in presenza di domande manifestamente assurde<sup>508</sup>, o totalmente infondate<sup>509</sup> ovvero in presenza di domande illegali, non potendosi dare corso alla tutela di interessi illegittimi<sup>510</sup>.

Allo stesso modo il giudice amministrativo ha pacificamente evidenziato che deve escludersi la sussistenza dell’obbligo di provvedere nel caso di domande inaccoglibili per motivi formali o pregiudiziali, quali, ad esempio, l’incompetenza dell’Amministrazione adita<sup>511</sup>, la carenza di legittimazione dell’istante<sup>512</sup>,

---

<sup>506</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2000, n. 1765, in *Foro Amm.*, 2000, 914; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11.

<sup>507</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 1995, n. 89, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cass. sez. un, 20 gennaio 1969, n. 128; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11; Consiglio Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm. - CDS*, 2002, 1413, 2037; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3824, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 7-8, 2137.

<sup>508</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. IV, 28 novembre 1994, n. 950; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm. - CDS*, 2002, 1413, 2037; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3824, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 7-8, 2137.

<sup>509</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 3 agosto 1993, n. 838, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Consiglio di Stato, sez. V, 7 maggio 1994, n. 418, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11; Consiglio di Stato, sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2543, in *Foro amm. - CDS*, 2008, 5, I, 1561.

<sup>510</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm. - CDS*, 2002, 1413, 2037; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3824, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 7-8, 2137.

<sup>511</sup> Si veda ad esempio T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 14 febbraio 2002, n. 877, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale si afferma che “... tra i presupposti costitutivi dell’obbligo di provvedere rientra la competenza dell’amministrazione sull’affare cui si riferisce la domanda, sicché non sussiste tale obbligo ove la domanda amministrativa sia stata presentata ad autorità incompetente, in quanto tale priva di ogni potere e obbligo di pronunciarsi in merito (Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 1982 n. 1; Cass., ss.uu., 13 novembre 1997 n. 11217)”. Si veda anche Consiglio di Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3409, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dove viene specificato che “presupposto imprescindibile” dell’istituto del silenzio-rifiuto è la competenza della



l'insufficiente determinazione dell'oggetto<sup>513</sup> o la presenza di irregolarità formali, potendo sorgere l'obbligo di provvedere nel merito solo in presenza di una domanda che contenga i requisiti minimi di ammissibilità ex art. 6, comma 1, lett. a) della legge n. 241/1990<sup>514</sup>.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha anche specificato che a fronte di istanze dirette al rilascio di provvedimenti non previsti dall'ordinamento non sorge in capo al soggetto pubblico l'obbligo di provvedere in quanto *“la sussistenza dell'obbligo provvedimentale esige, perché quest'ultimo sia integrato nei suoi elementi costitutivi, che il provvedimento amministrativo richiesto dall'interessato sia previsto dalla legge come atto nominato e, cioè, che l'istanza sia idonea ad attivare la sequenza*

---

Autorità adita a soddisfare l'istanza del privato, nel senso che deve sussistere l'obbligo dell'Amministrazione di adottare provvedimenti positivi o negativi sull'istanza stessa, idonei ad attribuire o denegare il bene della vita, cui il soggetto interessato aspira.

<sup>512</sup> Si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 luglio 1991, n. 1253, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); C.G.A.R.S., 29 gennaio 1994, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche T.A.R. Sardegna, sez. II, 24 ottobre 2008, n. 1833, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale viene specificato che “... nel momento in cui riceve una determinata istanza l'Amministrazione deve essere immediatamente posta in grado di comprendere che la stessa è idonea a produrre un obbligo di provvedere perché completa in tutti i suoi elementi essenziali, compresa la legittimazione dell'istante. Con la conseguenza che, in mancanza di prova contraria, la ricezione di una richiesta di provvedere proveniente da soggetti terzi rispetto al suo oggetto è inidonea a determinare l'insorgenza di quell'obbligo ad agire che costituisce il presupposto costitutivo del silenzio inadempimento”.

<sup>513</sup> Ad esempio T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 22 novembre 2005, n. 19430, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale si afferma che “...ciò che fa difetto è il carattere circostanziato e specifico dell'istanza (...). Si tratta infatti, all'evidenza, di una segnalazione estremamente generica, tale da non poter determinare il sorgere di alcun obbligo specifico di provvedere in merito”. Anche T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 25 gennaio 2005, n. 259, in *Foro amm. - TAR*, 2005, 1, 234, che considera che compito del giudice sia quello di verificare che il comportamento inerte dell'Amministrazione non sia giustificato dalla manifesta infondatezza dell'istanza dei ricorrenti in quanto “...unico limite che la giurisprudenza ravvisa all'obbligo di provvedere della p.a., infatti, è quello della manifesta infondatezza - o assurdità, genericità, ecc. - della pretesa del privato”.

<sup>514</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 1993, n. 381, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso critico circa tali orientamenti giurisprudenziali si veda M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. Amm.*, 2010, I, 103 s., il quale rileva che in questi casi “...la distonia tra l'esperienza del procedimento amministrativo e l'esperienza del processo si delinea in termini evidenti. Mentre nell'esperienza del processo una domanda che pur appaia *ictu oculi* inammissibile per qualunque ragione (difetto di legittimazione, incompetenza, genericità dei motivi di ricorso, carenza di requisiti formali, tardività, ecc.) non può mai essere «ignorata» dal giudice, il quale ha comunque l'obbligo di avviare il procedimento giurisdizionale e l'obbligo di concludere quest'ultimo con una pronuncia motivata, sia pur di rito e non di merito, nell'esperienza del procedimento amministrativo la conclusione cui giunge il diritto vivente è diametralmente opposta”.

*procedimentale che deve ineluttabilmente definirsi con l'adozione di quest'ultimo".*

A parere del Consiglio di Stato, quindi, *"Il più immediato corollario del principio appena affermato è che deve escludersi il dovere dell'Amministrazione di pronunciarsi nelle ipotesi in cui il procedimento sia attivato con una domanda non prevista dall'ordinamento come idonea ad avviare un procedimento tipico (in quanto intesa al rilascio di un provvedimento innominato)";* tale situazione, pertanto, sarebbe estranea dall'ambito di applicazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990, il quale *"... postula, invero, per come concepito e formulato, la ascrivibilità del procedimento non concluso al novero di quelli validamente attivati da un atto d'impulso del privato, previsto dall'ordinamento come capace di costituire in capo all'Amministrazione il dovere di concluderlo con l'adozione di un atto tipico (tale dovendosi intendere l'espressione "ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza...")"*. Diversamente opinando, chiarisce il Consiglio di Stato, si finirebbe per costituire in capo all'Amministrazione *"... un adempimento non sancito da alcuna disposizione positiva, ma unicamente dalla arbitraria ed incontrollata intenzione del privato di provocare determinazioni formali su istanze atipiche, con inammissibile introduzione, per via ermeneutica, di un dovere procedimentale innominato, in palese violazione del principio di legalità"*<sup>515</sup>.

Da tempo era stata anche esclusa la doverosità del provvedere, pur a seguito di un'istanza presentata da parte del cittadino, nel caso in cui l'istanza stessa fosse volta ad ottenere l'estensione *ultra partes* del giudicato<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup> Si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3921, in *Foro amm.* - CDS, 2006, VI, 1786.

<sup>516</sup> In relazione alle istanze per l'estensione *ultra partes* del giudicato si veda ad esempio la decisione della IV Sezione del 29 novembre 1991 n. 994 (in *Foro amm.*, 1991, III, 2901 s.), nella quale veniva dichiarato "non concepibile" l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere su una domanda di partecipazione ad una procedura concorsuale – che era stata sospesa con un provvedimento successivamente annullato in sede giurisdizionale e, quindi, proseguita con la esclusiva partecipazione di coloro che avevano impugnato l'atto di sospensione – in quanto la domanda stessa era stata presentata da un partecipante che non aveva impugnato gli atti del

Infatti, la giurisprudenza costantemente ritiene che l'estensione del giudicato amministrativo a soggetti diversi dalle parti del relativo giudizio costituisce esercizio di una mera facoltà discrezionale e non sussiste, quindi, un obbligo dell'Amministrazione la quale può comunque decidere di accordare la suddetta estensione per motivi di pubblico interesse, da specificare nel relativo provvedimento; tuttavia *“l'insussistenza dell'obbligo di provvedere e di un corrispettivo diritto del privato non fa venir meno la facoltà di quest'ultimo di produrre istanza d'estensione da parte della p.a. stessa, in base alla normativa in vigore e alla valutazione degli interessi in gioco”*<sup>517</sup>.

A fronte della richiesta di estensione *ultra partes* del giudicato in favore del soggetto che non abbia partecipato al relativo giudizio si riconosce, quindi, ampia discrezionalità in capo all'Amministrazione<sup>518</sup>, sindacabile solo nel caso in cui l'Amministrazione stessa, nell'estendere il giudicato a soggetti estranei al giudizio, illogicamente si determini in senso favorevole solamente per alcuni, omettendo di considerare le posizioni di altri assimilabili a quelle valutate positivamente<sup>519</sup>.

Tale principio subisce tuttavia una deroga nel caso di annullamento di atti normativi e a contenuto generale in quanto, in queste ipotesi, l'annullamento opera con effetto *“erga omnes”*, con il limite delle situazioni esaurite e pertanto, anche i soggetti estranei al giudizio potranno far valere gli effetti connessi con il venir meno dell'atto individuale, sempre nel rispetto del suddetto limite<sup>520</sup>.

---

procedimento conclusosi e, in particolare, l'approvazione della graduatoria. Più recentemente si veda Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 maggio 2004 n. 2754, dove viene affermato che per un consolidato indirizzo giurisprudenziale l'estensione degli effetti di un giudicato a soggetti estranei alla lite non costituisce per l'Amministrazione *“adempimento di uno specifico obbligo”*.

<sup>517</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 602, in *Foro amm.*, 1999, 1224.

<sup>518</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 675, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 2, 475.

<sup>519</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 496, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 452.

<sup>520</sup> Si veda *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 21 agosto 1993, n. 585, in *Cons. St.*, 1993, I, 997; Consiglio di Stato, sez. VI, 25 marzo 1998, n. 371, in *Cons. St.*, 1998, I, 457.

E' stata anche negata la possibilità di formazione del silenzio-inadempimento nel caso in cui l'istanza abbia ad oggetto l'adozione di atti normativo-regolamentari in quanto, per poter qualificare come silenzio impugnabile un comportamento asseritamente omissivo dell'Amministrazione, occorre che la norma attributiva del potere definisca, in maniera specifica, anche la correlata posizione individuale del cittadino che fronteggia il potere pubblico, di modo che allo stesso possa riconoscersi lo *ius agendi* a tutela del proprio interesse. Ciò accadrebbe sicuramente, sulla base della legge n. 241/1990, "*nel caso di attività amministrativa in senso stretto esercitata dai pubblici poteri e alla quale pretensivamente o oppositivamente sia interessato il cittadino*". Quando invece la norma attribuisce all'Autorità pubblica un potere discrezionale che si deve tradurre nell'adozione di atti normativo-regolamentari, "*... non può essere riconosciuta ai singoli cittadini (o ad associazioni che ne rappresentino diffusamente gli interessi) una posizione differenziata, che li abiliti ad impugnare il silenzio dell'Autorità stessa che omette o ritarda l'esercizio del potere*"<sup>521</sup>.

Non sussiste, inoltre, l'obbligo di provvedere nel caso di atti endoprocedimentali quali, ad esempio, i pareri obbligatori o le valutazioni tecniche. Infatti, la previsione di strumenti di superamento dello "stallo" procedimentale determinato dalla omissione degli atti endoprocedimentali stessi, impone di escludere che in tali ipotesi trovi applicazione il rimedio della dichiarazione giudiziale dell'obbligo di provvedere in quanto tale rimedio risulterebbe superfluo e ridondante rispetto agli accorgimenti già previsti dal legislatore<sup>522</sup>, tanto è vero che tali atti, di norma, non sono autonomamente impugnabili.

---

<sup>521</sup> Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 dicembre 2008, n. 10946, in *Foro amm. - TAR*, 2008, 12, 3386. Tuttavia, su tali aspetti, specialmente in relazione al riparto giurisdizionale, si veda R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*, 26.3.2012.

<sup>522</sup> T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 28 gennaio 2010, n. 46, in *Red. amm. - TAR*, 2010, 1.

Questa regola incontra di conseguenza un'eccezione nel caso in cui non siano predisposti i suddetti accorgimenti da parte del legislatore e l'atto endoprocedimentale possa determinare un arresto del procedimento<sup>523</sup>.

Anche nelle più recenti pronunce del giudice amministrativo si evince il medesimo indirizzo interpretativo<sup>524</sup>. In particolare, nella decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5207, è stato affermato che l'art. 2 della legge n. 241/1990 e successive modifiche “... *reca un principio generale per il nostro ordinamento, in forza del quale se il procedimento consegue obbligatoriamente dalla presentazione di un'istanza da parte del privato ovvero deve essere iniziato d'ufficio, la Pubblica Amministrazione a ciò competente ha l'obbligo di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso (...). La giurisprudenza ha –*

---

<sup>523</sup> Si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2004, n. 1246, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 911, dove viene specificato che “La regola secondo la quale l'atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile (la lesione della sfera giuridica del soggetto destinatario dello stesso essendo normalmente imputabile all'atto che conclude il procedimento) incontra un'eccezione nel caso di atti di natura vincolata (pareri o proposte), idonei come tali ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva, di atti interlocutori, idonei a cagionare un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato, e di atti soprassessori, che, rinviando ad un avvenimento futuro ed incerto nell'an e nel quando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato, determinano un arresto a tempo indeterminato del procedimento che lo stesso privato ha attivato a sua istanza”.

<sup>524</sup> In senso critico si veda M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, cit., 103 s., il quale rileva che “Rispetto alla fase dell'iniziativa, lo *status quo* dottrinale e giurisprudenziale fa emergere una discrasia tra processo e procedimento amministrativo: nell'esperienza del processo non esistono *ricorsi senza processo* o, per esprimersi in termini meno propri ma più efficaci, domande che non meritino una risposta; nell'esperienza del procedimento, invece, sarebbero configurabili *atti di impulso procedimentale senza procedimento*, ossia domande immeritevoli di risposta. Il processo, pur non ignorando che, in alcuni casi, il ricorso può appalesarsi come inammissibile o manifestamente infondato, risolve tale problema non sul piano dell'*an* bensì su quello del *quomodo* dell'obbligo per il giudice di provvedere (...).A domande giudiziali inammissibili o manifestamente infondate corrispondono dunque risposte giurisdizionali più «economiche processualmente» o perché tali da consentire al giudice di evitare di inoltrarsi nell'esame di merito (sentenze di rito) o perché più rapide nei tempi o più semplici in termini di adempimenti formali e procedurali o più concise nella motivazione (sentenze rese in forma semplificata): *ma pur sempre risposte (...)*.A fronte di un atto di iniziativa del privato che sia valutato dalla p.a. come inammissibile per carenza di posizione legittimante o per motivi formali e/o procedurali ovvero manifestamente infondato quanto alla pretesa di provvedimento ivi dedotta, l'obbligo di provvedere dell'amministrazione verrebbe meno già nell'*an*: non si configurerebbe, cioè, neppure un obbligo di avviare il procedimento”.

*altresì – avuto modo di evidenziare che tale obbligo della Pubblica Amministrazione non sussiste nell'ipotesi di riproposizione di istanza diretta al riesame di una situazione inoppugnabile (...), ovvero nell'ipotesi di un'istanza manifestamente infondata (...) o, ancora, nell'ipotesi di un'istanza di estensione ultra partes di un giudicato*<sup>525</sup>.

Nella medesima pronuncia viene anche chiarito che se al provvedimento finale del procedimento avviato deve comunque attribuirsi natura discrezionale, questo non esclude la sussistenza di un obbligo dell'Amministrazione di rispondere all'istanza presentata dal privato<sup>526</sup>.

Tuttavia, sembra opportuno rilevare che la manifesta infondatezza dell'istanza non dovrebbe far venir meno il diritto dell'istante ad ottenere una pronuncia espressa, anche se di carattere negativo, in quanto la necessità di avere una risposta ha un valore autonomo rispetto alla questione relativa alla fondatezza della pretesa. Il Consiglio di Stato ha osservato, infatti, che non va confuso l'obbligo di pronuncia e del *clare loqui* gravante sull'Amministrazione in base all'art. 2 della legge n. 241/1990 e il correlato interesse legittimo di carattere pretensivo-procedimentale del privato, con l'interesse sostanziale introdotto nel procedimento consistente nella pretesa al bene della vita agognato<sup>527</sup>.

Di conseguenza, il criterio distintivo sulla mancanza dell'obbligatorietà del provvedere non potrebbe essere rimesso alla valutazione della manifesta infondatezza dell'istanza. Infatti, come giustamente osservato, in questo caso, pur se già con un'analisi superficiale è possibile convincersi del destino negativo al quale

---

<sup>525</sup> Nello stesso senso, in precedenza, anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 16 maggio 2007, n. 5245, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 5, 1752.

<sup>526</sup> Ciò in quanto dall'avvio del procedimento non discende l'adozione di un provvedimento avente un contenuto necessariamente vincolato in senso favorevole alla posizione del privato medesimo. Cfr. sempre Consiglio di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5207.

<sup>527</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amm. - CDS*, 2002, 1413, 2037.

sarà soggetta l'istanza del privato, non vi è una conseguente esenzione per l'Amministrazione dal dovere di esperire comunque un'istruttoria completa e dalla successiva estrinsecazione delle relative risultanze in un provvedimento espresso<sup>528</sup>.

Le ipotesi appena analizzate, nelle quali a fronte della presentazione di un'istanza non sorge in capo all'Amministrazione l'obbligo di provvedere, possono essere considerate come delle eccezioni che confermano la regola della doverosità dell'esercizio del potere e della certezza dei tempi dell'azione amministrativa e, quindi, dell'obbligo di procedere e di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso<sup>529</sup>.

## **2. L'orientamento restrittivo: l'obbligo di provvedere in presenza di uno specifico fondamento normativo.**

Il problema dell'individuazione di un ambito di applicazione dell'obbligo della pubblica Amministrazione di provvedere a seguito della sollecitazione del soggetto privato che vada oltre ai casi espressamente tipizzati dal legislatore e, quindi, a prescindere dalla esistenza di uno specifico ancoraggio normativo, ha trovato, come a breve si vedrà, una risposta positiva ed è maturato a seguito di un percorso giurisprudenziale e dottrinale contraddistinto da tappe ben delineate.

