

LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO AVVERSO IL SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE RISPETTO ALLA DOVEROSA EMANAZIONE DI ATTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI GENERALI¹.

Monica Cocconi

1. Premessa. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine.

Nel presente scritto ci si interroga sull'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, contemplato dagli artt. 2, comma 8, della l. n. 241 del 1990 e 31 e 117 del c. p. a., già ex art. 21-*bis* l. 6 dicembre 1971, n. 1034, rispetto all'inerzia dell'amministrazione nell'emanare atti normativi ed amministrativi generali, previsti come obbligatori dal legislatore.

Più precisamente: non ci si occuperà del caso in cui l'amministrazione si rifiuti di avviare un procedimento per modificare un regolamento già vigente, esercitando legittimamente la propria discrezionalità².

L'analisi verterà, esclusivamente, sui casi in cui l'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali risulti doverosa, nel termine prestabilito dal legislatore per la conclusione del relativo procedimento, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990; tali atti dovranno presentarsi, altresì, come necessari ai fini dell'attribuzione a soggetti

¹ Il presente scritto costituisce lo svolgimento di una relazione che si terrà presso l'Università di Catanzaro, il 7 dicembre 2012 ed è destinato, altresì, al Volume de *Gli scritti giuridici in onore del prof. Franco Bassi*. Ringrazio i prof. Giorgio Pastori, Mauro Renna e Aldo Sandulli per la lettura attenta ed i suggerimenti offertimi ad una prima lettura di questo scritto, delle cui mancanze resto l'unica responsabile. Ringrazio altresì l'amico Francesco Perlini per la precisione con cui ha individuato e segnalato i refusi formali.

² Si v. ad esempio Tar Napoli, sez. I, 18 maggio 2011, n. 2673 che respinge sia l'impugnazione del silenzio creatosi su una diffida a riformare un regolamento comunale di accesso alle prestazioni socio-sanitarie sia quella sul provvedimento di fissazione del calcolo di compartecipazione del ricorrente alla retta per l'assistenza residenziale dei disabili gravi. La sentenza è citata da M. Massa, *L'impugnazione dei regolamenti amministrativi*, in www.neldiritto.it, n. 6, giugno 2012.

specifici di utilità o benefici prefigurati, anche se non compiutamente disciplinati, dalla legge stessa.

Ci si interrogherà, più precisamente, sulle condizioni alle quali, riguardo a tali atti, sia proponibile il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione e su quali siano i poteri esercitabili dal giudice nel relativo giudizio e le azioni proponibili dal ricorrente contro l'amministrazione inadempiente.

2. La qualità normativa degli atti quale possibile ragione preclusiva dell'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio.

L'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, in caso di mancata emanazione di atti normativi, è stata in prevalenza negata, finora, dalla giurisprudenza amministrativa, per un duplice motivo³. Anzitutto tale ricorso era giudicato improponibile, in assoluto, per carenza di legittimazione ad agire comunque insita nell'emanazione di atti espressione di potere normativo.

Il carattere generale nonché astratto che connota gli atti espressione di potere normativo - declinato di recente, dal giudice amministrativo, nel significato della loro indefinita ripetibilità⁴ - veniva infatti ritenuto incompatibile, dalla giurisprudenza prevalente, con la loro riferibilità ad un soggetto determinato.

Non era dunque ipotizzabile che, contro tali atti, un soggetto specifico potesse vantare una posizione differenziata e qualificata, identificabile con la titolarità di un

³ Si v., di recente, Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4351; Tar Roma, sez. III, 12 novembre 2008, n. 10946, in *Giur. merito*, 2009, p. 1405, con nota critica di M. De Simone, *Poteri sollecitatori del giudice amministrativo e silenzio della p.a. in ipotesi di mancata adozione di regolamenti normativi*. Nella controversia fra Codacons - Coordinamento delle Associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei consumatori e dall'Associazione utenti dei servizi finanziari, bancari ed assicurativi contro il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali per la declaratoria dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere all'emanazione del regolamento di cui all'art. 2, comma 480, della legge finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244). Tale regolamento ha riconosciuto il diritto del mutuatario in difficoltà di sospendere il pagamento del mutuo acceso per l'acquisto della prima casa, sino a diciotto mesi e non più di due volte, e infine per la nomina di un apposito commissario *ad acta* che provvedesse in tal senso in caso di inadempimento delle amministrazioni. Già prima Tar Puglia - Lecce, sez. II, 1 aprile 2004, n. 2262, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴ V. Cons. di Stato, sez. IV, n. 812 del 2012.

interesse legittimo che lo legittimasse ad agire contro il mancato esercizio del potere amministrativo, condizione per ottenere le utilità prefigurate dal legislatore.