A poco a poco, infatti, si è radicato il convincimento secondo il quale il fondamento normativo non può essere ritenuto *condicio sine qua non* ai fini del

---

<sup>528</sup> Si veda 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, II, 480 s., il quale sottolinea quindi che "Piuttosto il criterio sarà un altro, quello della abnormità palese della richiesta del soggetto privato. Non basta dunque la manifesta infondatezza ma è necessario qualcosa di più, come la totale infondatezza, ovvero la manifesta assurdit  della pretesa del soggetto istante o ancora quando la pretesa possa trascendere nella illegalit  del suo contenuto oggettivo".

<sup>529</sup> In questo senso M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012, 83.

riconoscimento della doverosità amministrativa e, quindi, dell'obbligo dell'Amministrazione di riscontrare, anche, in caso, negativamente, le istanze dei privati.

L'orientamento più restrittivo, che considera indispensabile l'esistenza di un espresso rapporto tra obbligo di provvedere e specifica previsione normativa, ha, in realtà, origini lontane e se ne trova l'affermazione, oltre che negli studi dottrinali anche e soprattutto nella giurisprudenza del Giudice amministrativo.

Come visto, infatti, la giurisprudenza aveva ricercato già dalle prime pronunce in tema di silenzio-rifiuto un appiglio normativo al quale ancorare la doverosità del provvedere e, mancando altre disposizioni, tale appiglio era stato originariamente rinvenuto nella norma di cui all'art. 3 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato E; questa disposizione – che era stata ovviamente pensata e coniata per tutt'altre finalità – era stata infatti considerata dalla giurisprudenza il fondamento normativo tanto dell'obbligo di provvedere rispetto ai ricorsi presentati in via gerarchica quanto dell'obbligo di provvedere rispetto alle istanze volte a sollecitare l'attività amministrativa c.d. "originaria"<sup>530</sup>.

Del resto, anche il riconoscimento, da parte dell'Adunanza Plenaria n. 10/1978, dell'applicabilità ai casi di silenzio-rifiuto della disposizione di cui all'art. 25 del D.P.R. n. 3/1957, poteva far orientare in tal senso in quanto quest'ultima disposizione, aveva ad oggetto, appunto, "... *l'omissione di atti o di operazioni, al cui compimento l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento ...*".

Pertanto, già da tempo il Consiglio di Stato riteneva necessario che l'obbligo di provvedere sull'istanza da parte della pubblica Amministrazione, presupposto per la

---

<sup>530</sup> In particolare, si vuole fare riferimento alle decisioni della V Sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1929 e del 30 luglio 1931. Si veda *supra* par. 4 del Cap. I.



formazione del silenzio-rifiuto, trovasse esplicito fondamento in una norma di legge, in un regolamento o in un atto amministrativo<sup>531</sup>.

Tale restrittiva impostazione, alla quale da subito si erano contrapposti differenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, è stata portata avanti da una parte della dottrina anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2 della legge n. 241/1990.

In particolare, facendo leva sul tenore letterale della formulazione del comma 1 dell'art. 2, secondo il quale l'amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, "*ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza*", parte della dottrina ha concluso nel senso che si tratterebbe sostanzialmente di una disposizione "di secondo grado": l'art. 2 non stabilirebbe in quali casi ("*ove*") alla presentazione della domanda consegua l'obbligo dell'Amministrazione di iniziare il procedimento, ma rinvierebbe implicitamente ad altre disposizioni normative "di primo grado" per l'individuazione dei casi specifici<sup>532</sup>.

Secondo tale impostazione, quindi, l'art. 2 si limiterebbe a codificare l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso e motivato ed entro il termine, una volta che il procedimento stesso sia stato avviato, ma non chiarirebbe nulla in ordine ai casi in cui l'obbligo di avviare il procedimento medesimo debba ritenersi sussistente<sup>533</sup>. Come diretta conseguenza di una simile ricostruzione, nel

---

<sup>531</sup> Si veda ad esempio Consiglio di Stato, IV, 27 marzo 1984, n. 180, in *Cons. St.*, 1984, I, 1, 257.

<sup>532</sup> Tale interpretazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990 appartiene a P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. (Aggiornamento), ad vocem*, 1999, 982, in particolare nella nota 15 dove l'Autore afferma che "La disposizione dell'art. 2, comma 1 l. n. 241 del 1990 presuppone l'esistenza, a monte, di un'altra norma (...) che determini, nella situazione data, l'«obbligo di procedere»: ove la presentazione dell'istanza del privato non determini, secondo la disciplina propria della fattispecie, tale obbligo (...) l'art. 2 comma 1 non ha applicazione".

<sup>533</sup> In senso critico circa tale impostazione si veda M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, cit., 103 s., il quale evidenzia che a tale orientamento dottrinale conseguirebbe che "i) l'operatore del diritto deve ricercare il fondamento dell'obbligo della p.a. di

caso in cui un procedimento fosse avviato “facoltativamente” ovvero in assenza di alcuna disposizione normativa specifica, l’Amministrazione non soggiacerebbe all’obbligo di conclusione nel termine previsto dall’art. 2<sup>534</sup>.

Un simile approccio sembra, tuttavia, ormai superato dalla costante elaborazione giurisprudenziale che, a poco a poco, ha individuato una molteplicità di ipotesi in cui la doverosità del provvedere è riconosciuta seppure svincolata dal mero dato formale-giuridico e, quindi, senza discendere direttamente da una specifica previsione normativa.

In ogni caso, l’obbligo di provvedere sussiste, in primo luogo, nelle ipotesi in cui la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un’istanza, attribuendo in questo modo in capo a quest’ultimo la titolarità di una situazione giuridica qualificata e differenziata. Infatti, se la legge prevede il diritto di domanda si crea una “*necessaria correlazione*” tra tale diritto e l’obbligo di provvedere<sup>535</sup>.

Anche di recente i giudici amministrativi hanno ribadito che “*Il silenzio-rifiuto disciplinato dall’ordinamento è istituto riconducibile a inadempienza dell’Amministrazione, in rapporto ad un sussistente obbligo di provvedere (...); tale*

---

avviare un procedimento amministrativo, rispetto ad una determinata domanda del cittadino, individuando *al di fuori dell’art. 2 della l. n. 241/1990* specifiche disposizioni di legge o di regolamento che tale obbligo di avvio dispongano; *ii*) qualora siffatte disposizioni di «primo grado» non vengano rinvenute, ciò significa che *non esiste* l’obbligo della p.a. di avviare il procedimento e che, dunque, non scatta neppure la disposizione di «secondo grado» rappresentata dall’art. 2 della l. n. 241/1990, in quanto un procedimento che non deve essere obbligatoriamente avviato non deve neppure essere obbligatoriamente concluso; *iii*) dunque, verrebbe smentita in radice, accogliendo tale lettura dell’art. 2 della l. n. 241/1990, la tesi (...) secondo cui ad ogni domanda del cittadino corrisponde un obbligo di provvedere della pubblica amministrazione; al contrario, tale obbligo non sussisterebbe sempre, ma solo «*ove*» puntuali disposizioni normative (estranee alla l. n. 241/1990) lo contemplino”.

<sup>534</sup> Si veda P.G. LIGNANI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, B. CAVALLO (a cura di), Napoli, 1993, 36, nota 2, dove viene affermato che “... l’interpretazione letterale della norma conduce alla conclusione che se il provvedimento non è normativamente dovuto, non diviene tale solo perché l’amministrazione, pur non essendovi tenuta, abbia aperto il procedimento: non sussiste un ipotetico dovere generale di portare a conclusione tutti i procedimenti una volta che abbiano avuto inizio, ma solo il dovere di concludere quelli la cui stessa apertura è obbligatoria”.

<sup>535</sup> Così F. BRIGNOLA, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 3.

*obbligo può discendere dalla legge, da un regolamento o anche da un atto di autolimitazione dell'Amministrazione stessa, ed in ogni caso deve corrispondere ad una situazione soggettiva protetta, qualificata come tale dall'ordinamento*<sup>536</sup>.

Nello stesso senso è stato affermato che “... la rilevanza giuridica dell'inerzia dell'amministrazione ai fini dell'impugnativa dinanzi al giudice amministrativo dipende, in primo luogo, dalla possibilità di configurare in capo alla P.A. un obbligo di provvedere, la cui violazione assume le note sembianze del silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento); e (...) non può dubitarsi che la fonte primaria di un siffatto obbligo vada rinvenuta nella legge, ogniqualvolta questa riconosca al privato la facoltà di presentare un'istanza, riconoscendogli così la titolarità di una situazione qualificata e differenziata: in altri termini, di fronte alle istanze dei privati sussiste sempre l'obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta dalle norme, se cioè è prevista dalla legge”<sup>537</sup>.

Quindi, in tutti i casi in cui sia la legge a prevedere espressamente la possibilità per un soggetto specifico di presentare un'istanza (ma anche una proposta), che pertanto è da ritenersi “tipizzata”, sorge in capo all'Amministrazione l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso<sup>538</sup>.

### **3. Obbligo di provvedere e principi generali regolatori dell'azione amministrativa.**

Già da tempo autorevole dottrina aveva intravisto la possibilità che, oltre al caso in cui l'obbligo “di parlare” fosse previsto da una norma giuridica, caso in cui

---

<sup>536</sup> Si veda T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 dicembre 2009, n. 3184.

<sup>537</sup> Così T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 11 dicembre 2007, n. 2052, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 12, 3735.

<sup>538</sup> In questo senso R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, 40.

“... naturalmente non v'è da discutere”, tale obbligo potesse sussistere anche a fronte di esigenze pratiche e sociali, e, quindi, in ulteriori casi in cui la legge non lo avesse espressamente previsto e sulla base di c.d. “*criteri di buona amministrazione*”<sup>539</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, con il tempo elaborato un'ampia casistica di ipotesi nelle quali l'Amministrazione deve attivarsi anche in assenza di una norma legislativa che le imponga espressamente l'obbligo di provvedere in quella determinata circostanza e, quindi, riconoscendo che fonte di quest'ultimo possa anche non essere una norma specifica.

In particolare, la giurisprudenza ha iniziato a concentrarsi sulla elaborazione dei criteri di individuazione della doverosità dell'esercizio espresso del potere da parte dell'Amministrazione a partire dalla storica decisione di cui alla più volte richiamata Adunanza Plenaria n. 10/1978. Va da sé, infatti, che una volta chiarito che l'esperibilità della tutela giurisdizionale è subordinata alla sussistenza di un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, della cui violazione viene chiesto l'accertamento giudiziale, il problema della definizione dei casi in cui tale obbligo sussiste ha assunto una rilevanza fondamentale.

Già nella decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato del 5 marzo 1986, n. 237<sup>540</sup> veniva specificato che l'obbligo a provvedere “... può derivare dalla legge, ovvero (...) può essere rinvenuto nella peculiarità della fattispecie per cui ragioni di giustizia ed equità impongono l'adozione di un provvedimento al fine soprattutto di

---

<sup>539</sup> U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), II, parte 2, Milano, 1915, 714-715. Sulle conclusioni a cui, tuttavia, giungeva l'Autore si rinvia al par. 1 del Cap. I, si ricorda solo che l'Autore specificava che “... Ma è chiaro che questa obbligatorietà, per dir così, obiettiva e generica, non può esser base sufficiente a costituire quel «*debut*», da cui prende le mosse la presunzione che interpreta il silenzio come manifestazione di volontà. E ciò perché questa presunzione non pare possa utilmente applicarsi fuori dei rapporti concreti, con soggetti determinati, in cui funziona quasi come sanzione di un obbligo di «parlare» che, se fonda sul rispetto ad esigenze generali, incombe, in concreto, nei riguardi di soggetti determinati ed anzi, di solito, nello svolgimento di un preesistente rapporto. Tutto ciò, s'intende, astrazione fatta dai casi per i quali la presunzione è costituita dalla legge stessa”.

<sup>540</sup> In *Cons. St.*, 1986, I, 1, 359 s.

*consentire al privato interessato (in relazione alla particolarità del processo amministrativo che è essenzialmente un processo sull'atto) di adire la giurisdizione per la tutela delle proprie ragioni”.*

Anche nella già richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 novembre 1986, n. 730<sup>541</sup> si è visto come, sulla base del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, venisse individuata in via pretoria la regola secondo la quale nel caso in cui, dopo che l'atto sfavorevole fosse divenuto inoppugnabile e l'Amministrazione avesse emanato, per casi simili, provvedimenti favorevoli agli interessati, ai quali il destinatario del provvedimento inoppugnabile si fosse richiamato richiedendone l'applicazione nei propri confronti, potesse non trovare applicazione il principio secondo cui l'Amministrazione, ancorché ritualmente diffidata, non abbia l'obbligo di provvedere sull'istanza volta ad ottenere il riesame di una situazione già definita con provvedimenti divenuti inoppugnabili.

Il campo nel quale tale ultimo orientamento si è formato e in seguito sviluppato è stato quello del pubblico impiego dove il fatto che le stesse situazioni ricevessero un trattamento diverso a causa di un mutato indirizzo interpretativo divenuto più favorevole al soggetto che sia stato valutato successivamente, creava sicuramente maggiori e più immediati problemi e sensazioni di disagio.

In un primo commento alla suddetta decisione n. 730/1986 veniva messo in luce che “... *il fondamento dell'obbligo affermato – contrariamente a quanto avviene di regola – non è stato rinvenuto in alcuna norma puntuale inattuata (...), esso pertanto, va necessariamente riferito al principio d'imparzialità ed a quello di buon andamento della pubblica amministrazione sanciti dall'art. 97 cost., principi ai quali nel caso di specie (...) è stato riconosciuto un contenuto immediatamente precettivo*

---

<sup>541</sup> In *Foro amm.*, 1986, III, 2402 s.

*specificato nell'uguaglianza o meglio nell'uguale trattamento da riservare ai soggetti titolari di situazioni simili*<sup>542</sup>.

Successivamente, il principio in base al quale è necessario andare oltre agli schemi usuali secondo cui il giudice poteva dichiarare la sussistenza di un obbligo di provvedere solo in presenza di inerzia riferibile a comportamenti fissati da norme specifiche, rinvenendo, invece, il fondamento di tale obbligo in altri principi contenuti nell'ordinamento valutati alla luce delle circostanze di fatto del caso concreto, si è continuato ad evolvere e perfezionare.

A dimostrazione di ciò, è interessante ricordare che nella circolare n. 60397-7/463 dell'8.1.1991 il Ministero della Funzione Pubblica, nel fornire alcune indicazioni sulla (da poco avvenuta) generalizzazione dell'obbligo di provvedere e sulla individuazione delle fonti di quest'ultimo, in linea con i suddetti indirizzi giurisprudenziali, rilevava che il silenzio-rifiuto si configura non soltanto quando l'obbligo di provvedere deriva da una norma di legge, da un regolamento o da un atto amministrativo, ma anche quando, per la particolarità della fattispecie, *“ragioni di giustizia ed equità, in sostanziale attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, impongono l'adozione di un provvedimento espresso, anche al fine di consentire all'interessato di adire la giurisdizione per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive”*.

A seguito della codificazione dell'obbligo di provvedere di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990, che, come visto, non fornisce chiare indicazioni in ordine alle

---

<sup>542</sup> Così L. SANDULLI NAPOLEONI, *L'imparzialità dell'azione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1986, III, 2404 s., la quale osservava inoltre che “... spesso la «parzialità» dell'azione amministrativa, trovi ingresso nel giudizio amministrativo attraverso il sindacato dell'eccesso di potere, vizio il cui accertamento viene svolto mediante una valutazione dell'attività racchiusa in un provvedimento o dell'attività relativa ad un comportamento, peraltro puntualmente fissato da una norma. Nel caso deciso invece la norma posta a fondamento dell'obbligo di agire è, in via immediata, quella contenuta nel comma 1 art. 97 cost., ed il vizio venuto in rilievo, con riferimento al comportamento complessivamente tenuto dalla p.a. è quello di violazione di legge”.

circostanze in base alle quali possa ritenersi sussistente l'obbligo di procedere, tale tendenza giurisprudenziale è andata sempre più evolvendosi nel verso di un maggiore riconoscimento dell'obbligo dell'Amministrazione di attivarsi anche in assenza di una norma specifica che tale obbligo imponga.

Ne è un esempio la decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 15 marzo 1991, n. 250<sup>543</sup>, dove non solo viene riaffermato che *“L’omissione di provvedimento da parte della Pubblica amministrazione può acquistare rilevanza come ipotesi di silenzio-rifiuto (una volta espletato il relativo procedimento) soltanto nel caso in cui sussista un obbligo di provvedere in base alla legge o alla peculiarità della fattispecie per la quale ragioni di giustizia ed equità impongono l’adozione di un provvedimento, al fine soprattutto di consentire al privato (...) di adire la giurisdizione per la tutela delle proprie ragioni”*, ma viene anche chiarito che il giudizio di legittimità sul silenzio-rifiuto *“... tende a stabilire la fondatezza della pretesa, perché non sarebbe utile, se questa è infondata, imporre all’Amministrazione l’obbligo di una pronuncia espressa; l’obbligo di provvedere, quindi, non va dichiarato in astratto, ma in relazione alla domanda, e quel che si invoca dal giudice impugnando il silenzio-rifiuto non è una pronuncia qualsiasi, bensì una pronuncia di contenuto positivo relativa ad un preteso provvedimento che sia soddisfacente dell’interesse fatto valere”*.

Una tappa importante di questo percorso evolutivo si rinviene nella decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 14 dicembre 2004, n. 7955<sup>544</sup>, nella quale, a fronte di un’istanza presentata dal soggetto privato, i Giudici rilevavano che “...

---

<sup>543</sup> In *Cons. St.*, 1991, I, 1, 422 s.

<sup>544</sup> In *Foro amm. – CDS*, 2004, 12, 3502. Nel caso di specie una società concessionaria di un’area demaniale marittima interclusa da un’adiacente area demaniale concessa ad altre ditte, non disposte a consentire il passaggio, chiedeva al Comune, alla Regione e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di pronunciarsi sull’esistenza della servitù di passaggio ritenuta necessaria. Non avendo ottenuto alcuna risposta la società proponeva dapprima ricorso avanti al T.A.R. – il quale lo respingeva – e quindi appello al Consiglio di Stato.

*indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97, Cost.), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia”.*

Il Consiglio di Stato ritiene, dunque, che l'obbligo di adozione di un provvedimento espresso possa sussistere – a prescindere (“*indipendentemente*”) e quindi anche in mancanza di una specifica norma che imponga l'obbligo di pronunciarsi sull'istanza – anche “*ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale*” lo impongano. E nell'affermare ciò i Giudici richiamano non solo i principi di trasparenza e di partecipazione, ma anche il dovere di correttezza e di buona amministrazione, in relazione al quale il privato sarebbe titolare di una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia<sup>545</sup>.

Nel solco di tale pronuncia<sup>546</sup> è stato in seguito affermato, a più riprese, che l'obbligo di conclusione del procedimento, ai sensi dell'art. 2 della legge n.

---

<sup>545</sup> Si veda anche Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 3129 s. e in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 3, 339 s., con nota di I. PAGANI, *Il Consiglio di Stato torna sul «clare loqui»*, 342-346. In tale decisione viene affermato che “In presenza di un'istanza della parte privata titolare di un contratto di fornitura di servizio (...) e finalizzata a sollecitare la facoltà dell'amministrazione di rinnovare (...) il contratto (...), l'amministrazione - in conformità agli obblighi di lealtà, correttezza e solidarietà, insiti nei principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della p.a. - ha l'obbligo di concludere il relativo procedimento con un provvedimento espresso, corredato di apposita motivazione in ordine alla tutela dell'interesse pubblico in questo modo perseguito, dovendosi rinvenire in capo alla parte istante una posizione differenziata tutelabile (derivante dall'essere titolare del contratto di fornitura del servizio e nella esistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge per ottenere il rinnovo contrattuale), avendo essa interesse a conoscere con congruo e ragionevole anticipo le intenzioni dell'amministrazione circa l'utilizzazione o meno della facoltà di rinnovo del contratto in atto, quanto meno al limitato (ma non certo irrilevante) fine di poter adeguatamente programmare la propria attività rivolgendo l'attenzione e l'impegno ad altre occasioni di lavoro”.

<sup>546</sup> Parte della dottrina ha ritenuto che la suddetta pronuncia, seppure sicuramente significativa, essendosi tuttavia mantenuta nel solco tradizione, non avrebbe comportato “novità di rilievo”. In



241/1990, trova la propria base giuridica nei principi fondamentali dell'azione amministrativa, quali, in particolare, il principio di imparzialità, quello di buon andamento, quello di legalità, quello di doverosità, quello di trasparenza, quello di partecipazione, il principio dell'affidamento nonché negli obblighi di lealtà, correttezza e solidarietà.

Ad esempio è stato ribadito che *“L'inerzia dell'amministrazione è contraria ai principi di buon andamento della p.a. e dell'affidamento del cittadino nel corretto svolgimento dell'azione amministrativa che impongono la conclusione di ogni procedimento con un provvedimento espresso”*<sup>547</sup> e che secondo un orientamento costante del giudice amministrativo l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990, *“... deve pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati e in conseguenza ha sempre l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, positivo o negativo (e che dia puntuale contezza delle relative ragioni) in ossequio ai principi di affidamento, legittima aspettativa,*

---

particolare si veda R. DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 6, 699.

<sup>547</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2007, n. 5772, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 11, I, 3149. Nello stesso senso anche Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 457, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 2, 513. Si veda anche T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 agosto 2007, n. 3112, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dove si chiarisce che *“La violazione dell'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso ha una rilevanza specifica non solo sul versante del rimedio apprestato dall'ordinamento nei casi di inerzia dell'amministrazione, ossia nelle ipotesi di patente contrasto con il precetto di cui all'art 2, comma 1 della legge 241/90 a seguito del mancato esercizio, nei termini di legge o regolamentari, della potestà provvedimentale. Invero, poiché l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso costituisce precipitato tecnico del canone di buon andamento della P.a., di cui all'art 97 cost., l'interpretazione più conforme a Costituzione del predetto obbligo è quella che non riconosce diritto di cittadinanza ad una potestà soprassessoria della P.a. capace di tramutarsi in un rinvio sine die del pronunciamento sulla fattispecie concreta. Ciò è tanto più vero ogni qualvolta il procedimento sia stato avviato ad iniziativa del privato il quale vanta una posizione giuridicamente qualificata a conoscere in termini inequivocabili la volontà dell'interlocutore pubblico, senza che quest'ultimo possa opporgli incondizionatamente ragioni vevoli a fini di moratoria generalizzata di intere categorie procedurali”*.

*trasparenza, partecipazione, correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.*»<sup>548</sup>.

Giova giusto accennare al fatto che all'espressione del "buon andamento", spesso se non sempre richiamata nei suddetti orientamenti giurisprudenziali, secondo parte della dottrina<sup>549</sup> corrisponde nel diritto sovranazionale quella di "buona amministrazione" che è stata assunta dalla Carta di Nizza<sup>550</sup> a vero e proprio diritto. Infatti, l'art. 41 della Carta stessa (contenuto nel Capo V dedicato alla "Cittadinanza") sancisce il "diritto ad una buona amministrazione"<sup>551</sup> prevedendo al paragrafo primo il diritto di ogni individuo a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole. Il diritto ad una buona amministrazione si articola poi nel diritto di ogni individuo ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento pregiudizievole, nel diritto di accedere al fascicolo che lo riguarda e nell'obbligo per l'Amministrazione di motivare le proprie decisioni (art. 41, paragrafo secondo)<sup>552</sup>.

---

<sup>548</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 febbraio 2010, n. 1397, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio Roma, sez. III *quater*, 27 settembre 2010, n. 32489, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 13 gennaio 2011, n. 24, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 1, 254.

<sup>549</sup> In particolare, A. COLAVECCHIO, *Sui fondamenti giuridico-costituzionali dell'obbligo di provvedere*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 2-3, 254.

<sup>550</sup> Ovvero la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e proclamata nuovamente, con qualche modifica, a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

<sup>551</sup> Sul diritto ad una buona amministrazione in ambito europeo si veda *ex multis* R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), Bologna, 2001, 284 s.

<sup>552</sup> E' stato osservato che "In senso comprensivo e riassuntivo il diritto ad una buona amministrazione, pertanto, sembra avere quale proprio essenziale referente la correttezza procedurale o, se si preferisce, "comportamentale" dell'attività amministrativa". In particolare si veda D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it), n. 9/2010. Anche se l'art. 51 della Carta, nello stabilire il proprio ambito di applicazione, prevede che le disposizioni della Carta stessa si applichino alle Istituzioni, agli organi dell'Unione e agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, è stato osservato che, in realtà, se "... si va ad osservare di quali principi si tratta, ci si rende conto che essi praticamente coincidono con quelli seguiti negli ordinamenti nazionali e segnatamente nel nostro". Così V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - I parte*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2005, 2.

L'art. 41 della Carta di Nizza è norma che, nel livello in cui stabilisce un principio, è applicabile anche all'Amministrazione nazionale, in virtù del rinvio operato dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 ai principi dell'ordinamento comunitario<sup>553</sup>. Tale conclusione è comunque confermata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2007 avvenuta nel 2009<sup>554</sup> che ha sostituito l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea attribuendo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati e, quindi, superando la mera valenza politica dell'atto<sup>555</sup>.

D'altro lato, anche le "esigenze di trasparenza" vengono frequentemente invocate dalla giurisprudenza al fine di affermare la sussistenza dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, anche con un provvedimento di rigetto, rispetto a qualsiasi domanda del cittadino, addirittura se presentata da soggetti privi di legittimazione. Ciò in quanto si ritiene che l'ampia formulazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 241/1990 rappresenti "*la consacrazione normativa*" di una tesi secondo cui "*... dopo la legge sul procedimento, l'obbligo per la Pubblica amministrazione di fornire una risposta all'istanza del cittadino discenda dalla semplice presentazione della stessa, e non richieda più neanche la sussistenza di una specifica situazione legittimante (...) ciò in quanto le norme surrichiamate hanno*

---

<sup>553</sup> Sul quale si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 98-100, il quale chiarisce che "... la circostanza che la disposizione legislativa (...) faccia riferimento ai principi in quanto tali (...) presenta un preciso rilievo: ciò che conta, affinché il rinvio produca gli effetti consentiti dall'ordinamento nazionale, è, oltre all'essere un determinato precetto rilevante per il diritto, [che] esso si configuri come «principio»".

<sup>554</sup> In questo senso A. COLAVECCHIO, *Sui fondamenti giuridico-costituzionali dell'obbligo di provvedere*, cit., 258.

<sup>555</sup> Il paragrafo 1 dell'art. 6 del TUE dispone infatti che "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati". Nella giurisprudenza comunitaria il dovere dell'Amministrazione di provvedere tempestivamente è pacificamente riconosciuto da tempo come un principio dell'ordinamento comunitario. Cfr. G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 177 s.

*definitivamente sancito l'intrinseca illegittimità del silenzio-rifiuto, riconnettendolo ad una situazione, per così dire, di lesione sintomatica dell'interesse legittimo di colui che sarebbe dovuto comunque essere destinatario di una pronuncia - non importa se positiva, negativa o interlocutoria - da parte dell'Autorità adita". Da questo punto di vista, "... la l. n. 241/1990, ancorché legge di principi, esplica poi un effetto precettivo direttivo (atteggiandosi in tal modo a vera e propria legge del procedimento amministrativo) in tutti i casi in cui le esigenze partecipative, di trasparenza e buona amministrazione non abbiano uno specifico riscontro nella disciplina del singolo procedimento"<sup>556</sup>.*

Un ulteriore e imprescindibile passaggio giurisprudenziale, apprezzabile soprattutto per il tentativo di conferire ordine alla materia, è rappresentato dalla pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato dell'11 maggio 2007, n. 2318<sup>557</sup>.

In tale decisione i Giudici rilevano preliminarmente che è solo in presenza di un obbligo di provvedere che l'inerzia dell'Amministrazione assume rilevanza giuridica di silenzio-rifiuto e che, pertanto, l'aspetto propedeutico per la definizione dell'ambito dell'obbligo di provvedere consiste nella previa individuazione delle *"fattispecie dalle quali sorge in capo alla Pubblica Amministrazione un obbligo di pronunciarsi sulle istanze dei privati"*.

I Giudici distinguono, quindi, il caso in cui *"la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un'istanza, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata"*, caso nel quale l'obbligo di provvedere sussiste

---

<sup>556</sup> Così T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 6 settembre 2001, n. 5018, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che richiama il precedente rappresentato da T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 10 gennaio 1997, n. 10, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nello stesso senso anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 novembre 1993, n. 1440, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 11 ottobre 2007, n. 9948, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 5 marzo 2008, n. 2123, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, 1 aprile 2008, n. 2727, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, 23 giugno 2008, n. 7250, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>557</sup> In *Foro amm.* - CDS, 2007, 5, 1568.

in quanto *“di fronte alle istanze dei privati vi è sempre un obbligo di provvedere se l’iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta dalle norme, se cioè è prevista dalla legge”*, da quello in cui *“l’obbligo di provvedere possa essere configurato anche in assenza di una espressa previsione legislativa che “tipizzi” l’istanza del privato”*.

In riferimento a quest’ultimo aspetto il Consiglio di Stato ritiene che l’obbligo di provvedere non debba essere necessariamente ancorato ad una previsione espressa del legislatore e ricorda come *“Ormai da tempo, infatti, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, partendo dal principio generale della doverosità dell’azione amministrativa, ed integrandolo con le regole di ragionevolezza e buona fede, tendono ad ampliare l’ambito delle situazioni in cui vi è obbligo di provvedere, al di là di quelle espressamente riconosciute dalla legge”*.

Viene così riconosciuto un obbligo di provvedere di dimensioni assai più ampie rispetto alle situazioni espressamente tipizzate dalla legge proprio perché il fondamento di tale obbligo viene individuato all’interno degli stessi principi regolatori dell’azione amministrativa.

Si ravvisa quindi l’esistenza dell’obbligo di provvedere, *“... oltre che nei casi stabiliti dalla legge, in fattispecie ulteriori nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l’adozione di un provvedimento”*. E, nel richiamare il precedente della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 7955/2004, i Giudici affermano che in questo modo si estendono le possibilità di protezione contro le inerzie della Amministrazione *“pur in assenza di una norma ad hoc che imponga un dovere di provvedere”*.

Dunque, ancora una volta, l’esistenza dell’obbligo di provvedere viene ancorata, a prescindere dall’esistenza del dato formale, al principio generale della doverosità dell’azione amministrativa, alle regole della ragionevolezza, alle regole della buona fede, alle ragioni di giustizia e di equità, al principio di trasparenza, al

principio di partecipazione, alle esigenze di giustizia sostanziale, al dovere di correttezza e a quello di buona amministrazione.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, nella medesima pronuncia, non si limita ad accertare il fatto che l'obbligo di provvedere della pubblica Amministrazione può nascere anche in assenza di una norma che consenta espressamente al privato di presentare un'istanza, ma afferma testualmente la necessità di “*compiere uno sforzo ricostruttivo ulteriore*” al fine stabilire se le molteplici situazioni prospettabili possano rientrare tra le “*fattispecie non tipizzate*” da cui derivi comunque un obbligo a carico dell'Amministrazione di provvedere.

In questo senso i Giudici affermano l'opportunità di distinguere tre categorie di atti amministrativi alla cui emanazione il cittadino può avere interesse, per poi verificare, in relazione a ciascuna di esse, se esiste, a fronte dell'istanza del privato, il correlativo obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione.

A questo fine la VI Sezione distingue tra istanze dirette ad ottenere atti di contenuto favorevole che ampliano la sfera giuridica del richiedente, istanze finalizzate all'ottenimento del riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati e istanze volte ad ottenere “*atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali)*”.

Rinviando l'esame di quest'ultima “categoria” a quanto sarà detto nel prossimo paragrafo, giova rilevare che in relazione alla prima categoria, i Giudici evidenziano che l'istanza diretta ad ottenere un provvedimento favorevole determina un obbligo di provvedere quando chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo. Infatti “*Non è seriamente dubitabile (...) che colui che ha un interesse differenziato e qualificato ad un bene della vita per il cui conseguimento è necessario l'esercizio del potere amministrativo sia titolare di una situazione giuridica che lo legittima, pur in*

*assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa, a presentare un'istanza dalla quale nasce in capo alla P.A. quantomeno un obbligo di pronunciarsi”.*

Tuttavia, rileva il Consiglio di Stato che anche in questi casi l'obbligo di provvedere, *“pur sussistendo in astratto, può risultare mancante in concreto”* qualora, ad esempio, la domanda inoltrata dal privato sia manifestamente infondata o esorbitante dall'ambito delle pretese astrattamente riconducibili al rapporto amministrativo.

Pertanto, il c.d. diritto di domanda con il correlato obbligo di provvedere, anche se non previsto dalla legge, può sussistere, in concreto, nel caso in cui chi presenta l'istanza sia titolare di un interesse legittimo pretensivo<sup>558</sup>.

D'altronde, autorevole dottrina ha ben chiarito che *“... l'interesse legittimo vive (fuori e prima del processo, quale situazione sostanziale tutelata dalle norme che disciplinano l'azione amministrativa) nella fase dell'esercizio del potere amministrativo disciplinatore di un (nuovo) assetto di interessi; e serve proprio per favorire (l'adozione di) una disciplina, in cui trovi realizzazione l'interesse del privato al bene della vita, cui l'interesse legittimo è strumentalmente collegato”*<sup>559</sup>.

Quanto alle istanze volte ad ottenere il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati ma non impugnati tempestivamente, la VI Sezione ricorda che, secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, *“l'istanza del privato mirante ad ottenere il riesame da parte della Pubblica amministrazione di un atto autoritativo, non impugnato tempestivamente dal medesimo, non comporta, di regola, la configurazione di un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo*

---

<sup>558</sup> In questo senso R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., 42 s.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2011, 1548 s.

<sup>559</sup> Così F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, II, 249.

*inficerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale che sono alla base dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e della inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti”.*

L'affermazione del principio di atipicità delle fonti dell'obbligo di provvedere trova conferma anche nella giurisprudenza più recente la quale ha riconosciuto che la sussistenza dell'obbligo di provvedere posto a carico dell'Amministrazione possa desumersi non soltanto da puntuali disposizioni di legge, ma anche dalla peculiarità della fattispecie “... *nella quale ragioni di giustizia ed equità imporrebbero l'adozione di provvedimenti o, comunque, lo svolgimento di un'attività amministrativa alla stregua dei principi posti in via generale dall'art. 97 Cost.*”<sup>560</sup>.

Si tende, dunque, ad ampliare l'ambito oggettivo di applicazione della doverosità dell'esercizio del potere amministrativo al fine di estendere la conseguente possibilità di chiedere (e ottenere) protezione giurisdizionale contro l'inerzia dell'Amministrazione pur in assenza di una norma *ad hoc* che imponga, nel caso specifico, l'obbligo di provvedere. E tale ampliamento viene effettuato sulla base dell'ancoraggio dell'obbligo di provvedere a prescrizioni di carattere generale o ai principi generali dell'ordinamento che regolano l'azione amministrativa<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> Così Consiglio di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5207. Si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12 maggio 2010, n. 10900, in *Foro amm. – TAR*, 2010, 5, 1681, nella quale si afferma che “L'obbligo di provvedere, a prescindere dall'esistenza di una specifica disposizione normativa impositiva dell'obbligo, è sussistente in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento; quindi, tutte quelle 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 delle determinazioni (qualunque esse siano) di quest'ultima”.

<sup>561</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 12 maggio 2011, n. 830, dove viene specificato che “Per ciò che attiene all'obbligo di provvedere, di regola, esso deriva da una norma di legge o di regolamento, ma può talora desumersi anche da prescrizioni di carattere generale o dai principi generali dell'ordinamento che regolano l'azione amministrativa, sicché, ad esempio, può originare dal rispetto del principio di imparzialità o trovare fondamento nel principio di buon andamento dell'azione amministrativa o nel principio di legalità della stessa azione amministrativa. Pertanto, si può ritenere che, a prescindere dall'esistenza di una specifica disposizione normativa, l'obbligo di provvedere



D'altronde, l'intimo legame sussistente tra la doverosità dell'esercizio del potere, l'art. 2 della legge n. 241/1990 e i principi generali regolatori dell'azione amministrativa era stato già da tempo messo in luce dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 23 luglio 1997, n. 262<sup>562</sup>, nella quale la Consulta ha affermato che con l'art. 2 è stata “... *aumentata l'efficacia dell'obbligo di provvedere già esistente nell'ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi sub procedimentali*”, dando in questo modo “... *applicazione generale a regole in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico*”.