Si asseriva, infatti, che «il rito speciale ex art. 21-*bis* è impraticabile laddove *manchi uno specifico e individuato destinatario dell'azione amministrativa*, ancorché questa sia indirizzata all'adozione di atti rivolti a categorie di soggetti determinate; è il caso, appunto, *degli atti normativi, che per la loro generalità e astrattezza vedono quali loro destinatari la collettività*, ovvero categorie di soggetti genericamente e astrattamente considerate»⁵.

La situazione soggettiva che legittima la proposizione del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, in effetti, è pacificamente identificata, dalla giurisprudenza amministrativa, con un interesse legittimo⁶. Benché risulti senz'altro superata l'assimilazione, pur sostenuta, in passato, dal giudice amministrativo, fra ricorso avverso il silenzio e impugnazione di un provvedimento «silenzioso» della pubblica amministrazione, la tutela nei confronti del silenzio viene comunque concepita come una forma di tutela successiva, che pone rimedio all'intervenuta lesione di un interesse legittimo⁷.

Circa l'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio veniva ritenuta generalmente ininfluenza, viceversa, la qualificazione dell'attività amministrativa da svolgersi come discrezionale o meramente esecutiva; era riconosciuta come esclusivamente rilevante, al fine di sostenere l'inammissibilità del ricorso, soprattutto la qualità normativa dell'atto di cui si sollecitava l'adozione e la sostanza del potere di cui era espressione anziché il contenuto specifico delle sue disposizioni.

L'ammissibilità di tale ricorso veniva inoltre negata, dalla stessa giurisprudenza amministrativa, sulla base dell'inapplicabilità, a tali categorie di atti, della disciplina sulla partecipazione contemplata dal Capo III della l. n. 241 del 1990, espressamente sancita dall'art. 13 della stessa legge. Tale disposizione, in effetti, che riguarda

⁵ Ibidem, p. 4 della Motivazione in diritto.

⁶ Si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215. Ne consegue che il rimedio non è esperibile nel caso in cui il giudice sia carente di giurisdizione riguardo al rapporto sostanziale (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1116) e che, in presenza di una situazione soggettiva di diritto soggettivo, la tutela giurisdizionale è da ritenersi inammissibile (Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7057).

⁷ In tal senso, autorevolmente, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2011, p. 210.

espressamente «gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione», esclude esplicitamente i procedimenti diretti all'emanazione di tali atti dall'applicazione della disciplina della partecipazione contemplata dalla stessa legge. Al tempo stesso, tuttavia, viene preservata l'operatività delle «particolari norme che ne regolano la formazione».

L'esclusione di questi atti dall'applicabilità della disciplina sulla partecipazione all'istruttoria del procedimento amministrativo - a cui veniva riconosciuta una valenza principalmente difensiva - era ritenuta, quindi, un sintomo della conseguente assenza di una legittimazione ad agire al fine di contestarne la mancata emanazione.

In caso di mancata emanazione di un atto normativo, pur qualificata come doverosa dal legislatore, era dunque prefigurabile esclusivamente l'esperibilità di rimedi politici, ovvero l'attivazione della responsabilità politica dell'esecutivo, conseguente alla natura di scelte eminentemente politiche riconosciuta a questi atti.

La stessa giurisprudenza, tuttavia, rinveniva l'esistenza di eccezioni alla posizione enunciata quando la legge, che prevedeva l'adozione del regolamento, garantiva essa stessa un'utilità ad un soggetto determinato: ad es. prescrivendo che un certo ente, esponenziale di categoria, sia rappresentato nell'organo che il regolamento deve istituire⁸. Né sono mancate pronunce del giudice amministrativo che, pur non riconoscendo al cittadino la legittimazione al ricorso, hanno comunque evidenziato l'obbligo dell'amministrazione di attuare le previsioni di legge⁹ o fissato a questa termini perentori per l'adempimento, nominando, in caso di inerzia, un commissario *ad acta*¹⁰.

⁸ Si v. sempre Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4351, cit.