#### **4. (Segue): Obbligo di provvedere e atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi.**

Come anticipato, con la richiamata pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 2318/2007, quest'ultimo, nel “*compiere uno sforzo ricostruttivo ulteriore*” al fine di individuare le fattispecie non tipizzate da cui derivi comunque un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, aveva distinto tre categorie di atti amministrativi alla cui emanazione il cittadino può avere interesse. In particolare, la VI Sezione aveva individuato, oltre alle istanze dirette ad ottenere atti favorevoli e

---

sussiste in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia ed equità impongano l'adozione di un provvedimento, cioè in tutte quelle ipotesi 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 delle determinazioni (qualunque esse siano) di quest'ultima (così Tar Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2010, n. 2704)”.

<sup>562</sup> In *Giur. cost.*, 1997, 2406.

ampliativi della sfera giuridica del richiedente e a quelle finalizzate all'ottenimento del riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, anche le istanze volte ad ottenere *“atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali)”*.

Tale ultima “categoria” era invero quella di maggiore interesse, almeno nel caso di specie, in quanto i giudici erano stati chiamati ad esaminare un caso di diffida presentata da un cittadino e finalizzata a sollecitare l'intervento della pubblica amministrazione per inibire un comportamento ritenuto scorretto<sup>563</sup>.

Dunque, per quanto riguarda tale terza categoria, ossia quella dei c.d. interessi strumentali, il Consiglio di Stato rileva come tale categoria sia *“maggiormente problematica”*.

In particolare, viene chiarito che quando il privato sollecita l'esercizio di poteri sfavorevoli, che possono essere repressivi, inibitori o sanzionatori, nei confronti di terzi, la difficoltà risiede nel fatto che *“non è sempre agevole distinguere tra l'istanza che fa nascere l'obbligo di provvedere e il semplice “esposto”, che ha mero valore di denuncia inidonea a radicare una posizione di interesse tutelata sia dall'apertura del procedimento conclusivo, sia dalla conclusione dello stesso in modo conforme alle aspettative dell'istante”*.

---

<sup>563</sup> Nel caso di specie l'istante era il proprietario di un'abitazione vicina ad una spiaggia da lui frequentata e aveva impugnato avanti al T.A.R. il silenzio-rifiuto formatosi sulla propria istanza-diffida con la quale aveva rivolto un formale invito all'Amministrazione Comunale per l'adozione degli atti necessari ad evitare che venisse effettuata una pubblicità commerciale sonora a mezzo degli altoparlanti posti al servizio della spiaggia del Comune in quanto tali impianti erano stati predisposti esclusivamente per la diffusione di avvisi di pubblica necessità e/o di pubblico interesse e in quanto la diffusione di pubblicità di carattere commerciale era espressamente vietata dalla convenzione intervenuta tra il Comune e la società che gestiva gli impianti stessi. Il T.A.R. adito aveva dichiarato inammissibile il ricorso sul presupposto, tra l'altro, che la diffida era diretta ad ottenere un *“facere”* a carico del Comune e che la concreta disciplina della pubblicità riguardava il merito amministrativo che, in quanto tale, era precluso al sindacato del Giudice amministrativo.

Il criterio distintivo tra l'istanza, idonea a radicare il dovere di provvedere, e il mero esposto, inidoneo a radicarlo, viene ravvisato dal Consiglio di Stato *“nell'esistenza in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività”*.

Il Consiglio di Stato specifica, quindi, che *“Occorre, in altri termini, che il comportamento omissivo dell'Amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto, per l'appunto, titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile. Ove ciò accada, l'eventuale inerzia serbata dall'Amministrazione sull'istanza, assume una connotazione negativa e censurabile dovendo l'Ente dar comunque seguito (anche magari esplicitando l'erronea valutazione dei presupposti da parte dell'interessato) all'istanza”*.

Sulla base di tali considerazioni i Giudici hanno, quindi, ritenuto che, ad esempio nel caso di specie, nella posizione del ricorrente, in virtù del fatto di possedere un appartamento limitrofo alla spiaggia in cui si svolgeva l'attività illecita, fosse ravvisabile una situazione di specifico e rilevante interesse, differenziata da quella della generalità dei consociati e tale da radicare in capo all'Amministrazione un obbligo di provvedere sulla relativa istanza.

Pertanto, la presenza di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la posizione di un soggetto da quella della collettività, lo rende soggetto qualificato e, di conseguenza, l'amministrazione avrà l'obbligo di provvedere sulla sua istanza finalizzata ad ottenere atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi<sup>564</sup>.

---

<sup>564</sup> Appare rilevante anche la specificazione operata dal Consiglio di Stato circa la portata del sindacato giurisdizionale in relazione all'attività discrezionale. In particolare, viene affermato che *“L'eventualità che l'istanza presentata dal privato sia diretta ad ottenere un provvedimento*

Il problema del valore da attribuire alle istanze con le quali il privato tenda a sollecitare l'esercizio di poteri d'ufficio sfavorevoli nei confronti di terzi era stato, in realtà, già da tempo avvertito.

Tuttavia, la questione relativa alla tutelabilità dei c.d. *“interessi occasionalmente protetti”* era stata originariamente collegata inscindibilmente alla realizzazione dell'interesse pubblico. Ad esempio, come visto<sup>565</sup>, nella decisione della V Sezione del Consiglio di Stato del 25 maggio 1956, n. 418<sup>566</sup>, veniva chiarito che le norme sono *“preordinate al soddisfacimento di interessi generali”* e *“accordano una tutela mediata e riflessa al singolo che, per la sua particolare situazione, possa trarre una concreta utilità dalla loro osservanza”*. Stanti tali premesse veniva comunque affermato, in un sistema (allora) improntato sull'istituto del silenzio-rigetto, che la diffida *“era certamente idonea a costituire, attraverso il silenzio, il provvedimento negativo impugnabile”*, e che *“non è dubbio che l'autorità comunale abbia l'obbligo di provvedere sulla istanza del privato che si pretenda leso da un'opera costruita in violazione delle vigenti norme legislative e regolamentari. In caso contrario, le posizioni d'interesse occasionalmente protetto, che alla osservanza di quelle norme sono correlative, resterebbero prive della loro naturale tutela giurisdizionale, per la mancanza di un atto negativo espresso o in un equivalente silenzio-rifiuto”*.

---

espressione di discrezionalità amministrativa se, infatti, preclude al Giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, non gli impedisce, tuttavia, di dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione rimasta inerte di provvedere sulla richiesta del privato (impregiudicato il contenuto dell'emanando provvedimento). Si arriverebbe altrimenti alla conclusione, inaccettabile e priva di qualsiasi fondamento normativo, di ritenere che contro l'inerzia della p.a. non vi sia tutela in tutti i casi in cui l'istanza del privato rimasta inevasa solleciti l'esercizio di poteri discrezionali”.

<sup>565</sup> Per l'analisi di tale pronuncia si veda *supra* Cap. II par. 2.

<sup>566</sup> In *Giur. It.*, 1957, III, 22 s.

La questione veniva così principalmente improntata sul se l'Amministrazione "abbia o no il dovere giuridico di intervenire coi suoi poteri repressivi" nel caso in cui l'attività individuale si svolga contro il pubblico interesse<sup>567</sup>.

In seguito, veniva sostanzialmente riconosciuto che l'avvio di procedimenti d'ufficio di tipo repressivo, inibitorio o sanzionatorio potesse avvenire anche a seguito della presentazione di istanze da parte di soggetti privati purché, al fine della configurazione dell'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, le norme che disciplinano l'esercizio del potere prendessero in considerazione in modo puntuale e specifico l'interesse del soggetto istante<sup>568</sup>.

Il Consiglio di Stato affermava, ad esempio, che al fine della possibile configurazione dell'obbligo dell'Amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato volta a sollecitare l'apertura di un procedimento disciplinare nei confronti di un docente, è necessario che il soggetto istante risulti titolare di una posizione qualificata che legittimi l'istanza, e cioè "... che le norme che disciplinano il potere ed il procedimento che regola il suo esercizio assegnino all'istante una situazione qualificata e differenziata"<sup>569</sup>. Ovvero che secondo principi pacificamente affermati dalla giurisprudenza amministrativa il silenzio dell'Amministrazione su istanze dei privati può essere fatto valere in sede giurisdizionale solo quando l'Amministrazione stessa abbia l'obbligo giuridico di provvedere su di esse e cioè quando i soggetti richiedenti agiscano in qualità di titolari di una posizione giuridica soggettiva protetta in modo espresso

---

<sup>567</sup> Così E. GUICCIARDI, *Interesse occasionalmente protetto ed inerzia amministrativa*, in *Giur. It.*, 1957, III, 21 s.

<sup>568</sup> In questo senso R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., 84 s.

<sup>569</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2003, n. 672, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 641, la pronuncia riporta come esempio il caso in cui nell'ambito del procedimento venga affidato ad un soggetto uno specifico potere di proposta rispetto al quale si configura, quindi, un dovere altrettanto specifico per l'amministrazione di prendere in considerazione la proposta e di rispondere e provvedere in modo esplicito.

dall'ordinamento<sup>570</sup>. Pertanto, ad esempio, veniva affermato che, nel caso di domanda di alcuni cittadini rivolta al Comune per ottenere limitazioni del traffico, “... *gli interessi delineati dagli appellanti e che essi hanno posto a base della loro azione giurisdizionale, sono interessi, ai quali essi partecipano non uti singoli ma uti universi, in quanto le norme dirette a soddisfarli sono poste dall'ordinamento a tutela di un interesse generale e non dei singoli soggetti*”, cosicché si tratterebbe di “... *interessi collettivi che i singoli possono far valere con azioni e ricorsi esperiti in nome proprio, ma a tutela di tali interessi generali, solo in casi del tutto eccezionali stabiliti positivamente dall'ordinamento (azioni popolari)*”<sup>571</sup>.

Tale impostazione viene criticata da chi considera invece che non possa ritenersi decisiva la circostanza che la posizione del soggetto sia presa in considerazione dalle norme che disciplinano l'esercizio del potere in quanto “... *siffatta interpretazione non è consentita dal sistema e contrasterebbe anche con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale*”<sup>572</sup>.

Un interesse specifico e differenziato viene invece sicuramente riconosciuto in capo al soggetto terzo che sollecita l'amministrazione all'esercizio dei poteri di repressione in materia di abusi edilizi<sup>573</sup>.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha da tempo affermato che il “... *fenomeno negativo del predetto latitante comportamento dell'Amministrazione (silenzio-rifiuto) sia censurabile quando dall'Amministrazione ci si debba comunque*

---

<sup>570</sup> Nel senso che il silenzio su istanze dei privati è impugnabile solo quando l'Amministrazione abbia l'obbligo giuridico di provvedere su di esse in ragione del fatto che i soggetti richiedenti agiscano in veste di titolari di una posizione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, si veda Consiglio di Stato, Sez.V, 8 marzo 2001, n. 1354, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>571</sup> Così Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2003, n. 5033, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 2557.

<sup>572</sup> Si veda R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., 84 s., il quale specifica che “... la giurisprudenza amministrativa ha ormai sconfessato la tesi secondo cui la partecipazione procedimentale prevista dall'ordinamento esclude, assorbendola, la tutela giurisdizionale attraverso il provvedimento conclusivo (o il silenzio serbato dalla p.a.)”.

<sup>573</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1555.

*attendere un comportamento conforme al perseguimento degli interessi pubblici cui essa è istituzionalmente deputata*". Di conseguenza, il silenzio-rifiuto è comunque censurabile "... se da un lato riguarda l'estrinsecazione di un comportamento (potenzialmente) comunque dovuto da parte dell'Amministrazione e, dall'altro sia attivato (...) non in maniera acritica e generalizzata, ma da chi vanta uno specifico e qualificato interesse"<sup>574</sup>.

Pertanto l'accertamento della sussistenza di una posizione qualificata e legittimante e di un'istanza "circostanziata" e "specificata" relativa a presunte realizzazioni abusive, comportano l'obbligo per l'Amministrazione di riscontrare l'istanza, anche se solo per dimostrarne l'eventuale infondatezza di presupposti, "... in quanto da un lato tale partecipazione si conforma all'evoluzione in atto dei rapporti tra Amministrazione e amministrato (titolare di una specifica posizione), e dall'altro perché in tale ipotesi il comportamento omissivo (spesso causa di un'inerte complicità agevolatrice del degrado edilizio), assume una sua sindacabile connotazione negativa"<sup>575</sup>.

La giurisprudenza ha, quindi, affermato che l'ampia sfera dei poteri di polizia urbana attribuiti in materia urbanistica all'Amministrazione comunale non esclude che rispetto ai singoli provvedimenti gli interessati siano portatori di un interesse legittimo: pertanto "... il proprietario di un'area o di un fabbricato, nella cui sfera giuridica incide dannosamente il mancato esercizio dei poteri ripristinatori e repressivi da parte dell'organo preposto, è titolare di un interesse legittimo

---

<sup>574</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6531, in *Foro amm.* - CDS, 2003, 2989, dove viene specificato anche che qualora "... Il comportamento omissivo (silenzio-rifiuto) dell'Amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato (in quanto, per l'appunto, titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile), tale comportamento assume una connotazione negativa e censurabile dovendo l'Amministrazione (titolare dei generali poteri-competenze in materia di controllo e di repressione sull'abusivismo edilizio) dar comunque seguito (anche magari esplicitando l'erronea valutazione dei presupposti da parte dell'interessato) all'istanza".

<sup>575</sup> Cfr. sempre Consiglio di Stato, Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6531, cit.

*all'esercizio di detti poteri e può pretendere, se non vengono adottate le misure richieste, un provvedimento che ne spieghi esplicitamente le ragioni, con la definitiva conseguenza che il silenzio serbato sull'istanza e sulla successiva diffida dell'interessato integra gli estremi del silenzio rifiuto sindacabile in sede giurisdizionale quanto al mancato adempimento dell'obbligo di provvedere espressamente*<sup>576</sup>.

Pertanto l'istante *“può pretendere quanto meno un provvedimento espresso sull'abuso circostanziatamente denunciato, in difetto di che può costituire nei modi ordinari (...) un silenzio-rifiuto di provvedere che è impugnabile (in quanto illegittimo siccome immotivato) nei modi normali, fino a costringere l'Amministrazione comunale all'emissione di un provvedimento espresso, che a sua volta sarà impugnabile ove ritenuto illegittimo”*. E ciò, dovendosi la funzione di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia esprimersi attraverso procedimenti che vengono avviati ad iniziativa d'ufficio, anche nel caso in cui non esista una perfetta corrispondenza tra quanto esposto nella denuncia e quello che sarà l'atto di avvio del procedimento repressivo-sanzionatorio, *“in quanto i fatti denunciati dal privato debbono pur sempre essere vagliati dall'ufficio sotto il profilo della loro esistenza materiale e della qualificazione giuridica della condotta attribuita al responsabile dell'abuso”*<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Così Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 677, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 460. Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2003, n. 7132, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 645, secondo cui *“Quando l'amministrazione competente omette di adottare, secondo i suoi doveri d'ufficio, i necessari provvedimenti di ripristino dello stato dei luoghi e di difesa del pubblico interesse, in relazione a costruzioni abusive, ovvero li ritardi senza giustificazione, il terzo interessato come il proprietario limitrofo, che nei confronti del potere amministrativo di repressione degli abusi edilizi è tra l'altro sempre titolare di un interesse qualificato al mantenimento delle caratteristiche urbanistiche assegnate alla zona - può, non solo spiegare le azioni civili di demolizione e, se ciò non sia possibile, quelle risarcitorie, ma è al tempo stesso legittimato a impugnare la mancata adozione di misure ripristinatorie e quindi l'inerzia formalizzata degli Organi comunali preposti, ovvero finanche l'illegittima comminatoria di una sanzione pecuniaria anziché demolitoria (e questo prescindendo, addirittura, da uno specifico danno per sottrazione di visuale, luce ed aria)”*.

<sup>577</sup> Così Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2003, n. 7132, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 3373.



In sintesi, quindi, in materia edilizia l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere sulle richieste dei cittadini non sussiste soltanto nel caso in cui essi chiedano un atto positivo in loro favore (permesso di costruire, autorizzazione ecc.), ma anche quando gli stessi chiedano l'eliminazione di abusi edilizi o, comunque, il rispetto della normativa edilizia o di piani convenzionati, qualora si trovino in un rapporto di stabile collegamento con l'area interessata dall'intervento, ossia si trovino in un rapporto diretto (proprietà o stabile dimora) con l'area sulla quale si realizza l'intervento (c.d. "criterio della *vicinitas*")<sup>578</sup>.

Le importanti statuizioni contenute nella richiamata decisione del Consiglio di Stato n. 2318/2007, ossia l'insorgere dell'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione a fronte dell'istanza presentata da un soggetto "qualificato" (titolare di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività) a prescindere dall'esame delle norme specifiche che disciplinano l'esercizio del determinato potere in questione ma in base all'analisi del caso concreto e della posizione effettivamente mantenuta dall'istante, sono state successivamente confermate e sviluppate.

Il Consiglio di Stato ha specificato, ad esempio che, fermo restando, per evidenti ragioni di certezza del diritto, il principio per cui non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di provvedere sull'istanza con la quale viene sollecitato l'esercizio dei suoi poteri sanzionatori (nel caso di specie in materia edilizia), laddove questi ultimi trovino fondamento in provvedimenti concessori o autorizzatori ormai inoppugnabili, qualora si tratti di opere che non abbiano un siffatto fondamento, "*... ove un cittadino segnali in maniera circostanziata l'esistenza di opere realizzate da terzi in difformità dal titolo concessorio, spetta al Comune,*

---

<sup>578</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 26 gennaio 2005, n. 578; T.A.R. Abruzzo, 7 novembre 2002, n. 1078; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2003, n. 7132, cit.

*nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza sull'assetto del territorio, riscontrare l'istanza in senso positivo (accertando l'effettiva esistenza degli abusi e assumendo i consequenziali provvedimenti) o negativo (evidenziando all'istante come e perché, se del caso all'esito dei necessari accertamenti, non si sia ritenuto di irrogare sanzioni)"*<sup>579</sup>. Con la conseguenza che in caso d'inerzia serbata dall'Amministrazione l'istante, in forza del criterio della *vicinitas*, deve ritenersi legittimato a proporre ricorso contro la stessa.

Giova accennare al fatto che anche in riferimento all'annosa questione relativa al regime della tutela giurisdizionale del terzo a fronte della presentazione di una denuncia/dichiarazione di inizio attività (DIA) o di una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), reputate dal terzo *contra legem*, la giurisprudenza è orientata nel senso di circoscrivere gli elementi idonei a far sorgere in capo all'Amministrazione l'obbligo di provvedere sulla sollecitazione all'esercizio dei poteri di verifica presentata dal terzo stesso. In particolare, senza voler in questa sede ripercorrere le note vicende giurisprudenziali e legislative che hanno interessato l'istituto in questione<sup>580</sup>, si segnala solo che recentemente il giudice amministrativo

---

<sup>579</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 177, in *Foro amm.* - CDS, 2009, 1, 131; *Riv. giur. edilizia*, 2009, 3, I, 898, commentata con favore da S. USAI, *Abusi edilizi: obbligo di provvedere anche se non lo dice la legge*, in *Diritto e pratica amministrativa – il Sole 24 Ore*, n. 3/2009, 40-44.

<sup>580</sup> Come noto, la disciplina della tutela giurisdizionale del terzo a fronte della presentazione di una denuncia/dichiarazione di inizio attività (DIA) o di una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), reputate dal terzo *contra legem*, è contenuta nell'art. 19 della legge n. 241/1990, come modificato dal decreto legge n. 138/2011, convertito con legge n. 148/2011. In particolare, il comma 6-ter dell'art. 19, esclude in primo luogo che la DIA e la SCIA costituiscano "provvedimenti taciti direttamente impugnabili", avendo in questo modo il legislatore optato, circa la natura giuridica dell'istituto, in senso conforme alla conclusione alla quale era giunta, dopo un serrato dibattito, la giurisprudenza amministrativa dapprima con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717 e poi con quella dell'Adunanza Plenaria del 29 luglio 2011, n. 15, quest'ultima di poco anteriore alla riforma legislativa del decreto legge n. 138/2011. Tuttavia il legislatore sembra invece, almeno in parte, aver sconfessato le conclusioni a cui era appena giunta la suddetta decisione dell'Adunanza Plenaria circa gli strumenti di tutela a disposizione del terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività e dal mancato esercizio del potere inibitorio da parte dell'Amministrazione. L'Adunanza Plenaria, infatti, aveva inteso l'inerzia protratta oltre il termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio come un "atto tacito di diniego del provvedimento inibitorio", impugnabile dal terzo dinanzi al giudice amministrativo nel termine ordinario di decadenza tramite un'azione di annullamento. Il comma 6-ter dell'art. 19 prevede invece ora che "Gli interessati possono sollecitare

(T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 aprile 2012, n. 1075<sup>581</sup>) ha specificato che il silenzio dell'Amministrazione, che consente di esperire l'azione ex art. 31 del codice del processo, presuppone, ai sensi del comma 6-ter dell'art. 19 della legge n. 241/1990, una "seria" sollecitazione da parte del terzo all'Amministrazione, affinché quest'ultima eserciti i propri poteri di verifica.

Nello specifico, i giudici hanno chiarito che "*... tale sollecitazione, pur non dovendo contenere formule sacramentali, debba però possedere una serie di minimi requisiti per così dire di "serietà", che la rendano idonea a porre in capo alla P.A. l'obbligo di esercitare i propri poteri di verifica e correlativamente a configurare, in caso di inerzia della P.A. stessa, un silenzio inadempimento, giuridicamente rilevante, censurabile davanti al giudice amministrativo con l'azione di cui all'art. 31 del D.Lgs. 104/2010*". Fra tali requisiti – specificano i giudici – deve senza dubbio annoverarsi la "*forma scritta, con l'indicazione – seppure di massima – della lamentata illegittimità dell'intervento edilizio e con la richiesta di esercizio del potere/dovere di verifica e di eventuale repressione*". In altri termini, la sollecitazione all'esercizio del potere "*non può confondersi con la generica denuncia di eventuali abusi edilizi, che può ovviamente essere effettuata da qualsivoglia cittadino anche in forma orale, ma che non appare però idonea a fondare il silenzio dell'Amministrazione di cui all'art. 31 del D.Lgs. 104/2010*"<sup>582</sup>.

Conclusivamente, sembra che in una generale spinta verso il rafforzamento della doverosità dell'esercizio dei poteri amministrativi, la giurisprudenza abbia

---

l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104". specularmente, l'art. 31 del codice del processo amministrativo è stato modificato dal d.lgs. n. 195/2011 (c.d. primo decreto correttivo) nel senso che l'azione avverso il silenzio possa essere esperita non solo decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo ma anche "negli altri casi previsti dalla legge".

<sup>581</sup> In *Foro amm.* - *TAR*, 2012, 4, 1126.

<sup>582</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 aprile 2012, n. 1075, cit.

ritenuto che in diverse ipotesi l'Amministrazione sia obbligata a dare seguito alle domande dei privati anche nel caso in cui siano rivolte ad ottenere, piuttosto che provvedimenti ampliativi nei propri confronti, provvedimenti sfavorevoli (repressivi, inibitori o sanzionatori) nei confronti di terzi soggetti, dall'adozione dei quali il richiedente possa comunque trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali). Elementi determinanti ai fini della sussistenza dell'obbligo dell'Amministrazione di avviare i relativi procedimenti d'ufficio sono stati rinvenuti dalla giurisprudenza da un lato, nella presenza di istanze formulate in modo sufficientemente serio e circostanziato da parte del soggetto privato e, dall'altro, nel fatto che quest'ultimo si trovi in una particolare posizione, tale da renderlo titolare di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati.

Sembra quindi che, sulla base dell'applicazione dei generali principi regolatori dell'azione amministrativa e al fine di garantire, comunque, l'accesso alla tutela giurisdizionale a fronte del comportamento omissivo dell'Amministrazione, il giudice amministrativo si stia orientando nel senso di attenuare il principio della piena discrezionalità amministrativa nell'esercizio dei poteri d'ufficio a favore dell'analisi delle concrete fattispecie e, quindi, del ruolo effettivamente svolto dal privato nel singolo caso di specie.

#### **5. La doverosità dell'esercizio dei poteri d'ufficio su sollecitazione del soggetto privato.**

L'ambito della doverosità dell'esercizio dei poteri d'ufficio su sollecitazione del soggetto privato sembra quindi che si stia, in alcune ipotesi, muovendo nella direzione di una maggiore consolidazione nel verso di una – sia pur graduale –

riduzione dell'applicazione del tradizionale principio della piena discrezionalità dell'Amministrazione.

Si è visto, infatti, come, qualora il privato solleciti l'esercizio di poteri d'ufficio repressivi, inibitori o sanzionatori nei confronti di terzi dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi, la giurisprudenza ormai unanimemente riconosce la possibilità che dalla posizione qualificata del soggetto istante possa discendere l'obbligo per l'Amministrazione di provvedere sulla relativa istanza.

Nel caso dei procedimenti di autotutela si ritiene, di norma, che l'Amministrazione non sia tenuta ad avviare il procedimento a seguito della presentazione della relativa richiesta delle parti interessate. Questo perché, secondo un consolidato orientamento, *“Non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile ab extra l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto; infatti, il potere di autotutela si esercita d'ufficio e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non c'è alcun obbligo giuridico di provvedere e non costituisce inadempimento la risposta espressa in relazione all'istanza del privato”*<sup>583</sup>.

Pertanto, l'esercizio del potere di autotutela costituisce una facoltà ampiamente discrezionale che l'Amministrazione non ha alcun obbligo giuridico di esercitare, con la conseguenza che le istanze volte a sollecitare l'esercizio di tale potere hanno una *“funzione di mera denuncia o sollecitazione, ma non creano in capo alla p.a. alcun obbligo di provvedere e non danno luogo a formazione di silenzio-*

---

<sup>583</sup> Cfr. *ex plurimis* T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 marzo 2011, n. 282, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 3, 891; Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, in *Red. amm. - CDS*, 2010, 3.

*inadempimento in caso di mancata definizione dell'istanza*<sup>584</sup>. Quindi, il potere di autotutela si esercita d'ufficio e non su istanza di parte e la giurisprudenza unanimemente ritiene che *“sulle eventuali istanze, aventi valore di mera sollecitazione, non c'è alcun obbligo giuridico di provvedere e, di conseguenza, non costituisce inadempimento la mancata risposta all'istanza”*<sup>585</sup>.

Secondo tale impostazione non si può pervenire a diversa conclusione neanche nel caso in cui sia richiesto l'intervento in via di autotutela nei confronti di atti di cui si affermi il carattere vincolato o dovuto in presenza di individuati presupposti di legge, in quanto *“... anche in tale ipotesi non muta, infatti, la natura della potestà esercitata, che introduce un procedimento di riesame di legittimità che ha a monte natura ampiamente discrezionale, indipendentemente dalla natura giuridica, vincolata o meno, del provvedimento preso in considerazione”*<sup>586</sup>.

Ad esempio, nel caso di richiesta di riesame della legittimità del provvedimento amministrativo ai fini del suo annullamento in via di autotutela, si ritiene pacificamente che sia implicato l'esercizio di una potestà discrezionale rimessa *“alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione”* poiché l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 ribadisce che il provvedimento illegittimo può essere annullato d'ufficio sussistendo le ragioni di interesse pubblico, *“... con scelta quindi che, ancorché in presenza di vizi afferenti alla validità dell'atto, resta subordinata ad una preventiva valutazione di opportunità dell'Amministrazione”*<sup>587</sup>.

In generale, qualora un soggetto presenti un'istanza diretta ad ottenere il riesame da parte dell'Amministrazione di un atto autoritativo non impugnato

---

<sup>584</sup> *Ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 919, *Foro amm. - CDS*, 2011, 2, 589.

<sup>585</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 04 febbraio 2011, n. 1073, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 2, 467.

<sup>586</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 5 luglio 2010, n. 22486, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 7-8, 2486; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 28 marzo 2011, n. 2721.

<sup>587</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234, in *Foro amm. - CDS*, 2008, 12, 3419.

tempestivamente non è di regola configurabile un obbligo di riesame “... *in quanto tale obbligo inficerebbe, tra l’altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale che sono alla base dell’agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e della inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti*”<sup>588</sup>.

Tale indirizzo trova, quindi, fondamento nella evidente necessità di evitare il superamento della regola della necessaria impugnazione dell’atto amministrativo entro in termine decadenziale: infatti quest’ultima regola potrebbe essere facilmente elusa qualora fosse ammissibile il ricorso all’istituto del silenzio-rifiuto ai fini dell’esercizio del potere di annullamento in sede di autotutela da parte dell’Amministrazione nei confronti di un provvedimento non impugnato tempestivamente<sup>589</sup>.

Tuttavia, è stato già osservato<sup>590</sup> che tale regola conosce delle eccezioni come nel caso in cui il soggetto privato presenti un’istanza diretta ad ottenere il riesame di atti sfavorevoli nei suoi confronti precedentemente emanati ma non impugnati tempestivamente qualora l’Amministrazione abbia emanato per casi simili provvedimenti favorevoli agli interessati e il destinatario del provvedimento chieda l’applicazione nei propri confronti di detto orientamento maggiormente favorevole; in questo caso, infatti, la giurisprudenza pacificamente rinvia, ormai da tempo, la

---

<sup>588</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, cit.; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2004, n. 3485, in *Foro amm. – CDS*, 2004, 1791; Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2000, n. 1765, in *Foro Amm.*, 2000, 914; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, in *Foro amm.*, 2000, 11.

<sup>589</sup> Si veda R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., 46 s., il quale specifica quindi che “Occorre concludere che nel nostro ordinamento, a differenza della esperienza di altri Paesi (es. Francia), l’autotutela non costituisce una specie di giustizia domestica ritenuta dall’Amministrazione in parallelo all’annullamento giurisdizionale, ma rappresenta l’esercizio di una tipica funzione amministrativa volta alla tutela di specifici interessi pubblici in relazione alla situazione concreta, i quali, proprio perché tali, debbono risultare diversi dal generico interesse al ripristino della legittimità”.

<sup>590</sup> Cfr. paragrafo 1 del presente capitolo.

sussistenza di un obbligo per l'Amministrazione di avviare il relativo procedimento di riesame in diretta applicazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa<sup>591</sup>.

Più in generale, si è visto come il suddetto principio non possa trovare applicazione nel caso di mutamenti della situazione di fatto e di diritto<sup>592</sup>, oppure nel caso di istanze presentate oltre il termine per l'impugnazione, con le quali si alleggi un grave ed evidente errore commesso al momento dell'emanazione dell'atto di cui si chiede il riesame<sup>593</sup>.

Dunque, in situazioni specifiche ed eccezionali, l'Amministrazione può trovarsi obbligata ad aprire il procedimento di autotutela, a seguito della sollecitazione del soggetto privato, per ragioni di giustizia e di equità e in ossequio ai principi di correttezza e buona fede, e quindi, sostanzialmente, in applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento<sup>594</sup>.

Nel caso in cui sia richiesto il riesame di un atto tempestivamente impugnato e ancora *sub judice* al momento della presentazione dell'istanza, è pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, anche in tali ipotesi,

---

<sup>591</sup> La prima sentenza in cui tale principio è stato consacrato è stata, come visto, Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 novembre 1986, n. 730, cit. Più recentemente si veda ad esempio T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 6 febbraio 2008, n. 164, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 2, 581, dove si afferma che "L'obbligo giuridico di provvedere non deve necessariamente derivare da una disposizione puntuale e specifica, ma può desumersi anche da prescrizioni di carattere generico e dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa, sicché esso può originare dal rispetto del principio di imparzialità, quando, ad esempio, si chieda il riesame di un atto inoppugnabile (situazione che ordinariamente non determina l'esistenza di un obbligo di provvedere), nel caso in cui, in ragione di un mutato orientamento dell'amministrazione, sia stata modificata *in melius* la posizione di altri soggetti che si trovano in situazioni analoghe".

<sup>592</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 1995, n. 89, cit.; Cass. sez. un, 20 gennaio 1969, n. 128, cit.; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, cit.; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256, cit.; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3824, cit.

<sup>593</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 14 luglio 2004, n. 5101, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 2119; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1430, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 3, 795.

<sup>594</sup> In questo senso A. COLAVECCHIO, *Sui fondamenti giuridico-costituzionali dell'obbligo di provvedere*, cit., 284.



l'Amministrazione non sarebbe obbligata a dare seguito alle relative istanze dei privati<sup>595</sup>.

Tuttavia, nel caso in cui l'istanza di riesame venga presentata prima dell'esperimento della tutela giurisdizionale e, quindi, entro il relativo termine decadenziale, ci sono stati ultimamente dei segnali nel senso di una graduale attenuazione del principio della piena discrezionalità nell'esercizio dell'autotutela.

In particolare, di recente è stata attribuita rilevanza al comportamento con il quale l'Amministrazione ha ignorato l'istanza stragiudiziale di annullamento d'ufficio, presentata prima della proposizione del ricorso giurisdizionale, in quanto il rifiuto di riparare all'errore commesso non potrebbe essere giustificato richiamando il principio della incoercibilità dell'esercizio del potere di autotutela. In particolare, nelle sentenze gemelle del T.A.R. Lombardia, Milano, nn. 3204 e 3205 del 16 dicembre 2011, si afferma che *“Nell'attuale assetto dell'ordinamento amministrativo, infatti, non può più ammettersi che l'amministrazione rifiuti di rimuovere le conseguenze del proprio illecito facendosi scudo dietro la presunzione di legittimità e giustizia dei propri provvedimenti non annullati da una autorità giurisdizionale o amministrativa. Dal momento che il codice del processo*

---

<sup>595</sup> Tale orientamento è rinvenibile, ad esempio, in T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 10 marzo 2008, n. 135, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 3, 707, dove si afferma che “La p.a. non è obbligata a provvedere su un'istanza del privato non solo nelle ipotesi già tradizionalmente individuate dalla giurisprudenza (istanza di riesame dell'atto divenuto inoppugnabile per inutile decorso del termine di decadenza; istanza manifestamente infondata; istanza di estensione « *ultra partes* » del giudicato), ma anche nel caso in cui l'istanza volta all'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto un provvedimento già impugnato in sede giurisdizionale e « *sub iudice* » al momento dell'istanza (dovendosi naturalmente a tali fini equiparare l'impugnativa in sede giurisdizionale a quella in sede straordinaria), per tradursi altrimenti una simile pretesa in uno strumento per costringere l'amministrazione ad emettere ulteriori provvedimenti che, se anch'essi di carattere negativo, potrebbero essere nuovamente impugnati con la conseguenza paradossale che la volontà amministrativa su uno stesso oggetto, sia pure manifestatasi in atti temporalmente diversi, in violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche, non diventerebbe mai inoppugnabile, onde l'obbligo di provvedere non è configurabile né di fronte all'istanza di riesame di un provvedimento rimasto inoppugnato, né di fronte all'istanza di riesame di un provvedimento tempestivamente gravato”. Nello stesso senso anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 28 marzo 2011, n. 2721, cit.

*amministrativo ha definitivamente sancito che la responsabilità per lesione degli interessi legittimi prescinde dall'annullamento del provvedimento lesivo (...), il comportamento della p.a. che rifiuti di collaborare per la eliminazione o riduzione del danno prodotto da un provvedimento che appaia all'evidenza illegittimo non può trovare giustificazione nello stesso provvedimento emanato e costituisce, quindi, null'altro che la prosecuzione o la reiterazione di un illecito". Pertanto viene affermato che "... il ricorso alla autotutela conserva, quindi, i connotati della spontaneità e discrezionalità soltanto dopo che l'esercizio della posizione soggettiva lesa risulti definitivamente precluso a causa del decorso dei termini decadenziali per l'esperimento degli ordinari strumenti di tutela. Solo allora, infatti, il rapporto può dirsi definitivamente cristallizzato e cessa ogni obbligo della p.a. di rimetterne in discussione l'assetto"*<sup>596</sup>.