⁹ Si v. Tar Catania, sez. II, 24 settembre 2009, m. 1583 che, pur non convenendo sull'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio nel caso di mancata emanazione di un regolamento previsto dalla legge, sosteneva che fosse un obbligo dell'amministrazione dare una corretta attuazione alle relative prescrizioni. Più di recente, nella stessa direzione, il Tar Lombardia ha dichiarato, con sent. 17 settembre 2012, n. 2220, l'inadempimento della Regione nell'emanazione di un Piano per la qualità dell'Aria conforme all'art. 9, comma 1, del D.lgs. 13 agosto 2010, n. 155 (analogamente la Corte di giustizia europea con la sentenza Janacek, 25 luglio 2008, n. 58).

¹⁰ Si v. Tar Bari, sez. III, 23 giugno 2004, n. 2680 in cui il giudice amministrativo fissava un termine di 120 giorni all'amministrazione per provvedere all'emanazione di un regolamento comunale sulle circoscrizioni, contemplato dallo Statuto cittadino.

3. La sussistenza della legittimazione ad agire come condizione di ammissibilità del ricorso avverso il silenzio anche nel caso di mancata emanazione di atti normativi e amministrativi generali.

La sostenibilità logica di tali ragioni è stata di recente messa in discussione da una parte della giurisprudenza amministrativa¹¹.

Ad essere confutata è stata, anzitutto, l'esistenza di un'assoluta correlazione logica fra la generalità e l'astrattezza degli atti normativi secondari e la loro inapplicabilità nei confronti di categorie specifiche di destinatari, il che impedirebbe l'azionabilità del ricorso avverso la loro mancata emanazione, ai sensi dell'art. 31 c.p.a. In tale differente prospettiva logica, l'ammissibilità di tale ricorso dipenderebbe unicamente, anche in caso d'inerzia dell'amministrazione nell'emanare questa tipologia di atti, pur previsti come obbligatori dal legislatore, dall'accertata sussistenza di un'idonea legittimazione ad agire in capo al ricorrente, al pari di quanto avviene per i provvedimenti singolari.

Che non vi sia, in assoluto, una contraddizione logica fra la qualità normativa sostanziale di determinati atti e l'idoneità di questi a toccare, sia pur occasionalmente, la sfera soggettiva di specifici individui dipende, principalmente, dal fatto che si tratta

¹¹ Cons. Giust. Amm. - sez. giurisdizionale - sent. 19 aprile 2012, n. 396 sull'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio per il caso di mancata emanazione, da parte dell'amministrazione, del regolamento per l'effettuazione delle pubbliche affissioni, di cui agli artt. 3 e 36 del d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, che è configurato come una condizione essenziale rispetto al rilascio dei provvedimenti autorizzatori per la gestione degli impianti pubblicitari in ambito comunale. Posto che l'emanazione di tale regolamento è prevista dalla legge come obbligatoria per il rilascio delle autorizzazioni, il giudice amministrativo ha ritenuto che i singoli operatori del settore, aspiranti a gestire detti impianti, siano riconosciuti quali titolari di un interesse legittimo (non già di un mero interesse semplice o diffuso) alla corretta, e tempestiva, emanazione effettiva del piano, affinché esso sia vigente.

di profili differenti degli stessi; il primo, infatti, guarda alla natura di fonte normativa del regolamento, l'altro investe, viceversa, la sua veste formale di atto amministrativo.

I caratteri della generalità ed astrattezza non attengono, invero, al profilo degli effetti della qualificazione operata dalla fonte normativa secondaria sulla specifica fattispecie o posizione soggettiva di un soggetto determinato; costituiscono piuttosto, com'è noto, uno dei criteri sostanziali individuati dalla scienza giuridica per riconoscere nei regolamenti, in assenza di un criterio formale, la qualità di legge in senso materiale e differenziarli, sotto tale profilo, dagli atti amministrativi generali.

La necessità di tale distinzione era maturata anzitutto, nel contesto della centralità acquisita nel costituzionalismo liberale, agli albori del Novecento, dal principio della separazione dei poteri, dall'impossibilità di ricondurre il potere di porre in essere norme giuridiche ad una prerogativa istituzionale dell'amministrazione. Di qui la necessità di ricondurre il legittimo esercizio ad uno specifico fondamento legislativo¹².