Tra l'altro, come già visto<sup>597</sup>, anche a fronte della richiesta di estensione *ultra partes* del giudicato in favore del soggetto che non abbia partecipato al relativo giudizio si riconosce ampia discrezionalità in capo all'Amministrazione<sup>598</sup>, discrezionalità tuttavia sindacabile nel caso in cui l'Amministrazione stessa, nell'estendere il giudicato a soggetti estranei al giudizio, illogicamente si determini

---

<sup>596</sup> Nel senso di ritenere sussistente l'obbligo di provvedere in presenza di un'istanza di riesame di un piano attuativo precedentemente non impugnato in quanto l'istanza sarebbe qualificabile come atto diretto a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi si veda T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 13 settembre 2011, n. 294, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 9, 2710, dove si chiarisce che "... l'iniziativa del ricorrente sia qualificabile, piuttosto che come istanza di riesame di atti divenuti inoppugnabili, come atto diretto a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggio. A tale proposito, la più recente giurisprudenza, che ha esteso l'obbligo di provvedere anche al di là dei casi in cui un'espressa previsione normativa lo contempli, in applicazione del principio generale della doverosità dell'azione amministrativa, integrato con le regole di ragionevolezza e buona fede, tende a distinguere tra mero esposto ed istanza idonea a radicare il dovere di provvedere, guardando al profilo soggettivo, e cioè accertando se il privato sia titolare di uno specifico interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività. Se il comportamento omissivo dell'Amministrazione viene stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato, si ritiene sussistente l'obbligo di dare seguito all'istanza".

<sup>597</sup> Cfr. paragrafo 1 del presente capitolo.

<sup>598</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 675, cit.

in senso favorevole solamente per alcuni, omettendo di considerare le posizioni di altri assimilabili a quelle valutate positivamente<sup>599</sup>.

La giurisprudenza, pertanto, in presenza di particolari circostanze e in diretta attuazione dei principi generali dell'azione amministrativa, ha attribuito, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di provvedere, autonoma rilevanza anche alle istanze di determinati soggetti riferite a procedimenti tradizionalmente catalogati come procedimenti a iniziativa d'ufficio quali i procedimenti in autotutela.

Da tali considerazioni vanno tenuti distinti i casi di c.d. annullamento d'ufficio doveroso, ovvero quelle situazioni nelle quali la giurisprudenza ritiene che l'interesse pubblico alla eliminazione dell'atto sia *in re ipsa* nel senso che per esercitare tale potere è sufficiente l'esistenza di un vizio di legittimità del provvedimento e non è necessario indagare sulla sussistenza di un interesse pubblico ulteriore. Tali ipotesi, nelle quali normalmente il destinatario dell'atto ha interesse alla conservazione dello stesso e l'istanza di autotutela può essere avanzata da un terzo soggetto interessato alla eliminazione del provvedimento, si rinvencono, ad esempio, nel caso di ottemperanza ad una decisione del giudice ordinario passata in giudicato in cui un atto amministrativo sia stato ritenuto illegittimo, nel caso di decisione negativa di un'autorità di controllo alla quale non compete direttamente il potere di annullamento, nel caso di annullamento di un atto consequenziale come necessaria conseguenza dell'annullamento dell'atto presupposto<sup>600</sup>.

---

<sup>599</sup> Cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 496, cit.

<sup>600</sup> Sul punto ampiamente R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., 68 s., il quale rileva che la giurisprudenza ha individuato ulteriori ipotesi di sussistenza dell'interesse pubblico *in re ipsa* come ad esempio nel caso in cui non sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo dall'emanazione del provvedimento da annullare in sede di autotutela ovvero nel caso in cui il rilascio del provvedimento oggetto di riesame sia stato conseguito attraverso una falsa rappresentazione della realtà da parte del richiedente evidenziata dall'Amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela ovvero ancora nel caso di annullamento d'ufficio di atti amministrativi che provocano un illegittimo esborso di denaro pubblico.

In tutte queste ipotesi di interesse pubblico c.d. *in re ipsa* sembra che l'Amministrazione non debba dare conto delle ragioni di interesse pubblico attuale e concreto che giustifichino la rimozione dell'atto e allo stesso tempo sia obbligata a dare seguito all'istanza del privato nel caso in cui l'esercizio del potere di riesame sia stato sollecitato da quest'ultimo, venendo meno, in questi casi, le esigenze di certezza dell'azione amministrativa che tradizionalmente sono invocate a sostegno della mancanza di un obbligo di provvedere in caso di autotutela<sup>601</sup>.

In generale è stato affermato che l'obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso ex art. 2 della legge n. 241/1990 sussiste anche qualora lo stesso sia stato avviato d'ufficio<sup>602</sup>, con ciò avvalorando quanto sostenuto da autorevole dottrina<sup>603</sup>; conseguentemente, una volta avviato l'*iter* procedimentale, l'Amministrazione, anche in presenza di procedimenti di riesame, ha l'obbligo di adozione del provvedimento finale<sup>604</sup>.

Anche il legislatore ultimamente, in materia di disciplina dei contratti pubblici e in seguito al recepimento della normativa comunitaria, ha previsto che l'Amministrazione sia tenuta a dare un riscontro alle istanze di autotutela presentate al fine di segnalare vizi di illegittimità della procedura concorsuale conclusa con l'aggiudicazione a favore di un terzo soggetto e di sollecitare l'Amministrazione ad intervenire in autotutela aprendo un procedimento di annullamento d'ufficio, prima dell'esperimento della tutela giurisdizionale<sup>605</sup>.

---

<sup>601</sup> *Ibidem*, 74.

<sup>602</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 1 febbraio 2011, n. 620, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 2, 545.

<sup>603</sup> Si veda V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010, 394.

<sup>604</sup> In questo senso F. CERTOMÀ, *Le esigenze di giustizia ed equità alla base dell'obbligo di provvedere*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2011.

<sup>605</sup> Si tratta dell'art. 243-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), inserito dall'art. 6 del d.lgs. 20 marzo 2010, n.53 (Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici).

In particolare, l'art. 243-*bis* del Codice dei contratti pubblici prevede che l'impresa non aggiudicataria che intenda proporre un ricorso giurisdizionale comunichi all'Amministrazione la propria intenzione con una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio. L'amministrazione entro 15 giorni è tenuta a valutare se intervenire o meno in autotutela e a comunicare la propria determinazione all'impresa<sup>606</sup>.

Viene pertanto riconosciuto, in questo specifico ambito, il valore del previo esperimento dell'autotutela quale misura per deflazionare il contenzioso giurisdizionale.

Il mancato esercizio del potere di autotutela in seguito a una segnalazione da parte del soggetto privato potrebbe comunque rilevare, in generale, in sede di giudizio del risarcimento dei danni derivanti dall'adozione di un provvedimento illegittimo, in quanto, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo, il giudice nel determinare il risarcimento deve valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti escludendo il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. In particolare, il giudice potrebbe ritenere contrario all'ordinaria diligenza un tale comportamento omissivo da parte dell'Amministrazione proprio perché l'annullamento d'ufficio, rimuovendo l'atto illegittimo elimina anche il danno<sup>607</sup>.

---

<sup>606</sup> Ai sensi del comma 5 dell'art. 243-*bis* l'omissione della comunicazione da parte dei soggetti che intendono proporre ricorso giurisdizionale e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 del codice civile.

<sup>607</sup> In questo senso M. CLARICH, *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, in corso di stampa, 250 s.

D'altro lato, la medesima previsione codicistica comporta la trasformazione della facoltà per il soggetto privato di richiesta, prima dell'esperimento dei rimedi giurisdizionali, di esercizio del potere di autotutela, in un vero e proprio onere, il cui mancato esercizio viene "pesato" dal giudice amministrativo in sede di determinazione del risarcimento sulla base del parametro relativo al "comportamento complessivo delle parti".

Per quanto attiene invece all'istanza di riesame rispetto agli atti amministrativi in contrasto con il diritto comunitario le due tesi contrapposte vedevano da un lato l'illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie comportante un obbligo di provvedere sulla relativa istanza il cui inadempimento aprirebbe la via al privato per l'esperimento giurisdizionale del rimedio contro il silenzio-rifiuto e, dall'altro, invece si nega la configurazione, in tale ipotesi, dell'esercizio dei poteri di autotutela in termini di doverosità per l'Amministrazione<sup>608</sup>. La questione sembra essere stata risolta in quest'ultimo senso dalla giurisprudenza secondo la quale vi è "*... l'obbligo per l'Amministrazione di dar corso all'applicazione dell'atto, salva l'autotutela*"<sup>609</sup>.

Nello specifico è stato affermato che "*... la non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela, che preclude la giustiziabilità del silenzio*

---

<sup>608</sup> Il contrasto tra provvedimento amministrativo e diritto comunitario è ormai pacificamente ricondotto alla violazione di legge e, dunque, tra i motivi di annullabilità e non di nullità. Sul tema Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, in *Red. amm. CDS*, 2011, 3.

<sup>609</sup> Da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, cit.; Consiglio Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, in *Comuni Italia*, 2008, 10-11, II, 82, nella quale viene specificato che "Invero, un provvedimento amministrativo (...) il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non può essere disapplicato dall'amministrazione, "*sic et simpliciter*", ma deve essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone. L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento".

*dell'amministrazione sulle istanze dirette a stimolare tale potere, costituisca principio che non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario (...). Tale vizio deve essere adeguatamente ponderato dall'amministrazione procedente anche alla luce del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 10 del Trattato UE; la valutazione se attivare o meno i poteri di autotutela resta di carattere discrezionale e non è giustiziabile perché altrimenti si determinerebbe l'effetto di consentire la riapertura di un contenzioso, precluso a seguito dell'inoppugnabilità del provvedimento e in violazione di quel principio di certezza del diritto valorizzato anche dal giudice comunitario»<sup>610</sup>.*

Pertanto, nel caso di atto contrastante con il diritto comunitario non sembrerebbe configurabile la doverosità per l'Amministrazione di procedere al relativo annullamento in sede di autotutela<sup>611</sup>.

---

<sup>610</sup> Così Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 6, 695 s. con nota di M. RAGAZZO, *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*, 698 s.

<sup>611</sup> Tuttavia si veda F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, II, 815 s., secondo il quale "...il dovere, specificamente affermato dal legislatore interno, di adottare «ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni...degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comunitaria», sembra da assolversi anche e soprattutto attraverso un annullamento d'ufficio doveroso". In senso critico si veda anche M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, cit., 95 s., la quale rileva che "... per quanto concerne l'annullamento d'ufficio, non assume (...) rilievo decisivo ai fini dell'esclusione dell'obbligo di attivarsi in autotutela, la previsione del termine ragionevole né le conseguenze sfavorevoli che la retroattività degli effetti del provvedimento produce sulla sfera giuridica dei destinatari in relazione all'affidamento suscitato come conseguenza del trascorrere del tempo (...) il legislatore tace sulla decorrenza degli effetti dell'annullamento, e ciò potrebbe fare intendere che l'individuazione della stessa è rimessa all'autorità cui compete l'esercizio del potere la quale, facendo uso della discrezionalità che la riforma pare abbia esaltato in questo senso, può concretamente graduare gli effetti dell'annullamento adottando una soluzione che possa concretamente soddisfare l'interesse pubblico senza danneggiare inutilmente quello privato in ossequio al principio di proporzionalità. Si vuol dire, cioè che, da un'attenta lettura delle norme in esame, si desume che, la presunzione *iuris tantum* di legittimità dell'azione amministrativa, tradizionalmente ricondotta all'esecutorietà dell'atto o alla sua ragionevolezza, è oggi un concetto piuttosto relativo. Si potrebbe, allora, ritenere che la retroattività degli effetti non sia da considerarsi un connotato naturale dell'annullamento d'ufficio e che l'adozione di tale provvedimento non sia ostacolata dal consolidamento degli effetti dovuto al decorso del tempo".

## 6. (segue): Obbligo di provvedere e denuncia qualificata.

Si è visto che nel linguaggio dottrinale e giurisprudenziale vengono unanimemente denominate “mere denunce” o “denunce semplici” quegli atti con i quali il soggetto privato rappresenta una determinata situazione di fatto all’Amministrazione sollecitandone l’intervento e dalle quali, in assenza di una puntuale previsione legislativa che prenda in considerazione in maniera differenziata la posizione del denunciante, non deriva, di norma, un obbligo di provvedere<sup>612</sup>.

Anzi, l’istituto della “denuncia” era stato *ab origine* utilizzato al fine di contrapporlo a quello del ricorso gerarchico proprio in quanto si riteneva che dal primo non discendesse un obbligo giuridico di risposta in capo all’Amministrazione, obbligo che invece sorgeva a seguito della presentazione del secondo<sup>613</sup>. Già negli studi originari si considerava, infatti, che il ricorso gerarchico andasse tenuto ben distinto dalla mera “denuncia” la quale era considerata un’espressione appositamente conosciuta “... per dinotare quel reclamo all’autorità superiore che non produce gli effetti giuridici propri del ricorso in senso proprio” e che “... può sempre farsi e da chicchessia, e con qualsiasi scopo: gli effetti, però, che possono eventualmente seguirne, non hanno il carattere giuridico di un giudizio sopra un ricorso gerarchico, ma di una determinazione spontanea del superiore relativamente agli atti dell’inferiore”<sup>614</sup>.

Ricorso gerarchico e denuncia venivano così originariamente distinti sia dal punto di vista del tipo di interesse protetto, ossia un interesse personale alla modifica o all’annullamento dell’atto impugnato rispetto a un mero interesse oggettivo al buon andamento dei pubblici uffici, che da quello del tipo di effetto derivante dalla loro

---

<sup>612</sup> Si veda F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1556.

<sup>613</sup> Nel dettaglio si veda *supra* par. 3 Cap. I.

<sup>614</sup> Così V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), III, Milano, 1901, 677.



presentazione, ossia un obbligo giuridico di rispondere piuttosto che una eventuale determinazione spontanea dell'Amministrazione<sup>615</sup>. Veniva anche già messo in luce che l'Amministrazione, non essendo sempre in grado di conoscere direttamente i vizi che possono dare luogo all'annullamento, alla riforma o alla revoca, avrebbe potuto essere informata da un'apposita istanza del cittadino e che "... questa istanza diretta semplicemente a porre in movimento i poteri e le facoltà d'ufficio è la denuncia"<sup>616</sup>; tuttavia, "... l'autorità che riceve la denuncia non contrae verso il denunziante nessun nuovo obbligo speciale di provvedere e di provvedere secondo norme fisse e giuridiche. Il suo potere di revoca, di riforma, d'annullamento rimane, come era, meramente facoltativo (...). In ciò essa si distingue dal ricorso formale, il quale dà un diritto al ricorrente a ottenere la decisione, richiede l'esistenza di un interesse nel ricorrente, ed è astretto, spesso, a termini perentori e a alcune forme"<sup>617</sup>.

E' proprio in conformità con tali premesse che sono stati successivamente sviluppati i suddetti concetti e, per quanto di interesse in questa sede, può dirsi che generalmente si ritiene in dottrina e in giurisprudenza che gli atti di soggetti privati variamente denominati, come le denunce, le segnalazioni, gli esposti, ecc., i quali sono rivolti a un'Amministrazione per sollecitare l'avvio d'ufficio di un

---

<sup>615</sup> Può essere utile ricordare anche in questa sede la già citata decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 18 luglio 1893, n. 244, in *Giust. amm.*, 1893, 317 s., nella quale si affermava che "La denuncia al Governo non dà alcun diritto al cittadino che la fa, di pretendere che il Governo emetta su di essa una risoluzione, perché s'intende fatta nell'interesse pubblico, non nel privato. E quindi, se il Governo, per ragioni di convenienza, di cui è solo giudice, si astiene dal provvedere sopra una denuncia, o, non essendo tenuto all'osservanza di alcun termine, dichiara (...) di sospendere ogni provvedimento, non può questa Sezione annullare siffatta risoluzione e tanto meno ordinare al Governo di provvedere, il che facendo essa verrebbe ad invadere la sfera riservata all'amministrazione attiva, responsabile davanti ai poteri politici".

<sup>616</sup> Così F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 487 s. Si tratta, infatti, di provvedimenti che l'autorità può prendere "d'ufficio" nel senso che "per emanare i quali la pubblica amministrazione non ha d'uopo d'essere eccitata da alcuna istanza di interessati o d'estranei" poiché "si tratta invero d'agire nell'interesse della pubblica amministrazione, in casi nei quali essa o per la natura degli atti o per le illegalità di cui sono viziati non è giuridicamente vincolata verso alcuno: di qui l'amplissima libertà di iniziativa e d'azione".

<sup>617</sup> *Ibidem*, 488.

procedimento, pur avendo la medesima struttura degli atti di iniziativa privata, non possiedono tuttavia la medesima natura e non producono gli stessi effetti<sup>618</sup>. In particolare, si ritiene che non siano idonei a costituire l'obbligo di procedere in capo all'Amministrazione destinataria, "... *in quanto manifestazione di rappresentazione (peraltro a carattere meramente ipotetico) e non di volontà, ed espressione di un interesse mediato (di fatto), in quanto tale, non protetto dall'ordinamento*"<sup>619</sup>; né tantomeno sarebbero atti idonei ad avviare un rapporto di diritto pubblico tra il denunciante e l'Amministrazione, la quale, di conseguenza, non sarebbe obbligata a rispondere all'autore della denuncia stessa<sup>620</sup>. Ne discende l'impossibilità per il soggetto denunciante di adire il giudice amministrativo in caso di mancato riscontro sulla denuncia presentata al fine di sentire dichiarare l'obbligo per l'Amministrazione di provvedere.

Come visto, l'Amministrazione, seppure non sia tenuta a provvedere con una risposta espressa, deve comunque procedere ad un sommario esame dei fatti rappresentati nella denuncia al fine della loro c.d. "delibazione", per accertare la sussistenza o meno dei presupposti per l'avvio d'ufficio del procedimento o, altrimenti, per l'archiviazione della denuncia stessa<sup>621</sup>. In particolare, a seguito della presentazione della denuncia si apre la c.d. fase "preistruttoria" ossia "... *quella porzione di attività amministrativa – compresa tra il ricevimento della denuncia e la*

---

<sup>618</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), II vol., Bologna, 1998, 1250; G. PALEOLOGO, *Istanza (amministrativa)*, in *Enc. giur., ad vocem*, XX, 1989; ID., *Denuncia amministrativa*, in *Enc. giur., ad vocem*, XII, 1989.

<sup>619</sup> L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2002, IV, 717 s.

<sup>620</sup> Sul punto si rinvia a quanto già analizzato nel par. 3 del Cap. III.

<sup>621</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1969, 96, il quale considera gli autori di denunce, inviti e voti non "iniziatori del procedimento" ma "introduttori di interessi". Si veda anche A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, 87.

*decisione sull'avvio del procedimento – preordinata ad analizzare il contenuto dell'esposto, al fine di decidere, appunto, se dare corso o meno al procedimento*<sup>622</sup>.

Si tratta di un procedimento interno volto a stabilire se una situazione di fatto generi l'obbligo di esercitare un determinato potere e che esaurisce i propri effetti nei confronti dell'Amministrazione che dovrà adempiervi: “... *in caso di inerzia totale o parziale ovvero di decisione di non avviare il procedimento (cosiddetta archiviazione della denuncia) si avrebbe un «non atto» non impugnabile dagli autori della denuncia*”<sup>623</sup>.

Esistono, tuttavia, dei casi in cui la legge prevede espressamente la possibilità, per chi ne abbia interesse, di presentare denunce variamente denominate al fine di sollecitare l'Amministrazione ad avviare d'ufficio un procedimento. Tali denunce tipizzate sono state definite come “denunce qualificate” per distinguerle dalle “denunce semplici”<sup>624</sup>.

Si rinvengono dei casi tipici specialmente nel settore delle Autorità indipendenti.

Ad esempio l'art. 12 della legge n. 287/1990 (“*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”), nel disciplinare al Capo II i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, prevede i “poteri di indagine” stabilendo che “*L'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3*”, ovvero le intese restrittive e gli abusi di posizione dominante.

---

<sup>622</sup> Così L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, cit., 722.

<sup>623</sup> R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, cit., 89.

<sup>624</sup> Si veda L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, cit., 719.

Inoltre, l'art. 2 comma 12, lett. m), della legge n. 481/1995 (*“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”*) prevede, tra l'altro, che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas *“valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al comma 37”*<sup>625</sup>.

A fronte delle c.d. *“denunce qualificate”* ci si è chiesti se, per il fatto di essere espressamente previste dalla legge, esse possano far nascere, a differenza delle mere denunce, un obbligo di provvedere. In sostanza si è verificato *“... se la previsione normativa della denuncia valga ad attribuire agli interessi da essa presupposti una particolare consistenza giuridica, idonea a non renderli più qualificabili come semplici (o di fatto), con conseguente produzione di effetti in ordine all'attività amministrativa connessa alla denuncia stessa”*<sup>626</sup>.

Si è quindi rilevato che, attraverso la denuncia qualificata, al privato sarebbe consentito aprire la fase *“preistruttoria”*, la quale dunque potrebbe essere sia ad iniziativa d'ufficio che ad iniziativa di parte tramite la proposizione della denuncia

---

<sup>625</sup> Ai sensi di tale norma, con Del.Aut.en.el. e gas 22 giugno 2007, n. 141/07 (Gazz. Uff. 17 luglio 2007, n. 164, S.O.) è stato deliberato l'avvalimento della Cassa conguaglio per il settore elettrico per lo svolgimento di attività materiali, informative e conoscitive anche preparatorie e strumentali nell'ambito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dai clienti finali. Con Del. 14 maggio 2008, n. GOP 28/08 (Gazz. Uff. 27 giugno 2008, n. 149, S.O.), è stato istituito lo sportello per il consumatore di energia ed adozione del regolamento per lo svolgimento delle attività materiali, informative e conoscitive anche preparatorie e strumentali nell'ambito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dai clienti finali e, in particolare, ai sensi dell'art. 3, è previsto che l'Unità Reclami è un'unità dello Sportello per il consumatore, al quale sono assegnate in via sperimentale per un quinquennio a partire dal 1° luglio 2008, le attività materiali, informative e conoscitive anche preparatorie e strumentali ad interventi dell'Autorità nell'ambito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni dei clienti finali, singoli o associati.

<sup>626</sup> L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, cit., 722.

stessa. Di conseguenza, secondo tale ricostruzione, dalla denuncia qualificata discenderebbe in capo al denunciante, non il diritto all'avvio del procedimento e all'adozione di un provvedimento conclusivo esplicito, ma piuttosto il diritto "... a una pronuncia esplicita relativamente ai presupposti per l'esercizio del potere, ossia all'avvio del procedimento", potendosi conseguentemente il denunciante rivolgere al giudice amministrativo in caso di inadempimento del suddetto obbligo di pronuncia<sup>627</sup>.

Questa tesi sembra ormai recepita dalla giurisprudenza la quale ha subito un'evoluzione circa la legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di archiviazione adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>628</sup>. Infatti, a lungo il Consiglio di Stato aveva assunto una posizione rigorosa nel senso di affermare costantemente che nell'esercizio delle attribuzioni previste dalla legge n. 287/1990, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato procedesse d'ufficio e il soggetto denunciante non assumesse una posizione di interesse tutelata né all'apertura del procedimento né alla conclusione in modo conforme alle proprie aspettative<sup>629</sup>. Tuttavia, un più recente indirizzo giurisprudenziale ammette adesso l'impugnabilità, da parte dei terzi controinteressati, dei c.d. provvedimenti negativi con i quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato archivia una

---

<sup>627</sup> *Ibidem*, 748.

<sup>628</sup> In conformità con quanto previsto nell'ambito del diritto europeo dove la giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che, con riguardo all'archiviazione della fase preistruttoria, "... un'istituzione dotata del potere di accertare una violazione e di punirla e che possa esser adita da privati con denuncia, come è il caso della commissione in materia di diritto della concorrenza, allorché decide l'archiviazione totale o parziale di tale denuncia adotta necessariamente un atto che produce effetti giuridici e che pertanto può costituire oggetto di un ricorso d'annullamento" (Corte di giustizia CE, 19 ottobre 1995, n. 19/93 P; nello stesso senso anche Corte di giustizia CE, 16 giugno 1994, n. 39/93 P). Tra l'altro, in ambito comunitario, la posizione dell'impresa che denuncia un illecito affinché la Commissione apra un procedimento sanzionatorio d'ufficio nei confronti dell'impresa concorrente trova protezione non solo nella fase di avvio del procedimento (la Commissione deve motivare nel caso in cui ritenga di non dar seguito alla denuncia), ma anche all'interno del procedimento eventualmente avviato al quale il denunciante ha diritto di partecipare.

<sup>629</sup> Sulla ricostruzione del suddetto percorso giurisprudenziale si veda F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1558 s.

determinata denuncia o comunque rifiuta di esercitare il proprio potere interdittivo o sanzionatorio (Consiglio Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597<sup>630</sup>; Consiglio Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280<sup>631</sup>).

Pertanto, nelle ipotesi di c.d. “denunce qualificate” la posizione del soggetto che sollecita l’Amministrazione ad esercitare i propri poteri d’ufficio potrebbe forse non essere più così distante rispetto a quella del soggetto istante in un procedimento ad iniziativa di parte. Seppure i casi di denunce qualificate siano espressamente tipizzati dal legislatore, ciò non preclude la possibilità che, anche in tale ambito, si possa a mano a mano dirigersi verso il superamento del mero dato formale-giuridico in attuazione dei principi regolatori dell’azione amministrativa e al fine di mettere in primo piano l’esame delle singole situazioni concrete.

In conclusione sembra potersi affermare che l’esercizio doveroso del potere da parte dell’Amministrazione su sollecitazione del soggetto privato stia andando sempre più nella direzione del riconoscimento dell’atipicità dell’obbligo di provvedere.

La giurisprudenza amministrativa si sta, infatti, muovendo nel senso di prediligere, piuttosto che l’applicazione di sterili categorie concettuali, un criterio di tipo soggettivo al fine di affermare la sussistenza dell’obbligo di procedere e, quindi, di provvedere, il quale viene rilevato sulla base dell’esame del caso concreto qualora

---

<sup>630</sup> In *Foro amm.* - *CDS*, 2009, 7-8, 1805, secondo la quale “Sono impugnabili, da parte di terzi, i c.d. provvedimenti negativi, con cui l’Autorità Antitrust archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire (archiviazioni di denunce, autorizzazioni ad operazioni di concentrazione, chiusure di istruttorie antitrust con accettazione degli impegni proposti dalle imprese e giudizi di non ingannevolezza di messaggi pubblicitari); a tal fine occorre, però, che il ricorrente non rivesta la qualità di mero denunciante ma sia portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo e, dunque, si connota sostanzialmente, rispetto al provvedimento dell’Autorità Antitrust come soggetto controinteressato”.

<sup>631</sup> In *Foro amm.* - *CDS*, 2005, 3, 886, dove si afferma che “Ad un’associazione di consumatori, che lamenti il carattere ingannevole di un messaggio pubblicitario, la legittimazione a ricorrere deriva non già dalla veste di denunciante, ma dalla titolarità di una posizione differenziata, in presenza di un interesse normativamente qualificato, suscettibile, come tale, di subire una lesione”.

si tratti di istanze formulate in modo sufficientemente serio e circostanziato da parte di soggetti privati che si trovino in una particolare posizione, tale da renderli titolari di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati.

Tale tendenza, che trova il proprio fondamento nell'applicazione dei principi costituzionali e dei principi generali regolatori dell'azione amministrativa, se è già a uno stadio piuttosto avanzato nel caso dei procedimenti ad iniziativa di parte, sembra che si stia sviluppando, seppure in particolari e determinati casi, anche nell'ambito dei procedimenti ad iniziativa d'ufficio.

Tendenza che, comunque, non è stata esente da critiche da parte di chi, sull'assunto che *“... posto che un'incompleta tipizzazione degli obblighi di provvedere rende inique determinate situazioni rispetto ad altre, un'individuazione di tale dovere rimessa alla regola del caso concreto renderebbe non meno incerta la tutela del privato”*, ha in essa ravvisato un vero e proprio pericolo per la certezza delle posizioni giuridiche in quanto i cittadini non sarebbero *ex ante* in grado di sapere se è legittima l'istanza presentata, né potrebbero consapevolmente determinarsi in ordine alla scelta di adire il giudice amministrativo, rischiando di portare avanti una pretesa manifestamente infondata<sup>632</sup>. Tendenza che, secondo tale impostazione, potrebbe andare nella direzione di sostituire la valutazione amministrativa con quella dell'organo giurisdizionale tanto che si afferma che *“... il vigente sistema (...) rende auspicabile un maggior rispetto della sfera di competenza del potere esecutivo, oltre a una maggior certezza dei rapporti tra privato e P.A. scongiurando l'imposizione arbitraria di obblighi di provvedere affidata alla creatività del giudice del caso concreto”*<sup>633</sup>.

---

<sup>632</sup> Così F. CERTOMÀ, *Le esigenze di giustizia ed equità alla base dell'obbligo di provvedere*, cit.

<sup>633</sup> *Ibidem*. L'Autore specifica che “Si può obiettare, infatti, che se i poteri dell'organismo pubblico sono attribuiti esclusivamente dalla legge, anche i connessi obblighi devono discendere dalla

Al contrario sembra invece che l'ampliamento della sfera di operatività dell'obbligo di provvedere non possa che essere valutato in termini positivi stante l'evidente (e rilevante) risultato di assicurare al privato una tutela più ampia nei confronti dell'inerzia amministrativa in attuazione del diritto di difesa contro il mancato esercizio del potere da parte dell'Amministrazione.

---

stessa e non da principi generali, i quali, tuttalpiù, possono orientare l'attività amministrativa quando essa sia doverosa *ex lege*. Infatti, appare sostenibile che i principi generali specificino gli obblighi derivanti da un rapporto già in corso tra le parti, ma non possono fondare essi stessi nuovi rapporti giuridici. Inoltre, se la discrezionalità è il margine d'apprezzamento che la norma conferente il potere lascia alla P.A. nell'esercizio di determinate funzioni, l'assenza di uno specifico obbligo di provvedere legislativamente tipizzato rimette alla discrezionalità della P.A. la valutazione dell'opportunità di procedere sull'istanza del privato. In particolare, il giudice, nell'effettuare il giudizio secondo equità, non può prescindere dal bilanciamento dei contrapposti interessi e, pertanto, se da un lato deve considerare l'interesse del privato, dall'altro deve tener conto dell'interesse generale perseguito dall'Amministrazione. Una simile ponderazione giurisdizionale, nel caso di reazione avverso il silenzio non significativo, non può che sostituire la valutazione mai espressa dall'organo pubblico in ordine all'opportunità e alla convenienza di avviare un procedimento (e concluderlo) e, quindi, si pone in palese contrasto col divieto previsto dall'art. 34 co. 2 c.p.a.”.



## *CONCLUSIONI*

Con il percorso argomentativo sviluppato nel presente lavoro si è tentato di svolgere una ricostruzione organica del principio di doverosità dell'esercizio del potere da parte della pubblica Amministrazione a fronte della sollecitazione del soggetto privato. Ne sono state esaminate in primo luogo le radici nell'ambito del nostro ordinamento e si è constatato che la questione relativa alla configurabilità o meno dell'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione su impulso del soggetto privato è stata da subito connessa inscindibilmente a quella riguardante la tutelabilità in sede giurisdizionale del relativo comportamento omissivo o, meglio, inadempiente dell'Amministrazione stessa. In assenza di una base normativa, infatti, è stata l'elaborazione giurisprudenziale che, per sopperire a tale lacuna, ha dapprima inquadrato l'inerzia amministrativa nella figura del silenzio-rigetto, applicando in maniera estensiva le regole elaborate (dalla giurisprudenza e, successivamente, dal legislatore) per la mancata risposta a fronte della presentazione del ricorso gerarchico; operazione quest'ultima originariamente percepita quasi come naturale, stante il principio, allora vigente, della necessaria definitività dell'atto amministrativo ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale. E' stato, successivamente, sempre merito della giurisprudenza, con l'ausilio della dottrina, la definizione dei contenuti dell'obbligo di provvedere e il riconoscimento alla figura di una propria autonomia giuridica rispetto al silenzio-rifiuto tramite l'elaborazione dell'istituto del silenzio-inadempimento.

All'esito di tali approfondimenti è stato analizzato l'obbligo di provvedere in relazione al diritto positivo e, quindi, il suo ancoraggio ai principi costituzionali e la sua espressa disciplina sostanziale e processuale contenuta nella normativa di riferimento, la quale si è sostanzialmente conformata alle indicazioni da tempo elaborate dalla giurisprudenza del giudice amministrativo. E' emersa la codificazione

dell'obbligo di provvedere entro un tempo determinato ad opera dell'art. 2 della legge n. 241/1990. In tale previsione è possibile, infatti, rinvenire il principio di doverosità dell'esercizio del potere in tutte le sue molteplici declinazioni ovvero come doverosità di iniziare il procedimento e, quindi, come doverosità di esercizio del potere, ossia doverosità di avvio della cura di determinati interessi pubblici da parte dei soggetti titolari dei relativi poteri; poi come doverosità nella conclusione del procedimento e, quindi, come doverosità nella consumazione del potere, ossia doverosità nell'assunzione di una decisione in relazione agli interessi pubblici e privati coinvolti; infine, come doverosità di soddisfazione, se possibile e se legittima, delle pretese e delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini.

Si è quindi rivolta l'attenzione agli atti di iniziativa procedimentale e alle diversità sussistenti tra i procedimenti ad istanza di parte e quelli ad iniziativa d'ufficio al fine di comprendere a fronte di quali attività di impulso del soggetto privato possa ritenersi doveroso lo svolgimento della relativa attività amministrativa. Nell'ambito di tale indagine è stato constatato che nella ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale la matrice di fondo della tradizionale distinzione tra la categoria delle "istanze" e la categoria delle "denunce" si fonda sostanzialmente sulla distinzione tra i procedimenti ad iniziativa di parte e quelli ad iniziativa d'ufficio e, quindi, sulla diversa intensità degli effetti prodotti dai due tipi di atti di impulso. Già nei primi studi relativi all'istituto del ricorso gerarchico, infatti, la denuncia veniva "strumentalizzata" quale termine di paragone per indicare l'atto di impulso nel quale veniva rappresentato un mero interesse oggettivo al buon andamento dei pubblici uffici e non comportante un obbligo giuridico di rispondere da parte dell'Amministrazione a fronte del ricorso gerarchico con il quale, invece, si rappresentava un interesse personale e diretto alla modifica di un determinato atto e dal quale discendeva l'obbligo giuridico di rispondere da parte

dell'Amministrazione. Da tale classica impostazione dottrina e giurisprudenza non si sono più sostanzialmente discostate ritenendosi pacificamente l'istanza come l'atto di impulso del cittadino che determina effetti vincolanti nei riguardi dell'Amministrazione, nel senso che da essa discende quantomeno un obbligo di riscontro da parte di quest'ultima e che rileva quale condizione necessaria per l'esercizio del potere amministrativo mentre la denuncia è considerata come l'atto di impulso, non necessario, volto a sollecitare l'esercizio da parte dell'Amministrazione del proprio potere.

A questo punto si è riscontrata l'importanza centrale attribuita al tema della doverosità del provvedere e della certezza del tempo dell'azione amministrativa che emerge dagli interventi normativi degli ultimi anni i quali, attraverso la previsione della risarcibilità del danno derivante dalla mancata o intempestiva adozione del provvedimento conclusivo del procedimento e attraverso la ricerca sempre più concreta dei soggetti responsabili del comportamento omissivo al fine di sanzionarne l'operato, sembrano essere tutti orientati verso il rafforzamento del principio della doverosità dell'esercizio del potere amministrativo.

A seguito di tali interventi normativi, infatti, sembra non potersi più dubitare dell'inquadramento del comportamento inerte dell'Amministrazione quale inadempimento di un vero e proprio obbligo di conclusione del procedimento tramite l'esercizio espresso del potere a cui fa riscontro un vero e proprio diritto del soggetto privato ad ottenere una risposta.

Si è quindi rivolta l'attenzione alla concreta delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione del principio della doverosità dell'esercizio del potere amministrativo. In tale ottica si è rilevato come la giurisprudenza abbia superato l'ormai obsoleto orientamento restrittivo in base al quale il silenzio-inadempimento potrebbe formarsi solo nel caso in cui l'obbligo giuridico di provvedere trovi la

propria fonte in una norma di legge, in un regolamento, o in un atto amministrativo. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, affermato che tale obbligo di procedere e, quindi, di provvedere, può desumersi anche dai principi costituzionali nonché dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa quali ad esempio il principio di legalità, di imparzialità, di buon andamento, di trasparenza, di pubblicità, di buona fede, di tutela dell'affidamento.

In questo modo è stato rafforzato il contenuto cogente dell'obbligo di provvedere e ne è stata ampliata la sfera di operatività al fine di assicurare al privato una tutela più estesa contro l'inerzia amministrativa in attuazione del diritto di difesa nei confronti del mancato esercizio del potere amministrativo.