Al riscontro, da parte della dottrina, della peculiare qualità normativa del regolamento si era accompagnata quindi, nella giurisprudenza amministrativa degli anni Trenta, l'idea che alle specifiche esigenze di garanzie ad esso riconducibili dovesse accompagnarsi un sindacato adeguato a soddisfarle in modo specifico¹³. Se ne prevedeva, pertanto, la possibilità di disapplicazione in caso di illegittimità per violazione del principio di gerarchia delle fonti e dello *iura novit curia*, ai sensi dell'art. 5 L.A.C., pur all'interno di un processo amministrativo diretto ad appurare l'eventuale lesione ad una posizione soggettiva individuale¹⁴.

L'identificazione della qualità normativa di un atto, peraltro, non assume unicamente, sia per la giurisprudenza che per la scienza giuridica, un valore descrittivo ma possiede una valenza scientifica; da questa discendono, com'è noto, significativi

¹² L'individuazione del fondamento necessario del regolamento nella legge, anziché nel potere discrezionale, era improntata, nel famoso saggio di Guido Zanobini, all'intento di assicurare la sovranità della legge, si v. G. Zanobini, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, 1922, p. 17 ss.

¹³ Più diffusamente, su tale percorso storico e giuridico, si v. F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, p. 162 ss.

¹⁴ Circa il ricorso alla disapplicazione del regolamento, a metà degli anni Trenta, come veicolo per penetrare nella specialità di fonte normativa del regolamento e sindacarlo quale fonte del diritto nel rispetto del principio di legalità si v. G. Morbidelli, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 674.

effetti sul piano del regime di pubblicità, dell'efficacia, del grado di vincolatività e del relativo regime giuridico.

L'assenza di un nesso logico fra l'astrattezza e generalità degli atti normativi e la loro inapplicabilità ad un soggetto specifico è emersa con chiarezza, più di recente, dal modo stesso con cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha interpretato il loro significato, ponendosi in continuità, peraltro, con quanto sostenuto dalla prevalente dottrina costituzionalistica¹⁵.

La precisazione di tale significato della generalità e dell'astrattezza delle fonti normative secondarie, peraltro, è in parte un effetto del concreto modo di svolgimento della potestà legislativa nel nostro ordinamento, sempre più spesso attuata con discipline di tipo settoriale e molto vicine agli interessi da soddisfare. La varietà del fenomeno normativo ha progressivamente indotto la scienza giuridica a interpretare il criterio dell'astrattezza, quale elemento distintivo della normazione secondaria, secondo un significato compatibile con la flessibilità del tipo normativo tipica dello Stato sociale, sovente diretta a soddisfare valori solidaristici e di eguaglianza sostanziale¹⁶.

La generalità e l'astrattezza degli atti normativi non sono stati intesi dall'Adunanza Plenaria, invero, nel senso di applicabilità indifferenziata a tutti i soggetti dell'ordinamento ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) ad una serie indefinita di casi (astrattezza)¹⁷.

Nella fattispecie esaminata il possesso di tali caratteri non escludeva, pertanto, che un atto di normazione secondaria si applicasse unicamente agli operatori di un settore (nel caso di specie, ai titolari degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonte solare) purché questo, anche in tale ambito, manifestasse comunque i requisiti di generalità ed astrattezza nel senso precisato; si richiedeva dunque, in altri termini, che

¹⁵ Si v. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 9/2012, su una vicenda processuale relativa ai criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica con produzione di energia solare.

¹⁶ In tal senso sono ancora valide le osservazioni di A. M. Sandulli, *L'attività normativa*, Napoli, 1970, p. 78

¹⁷ Per l'individuazione nell'indefinita ripetibilità del prevalente carattere sostanziale di riconoscimento degli atti normativi si v., di recente, M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011, p. 95, in continuità, peraltro, con un'autorevole dottrina, si v. L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, t. II, Milano, 2008, p. 540.

tale atto qualificasse comportamenti realizzati un numero indefinito di volte anche da una categoria di soggetti, purché aperta.

A spostare l'attenzione della dottrina e del giudice amministrativo sulla natura delle volizioni contenute nei regolamenti e, di conseguenza, sulla loro potenziale capacità lesiva, piuttosto che sulla loro essenza di fonti del diritto, ha contribuito in misura significativa, attorno agli anni Quaranta, l'enfasi posta sul carattere antifibologico dei regolamenti. Questi sono dotati, invero, oltre che di qualità normativa, della natura formale di atti amministrativi.