Si è rilevato che questa prospettiva sta andando nella direzione di una sempre maggiore consolidazione anche in relazione alla doverosità dell'esercizio dei poteri d'ufficio su sollecitazione del soggetto privato, dove sembra che l'orientamento sia quello tendente alla riduzione dell'applicazione del tradizionale principio della piena discrezionalità dell'Amministrazione. La giurisprudenza, infatti, in presenza di particolari circostanze e in diretta attuazione dei principi generali dell'azione amministrativa, ha attribuito, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di provvedere, autonoma rilevanza anche alle istanze di determinati soggetti riferite a procedimenti tradizionalmente catalogati come procedimenti a iniziativa d'ufficio. Ad esempio, nel caso di procedimenti in autotutela, l'Amministrazione potrebbe, in presenza di particolari circostanze, trovarsi "obbligata" ad avviare il relativo procedimento per ragioni di giustizia ed equità e in ossequio ai principi di correttezza e buona fede.

Nella medesima prospettiva di rafforzamento della doverosità dell'esercizio dei poteri amministrativi, si è constatato che la giurisprudenza ha ritenuto che in diverse ipotesi l'Amministrazione sia obbligata a dare seguito alle domande dei privati anche nel caso in cui siano rivolte ad ottenere, piuttosto che provvedimenti ampliativi nei

propri confronti, provvedimenti sfavorevoli (repressivi, inibitori o sanzionatori) nei confronti di terzi soggetti, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali). Cosicché l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere è stato affermato anche in presenza di istanze formulate in modo sufficientemente circostanziato da parte di soggetti privati che si trovino in una particolare posizione, tale da renderli titolari di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati.

Sembra pertanto che, al fine di comprendere nella sua interezza l'attuale fase evolutiva di rafforzamento della doverosità dell'esercizio dei poteri amministrativi, la quale si sta estendendo fino ad "intaccare" anche sfere prima attribuite alla piena discrezionalità amministrativa, sarebbe necessario cambiare la prospettiva dalla quale studiare tale fenomeno. In particolare, sarebbe forse opportuno un ripensamento generale sull'opportunità dell'utilizzazione dei termini stessi di "istanza" e di "denuncia" al fine di poter, invece, analizzare il rapporto tra atto privato di impulso procedimentale (a prescindere dal fatto che si tratti di atto nel proprio favore e/o nell'altrui sfavore) ed obbligo amministrativo di provvedere, senza i vincoli derivanti dall'utilizzazione di concetti ormai non dissociabili dalle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali consolidate nel corso di oltre un secolo.

In effetti, sembra che la differenza tra i due istituti (istanza e denuncia) si stia a mano a mano attenuando a favore di un sempre maggiore riconoscimento del ruolo effettivamente svolto dal soggetto privato a fronte dell'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica Amministrazione, in diretta applicazione dei principi generali regolatori dell'azione amministrativa.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, PASQUINI G. e SANDULLI A. (a cura di), Milano, 2001.
- AA.VV., *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, PARISIO V. (a cura di), Milano, 2002.
- AA.VV., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, IANNOTTA L. (a cura di), Torino, 2003.
- AA.VV., *Principio di legalità e Amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, IMMORDINO M. e POLICE A. (a cura di), Torino, 2004.
- AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007), Milano, 2008.
- ABBAMONTE G., *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, I, 20-47.
- ASPRONE M., *L'obbligo di provvedere della P.A.*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2010, XXII, 2244 s.
- ASPRONE M., *La violazione del principio dell'obbligo di provvedere da parte della P.A.: profili sostanziali e processuali alla luce del d.lgs. 104/10*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2011, III-IV, 203 s.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 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. - T.A.R.*, 2010, II, 501 s.

- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, II, 118-145.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.
- BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975.
- BIFULCO R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, BIFULCO R. - CARTABIA M. - CELOTTO A. (a cura di), Bologna, 2001, 284 s.
- BORSI U., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1903, IV, 252 s.
- BORSI U., *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'Amministrazione*, in *Studi in memoria del Prof. Pietro Rossi*, Siena, 1932, 115 s.
- BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, 1984.
- 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. - T.A.R.*, 2005, IV, 1345 s.
- BRIGNOLA F., *Silenzio della Pubblica Amministrazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur., ad vocem*, 1992, 1-16.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d.

- CAMMEO F., *L'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 23-109.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914.
- CANNADA BARTOLI E., *Inerzia a provvedere da parte della Pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Il Foro padano*, 1956, I, 175 s.
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., ad vocem*, XXII, Milano, 1972, 1-28.
- CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl., ad vocem*, VII, Torino, 1991, 508-567.
- CANNADA BARTOLI E., *Ricorso avverso silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, I, 305-312.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2011.
- CARLOTTI G., *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CASSESE S., *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, I, 30 s.
- CASSESE S., *Il privato e il procedimento amministrativo: una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Archivio Giuridico*, CLXXIX, 1-2, 1970, 25 s.
- CELONE C., *La responsabilità dirigenziale per mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento*, in AA.VV., *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, SANDULLI A.-PIPERATA G. (a cura di), Napoli, 2011, 279-287.
- CERTOMÀ F., *Le esigenze di giustizia ed equità alla base dell'obbligo di provvedere*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 7-8/2011.



- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2005.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010.
- CHIAPPETTA M. - DE GIORGI M. - SANDULLI A., *Il silenzio significativo su ricorso amministrativo*, in AA.VV., *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, PASQUINI G. e SANDULLI A. (a cura di), Milano, 2001, 62 s.
- CHIESA C., *L'obbligo di provvedere delle Pubbliche Amministrazioni e le sue garanzie di effettività*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2010, III, 871 s.
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e Pubblica Amministrazione*, Milano, 2005.
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della Pubblica Amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. Amm.*, 2006, I, 99 s.
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- CLARICH M., *Principio di sussidiarietà e sistema amministrativo nel nuovo quadro costituzionale. Intervento programmato*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, BERTI G. - DE MARTIN G.C. (a cura di), Roma, 2002, 85 s.
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, III, 557-600.
- CLARICH M., *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, relazione al Convegno «Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo», Roma - Palazzo Spada, 23 aprile 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

- CLARICH M., *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo «Azione di annullamento»*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CLARICH M., *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1121-1128.
- CLARICH M., *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 691-695.
- CLARICH M., *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, in corso di stampa.
- CLARICH M. – FONDERICO G., *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 61-68.
- COGLIANI S., *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del Giudice amministrativo*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, 2011, 246 s.
- COLAVECCHIO A., *Sui fondamenti giuridico-costituzionali dell'obbligo di provvedere*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 2-3, 245-287.
- CORREALE G., *Silenzio-rifiuto e termine per l'impugnativa*, in *Foro amm.*, 1982, I, 2, 1667-1670.
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
- CORSO G., *Il principio di legalità*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, 2011, 3 s.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 s.
- CRISCI S., *La legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e l'inerzia della pubblica amministrazione*, in *Cons. St.*, 1993, II, 1117-1120.
- 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](http://www.giustamm.it), 2009.

- D'ARIENZO M., *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012.
- D'ORSOGNA D., *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *www.dirittoestoria.it*, n. 9/2010.
- D'ORSOGNA M., *La tutela "avverso" il silenzio della P.A.*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica. Atti della Tavola rotonda, Teramo, 3 maggio 2002*, ZITO A. e DE CAROLIS D. (a cura di), Milano, 2003, 169-200.
- DANIELE N., *L'obbligo dell'amministrazione di provvedere*, in *Cons. St.*, 1959, II, 330 s.; anche in AA. VV., *Studi in onore di Silvio Lessona*, I, Bologna, 1963, 195 s.
- DE CHIARA A., *L'evoluzione del silenzio-inadempimento tra disciplina legislativa ed interpretazioni giurisprudenziali*, in *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, SANDULLI A. e PIPERATA G. (a cura di), Napoli, 2011, 289-300.
- DE LUCIA L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2002, IV, 717 s.
- DE PIERO R., *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 6, 693-701.
- DE PORCELLINIS M., *Della responsabilità per omessa manutenzione di opere pubbliche*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1912, II, 18 s.
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi (ristampa anastatica dell'edizione del 1916)*, Padova, 1986, 250 s.
- DEL GATTO S., *Giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: verifica della pretesa o controllo del calendario?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 801 s.

- DELLA CANANEA G., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, 2011, 95 s.
- DELLA CANANEA G. - FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 177 s.
- 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 *Foro amm. - T.A.R.*, 2010, VII-VIII, 2703-2719.
- FANTINI S., *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 12, 1429-1433.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.
- FESTA G., *Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo. Aggiornato alla l. 18 giugno 2009, n. 69, al d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) e al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, CORRADINO M. (a cura di), Torino, 2010, 65-88.
- FIGORILLI F. - GIUSTI A., *Commento all'art. 2*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, PAOLANTONIO N. - POLICE A. - ZITO A. (a cura di), Torino, 2005, 127-171.
- FIGORILLI F. - FANTINI S., *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 8, 916 s.

- FOLLIERI E., *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, Relazione al Convegno AIPDA su “*L’atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*”, Bari 30 settembre-1 ottobre 2011, dattiloscritto.
- FORTI U., *Contributi alla teorica della responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906, 260 s.
- FORTI U., *I controlli dell’amministrazione comunale*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, ORLANDO V.E. (a cura di), II, parte 2, Milano, 1915, 714 s.
- FORTI U., *Il «silenzio» della Pubblica Amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in AA. VV., *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, 532 s.
- FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo. Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, Bologna, 1991, 29-35.
- FRENI E., *Le discipline della concorrenza*, in AA.VV., *La nuova costituzione economica*, S. CASSESE (a cura di), Bari, 2007, 105 s.
- GARRONE G.B., *Silenzio della Pubblica Amministrazione (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl., ad vocem*, XIV, Torino, 1999, 191-204.
- GIANI L., *Commento all’art. 20*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 411-423.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora anche in *Scritti*, I, Milano, 2000.

- GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1962.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1964, ora anche in *Scritti 1963-1969*, V, Milano, 2004, 225-323.
- GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1969.
- GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir., ad vocem*, XIX, Milano, 1970, 229-295.
- GIGLIONI F., *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, IV, 936-1004.
- GIOVAGNOLI R., *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005.
- GISONDI R., *sub art. 30*, in AA.VV., *Codice del Nuovo Processo Amministrativo*, F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), 2010, 369 s.
- GIULIETTI W., *Aspetti problematici di tutela nei casi di inerzia tipizzata*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2009.
- GIULIETTI W., *Commento all'art. 20*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, BARTOLINI A. - FANTINI S. - FERRARI G. (a cura di), Roma, 2010, 485-506.
- GOGGIAMANI F., *La doverosità della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005.
- GOISIS F., *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, II, 571-595.
- GOISIS F., *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie*

*pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, II, 815 s.

- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *Silenzo della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 137 s.
- GRECO G., *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, I, 1-15.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- GUERRA M.P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996.
- GUICCIARDI E., *Interesse occasionalmente protetto ed inerzia amministrativa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1957, III, 21 s.
- IANNOTTA L., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999, PINELLI C. (a cura di), Milano, 2000, 37-60.
- IANNOTTA L., *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2009, II, 357 s.
- IARIA D., *Il ricorso e la tutela contro il silenzio*, in *La riforma del processo amministrativo*, CLARICH M. (a cura di), in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 11, 1074-1080.
- LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.
- LEDDA F., *L'attività amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza

dell'Amministrazione (Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 1984),  
Milano, 1987, 83 s.

- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, II, 133 s.
- LEDDA F., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, 955 s.
- LEONARDI L., *Il difficile rapporto tra esegesi letterale e buon senso: l'adunanza plenaria e i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 815 s.
- LEVI A., *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, 1933, 81 s.
- LIGNANI P. G., *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, ad vocem, XLII, Milano, 1990, 559-575.
- LIGNANI P.G., *I tempi del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, B. CAVALLO (a cura di), Napoli, 1993, 35-47.
- LIGNANI P.G., *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.* (Aggiornamento), ad vocem, 1999, 978-989.
- LIPARI M., *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. Amm.*, 2003, II, 291-835.
- LOPILATO V., sub art. 31, in AA.VV., *Codice del Nuovo Processo Amministrativo*, F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), 2010, 381 s.
- LOPILATO V., sub art. 117, in AA.VV., *Codice del Nuovo Processo Amministrativo*, F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), 2010, 1052 s.



- 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*, n. 15/2008.
- MARI G., *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, 2011, 263 s.
- MARONE R., *L'impugnativa del silenzio-rifiuto. Ipotesi per colmare una lacuna legislativa*, in *Foro amm.*, 1993, I, 313-321.
- MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976.
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.*, 2002, IV, 527-553.
- MERUSI F. - CLARICH M., *Art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, BRANCA G. e PIZZORUSSO A. (a cura di), Bologna, 1991, 356 s.
- MICARI G., *Il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione: quale tutela, alla luce della Costituzione e della legge ordinaria?*, in *Giur. merito*, 2005, 3, 710 s.
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, (1933), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 135-168.
- MONTAGNA R., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. II, Roma, 1932, 361-428.
- MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. Amm.*, 2010, I, 103 s.

- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, MAZZAROLLI L. - PERICU G. - ROMANO A. - ROVERSI MONACO F.A. - SCOCA F.G. (a cura di), II vol., Bologna, 1998, 1187 s.
- MORGANTINI M., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- MORTATI C., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, 79 s.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, CARDI E. - NIGRO A. (a cura di), Bologna, VI ed., 2002.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, ORLANDO V.E. (a cura di), III, Milano, 1901.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, 3 s.
- PAGANI I., *Il Consiglio di Stato torna sul «clare loqui»*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 3, 339-346.
- PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 s.
- PALEOLOGO G., *Denuncia amministrativa*, in *Enc. giur., ad vocem*, XII, 1989.
- PALEOLOGO G., *Istanza (amministrativa)*, in *Enc. giur., ad vocem*, XX, 1989.
- PARISIO V., *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir., ad vocem*, XIII, Milano, 1964, 65-91.

- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al Giudice amministrativo*, II, Padova, 2001.
- POLICE A., *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Il procedimento amministrativo*, CERULLI IRELLI V. (a cura di), Napoli, 2007, 135 s.
- POLICE A., *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, 2011, 226 s.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- 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), 2009.
- RAGAZZO M., *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 6, 695-706.
- RANELLETTI O., *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Rivista italiana per la scienza giuridica*, XIII (1892), 3 s., ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, 3 s.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- RANELLETTI O., *Lezioni di Diritto Amministrativo. Anno scolastico 1920-21*, Napoli, 1921, 104 s.
- RENNA M. - FIGORILLI F., *Silenzio della Pubblica Amministrazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur., ad vocem*, XXXIII, 2009, 1-12.
- RENNA M. - FIGORILLI F., *Commento all'art. 2*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, BARTOLINI A. - FANTINI S. - FERRARI G. (a cura di), Roma, 2010, 105 s.
- RESTA R., *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV, 106 s.

- ROMANO SANTI, *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1932.
- ROMANO SANTI, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 s.
- ROMANO SANTI, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 s.
- RUSSO G., *L'atto amministrativo nelle controversie derivanti dal rapporto di pubblico impiego*, in *Foro Italiano*, 1929, I, 433 s.
- SALA G., *Organizzazione e attività della pubblica amministrazione*, in *Diritto e Società*, 1998, 203 s.
- SANDULLI A., *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, PASQUINI G. e SANDULLI A. (a cura di), Milano, 2001, 445 s.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Ristampa inalterata della pubblicazione del 1940, Milano, 1964.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai Giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 78 s.
- SANDULLI A.M., *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, 169 s.
- SANDULLI A.M., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Diritto e Società*, 1982, IV, 715 s.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 673 s.
- SANDULLI NAPOLEONI L., *L'imparzialità dell'azione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1986, III, 2404-2406.

- 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, II, 474 s.
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.
- SASSANI B., *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in *Il processo davanti al Giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, SASSANI B. e VILLATA R. (a cura di), Torino, 2004, 403 s.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969.
- SATTA F., *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro amm.- CDS*, 2002, 46 s.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1971.
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.
- SCOCA F.G., *La tutela processuale del silenzio dell'Amministrazione, in Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, MORBIDELLI G. (a cura di), Torino, 2000, 85 s.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della P.A.: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in AA.VV., *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, PARISIO V. (a cura di), Milano, 2002, 3-24.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, II, 239 s.
- SCOCA F.G. - D'ORSOGNA M., *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, III, 393-450.

- SCOCA S.S., *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005.
- SCOCA S.S., *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005.
- SCOCA S.S., *I difficili rapporti tra l'art. 2-bis legge 241/90 e l'art. 21-bis legge TAR*, in *www.giustamm.it*, 2009.
- SIGISMONDI G., *Atipicità del procedimento e obbligo di provvedere*, in *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, SANDULLI A. e PIPERATA G. (a cura di), Napoli, 2011, 257-266.
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 419 s.
- SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino, 2007.
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.
- SPAVENTA S., *Del Consiglio di Stato*, in SPAVENTA S., *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Raccolto da Benedetto Croce, Bari, 1909, 427-458, ora in *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, 125-152.
- SPEZZATI A., *Obbligo di conclusione del procedimento e responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, SANDULLI A. - PIPERATA G. (a cura di), Napoli, 2011, 267-278.
- STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, I, 3 s.
- STICCHI DAMIANI E., *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, I, 1 s.

- SUCK N.W.M., *L'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il termine nel procedimento amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 1999.
- TARANTINO L., *Il silenzio e la giustizia procedurale pura*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 10, 1196-1200.
- TONOLETTI B., *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl., ad vocem*, XIV, Torino, 1999, 156-191.
- TONOLETTI B., *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, TRAVI A. (a cura di), in *Le nuove leggi civili commentate*, 3-4, 2001, 574-587.
- TORREGROSSA G., *Spunti problematici in tema di silenzio della P.A. (a proposito della legge Nicolazzi)*, in *Diritto e Società*, 1982, III, 579 s.
- TRAVI A., *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, TRAVI A. (a cura di), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 1995, 8-13.
- TRAVI A., *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, 227 s.
- TRENTIN S., *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, 444 s.
- USAI S., *Abusi edilizi: obbligo di provvedere anche se non lo dice la legge*, in *Diritto e pratica amministrativa – il Sole 24 Ore*, n. 3/2009, 40-44.
- VACCARELLA R., *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*, 26.3.2012.
- VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.
- VALLA L., *Il giudice amministrativo e il risarcimento «del tempo perduto»*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 6, 651-659.

- VIOLA L., *Le azioni avverso il silenzio della P.A. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2010.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1937.