L'accento posto soprattutto su questo loro profilo formale ha indotto a mettere in luce il collegamento dei regolamenti con il complesso fenomeno della discrezionalità amministrativa, la loro idoneità ad incidere su situazioni giuridiche soggettive di diritto o di interesse e ad essere sottoposti al sindacato del giudice amministrativo per vizi di legittimità¹⁸; l'enfasi su tali caratteristiche ha indotto ad esaltarne i tratti comuni agli atti amministrativi generali e ad attrarre gli uni e gli altri nello stesso regime processuale¹⁹.

A giustificare l'uniformità di un regime processuale comune alle norme secondarie e agli atti amministrativi generali ha contribuito, inoltre, l'impossibilità di determinare a priori anche i destinatari di questi ultimi, comune peraltro ai regolamenti, come già evidenziato, in quanto dotati di astrattezza. Tale carattere vale a differenziarli inoltre, com'è noto, dagli atti plurimi che si rivolgono ad una molteplicità di destinatari, identificabili anche *ex ante*²⁰.

¹⁸ Sul tema si v. in particolare L. Carlassare, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. (ad vocem)*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 614.

¹⁹ Per un'analisi compiuta di tale regime processuale, si v. C. Tubertini, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 1076.

²⁰ Per la distinzione fra atti amministrativi generali ed atti plurimi, si v. M.S. Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 9 ss.; sul fatto che la distinzione fra regolamenti e atti amministrativi generali attenga alla qualità di legge in senso materiale dei primi, si v. A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1945, III, p. 217. Per le difficoltà a distinguere con nettezza le due categorie, si v. G. Morbidelli, *Il TAR del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *La competenza del T.A.R. del Lazio estesa all'intero territorio nazionale: esperienze, bilancio, prospettive*, Atti del Convegno, 23 novembre 2000, Roma, p. 64.

E' tale loro caratteristica che rende generalmente impossibile apprezzare, prima della successiva emanazione del provvedimento singolare, l'attualità della lesione operata alla sfera giuridica del ricorrente e, quindi, ritenere sussistente sia l'interesse a ricorrere sia la decorrenza del termine per l'impugnazione. L'assenza, nella maggior parte dei casi, di una lesione attuale della sfera soggettiva individuale, peraltro, li accomuna ai regolamenti che, in quanto dotati di generalità ed astrattezza, generalmente non incidono immediatamente su interessi individuali.

La stessa è peraltro alla base, com'è noto, dell'obbligo di impugnare l'atto normativo e amministrativo generale in via differita, unitamente al provvedimento che vi dia applicazione, poiché solo l'atto esecutivo produce una lesione personale, attuale e concreta della sfera giuridica del ricorrente, il che integra la sussistenza dell'interesse a ricorrere. Al tempo stesso l'impugnazione congiunta del provvedimento singolare e dell'atto normativo o amministrativo presupposto si impone non solo per rispetto del principio stesso di «attualità» della lesione; lo richiede, infatti, la coerenza stessa del regime di impugnazione, che si fonda su censure rivolte all'atto presupposto e la necessità di un annullamento contestuale di entrambi dato che, se così non fosse, questo continuerebbe ad essere efficace nonostante la sua dichiarata illegittimità²¹.

La scarsa attitudine degli atti normativi ed amministrativi generali a ledere immediatamente situazioni soggettive specifiche è dovuta, essenzialmente, anziché alla loro natura giuridica, al modo con cui questi generalmente, proprio per l'indeterminabilità *ex ante* dei loro destinatari, disciplinano la fattispecie e le utilità e gli interessi coinvolti. Nella maggior parte dei casi, in effetti, tali atti rinviano la definizione dell'assetto degli interessi a provvedimenti futuri in altri casi, più rari, conformano direttamente la sfera soggettiva dei soggetti coinvolti.

Queste differenti modalità di regolazione dell'assetto degli interessi coinvolti dal procedimento sono qualificate dalla giurisprudenza, con l'utilizzo di categorie

²¹ Sulle ragioni che impongono un'impugnazione congiunta del provvedimento singolare unitamente al regolamento e all'atto amministrativo generale, si v. C. Tubertini, cit., p. 1081. Fino ad epoca recente si riteneva che la mancata impugnazione congiunta del regolamento provocasse l'inammissibilità del ricorso avverso l'atto applicativo. Gradualmente si è consentita la disapplicazione del regolamento contrastante con norme di rango superiore, nazionali o comunitarie, prima nella giurisdizione esclusiva e poi nella giurisdizione generale di legittimità al fine di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2003, n. 2750; sez. VI, 11 luglio 2003, n. 4145 e 2 marzo 2009, n. 1163)

concettuali elaborate da un'autorevole dottrina²², come «volizioni-preliminari» e «volizioni-azione». Le prime consistono in una disposizione regolamentare che non tocca direttamente la sfera giuridica del destinatario ma regola l'azione successiva dello stesso o di altro organo amministrativo, costituita dall'emanazione di provvedimenti di esecuzione, le altre investono immediatamente le posizioni soggettive di singoli individui, costituendo, modificando od estinguendo un rapporto giuridico fra questi e l'amministrazione.

In questa differente prospettiva, in cui l'accento viene posto sul contenuto delle disposizioni e la loro incidenza sulla singola fattispecie, la distinzione fra regolamenti e atti amministrativi generali smarrisce il suo valore dogmatico assoluto; se guardati dall'angolo visuale degli effetti sulla sfera giuridica del singolo, infatti, sia gli che gli altri, indipendentemente dal possesso o meno della qualità normativa, possono essere scissi, secondo l'espressione utilizzata da un'autorevole dottrina, in «una serie infinita di atti amministrativi speciali, ciascuno dei quali è rivolto ad uno dei soggetti cui detta disposizione è applicabile»²³. Guardata dal punto di vista del soggetto che subisce una mutazione della propria sfera giuridica, quale effetto di un atto normativo o provvedimentale, infatti, questa è identica se riferita alla specifica fattispecie in cui il soggetto si colloca o se l'atto investa un novero indeterminato di fattispecie fra le quali quella relativa all'interessato sia ricompresa²⁴.

In questa impostazione logica, il principio dell'obbligo di immediata impugnazione dell'atto normativo o generale che, nonostante la loro qualificazione formale, abbia un contenuto idoneo a procurare l'immediata lesione della posizione soggettiva del singolo non configura, in realtà, un'eccezione; rappresenta piuttosto una coerente

²² Si v. S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 82. Per una declinazione riguardo al tema oggetto del presente scritto si v. A. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 870 ss.

²³ In tal senso, si v. A. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa*, cit., p. 907 e 908. Tale prospettiva teorica applica al tema in questione le tesi di D. Donati, *I caratteri della legge in senso materiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1910, p. 300, sull'equivalenza tra una norma di carattere generale e astratto e la pluralità di qualificazioni che, per effetto della stessa norma, si proiettano sulle specifiche fattispecie concrete.

²⁴ In tal senso appaiono ancora preziose le intuizioni di C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), Milano, 1964, p.76 ss.

applicazione del criterio dell'apprezzamento della lesione attuale e concreta procurata alla sfera giuridica del ricorrente²⁵.

Solo in questo caso, infatti, si verifica quell'incidenza immediata sulla posizione sostanziale dell'interesse legittimo che legittima il relativo titolare ad agire direttamente in vista della sua tutela. Come asserito di recente dal giudice amministrativo: «allorché il regolamento contiene disposizioni immediatamente lesive, ne consegue la sua immediata impugnabilità. In questo caso, tuttavia, la natura regolamentare dell'atto, formalmente asseribile, dev'essere sostanzialmente esclusa, posto che esso presenta - in luogo o accanto al contenuto normativo - un contenuto eminentemente provvedimentoale, determinato dal fatto che esso incide direttamente ed unilateralmente sulla sfera giuridica di uno o più soggetti determinati»²⁶.

All'atto normativo in grado di ledere in via immediata le posizioni soggettive di uno o più individui determinati la giurisprudenza riconosce, dunque, una qualità normativa ma un contenuto, considerati i suoi effetti, sostanzialmente amministrativo.

La stessa attenzione calibrata sull'apprezzamento dell'attualità e concretezza della lesione dovrebbe porsi nel valutare l'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio nel caso di mancata emanazione di atti normativi o amministrativi generali, prevista come obbligatoria dal legislatore.

²⁵ La presenza, nei regolamenti e nei provvedimenti generali, di disposizioni direttamente lesive e quindi suscettibili di essere impuginate immediatamente fu riconosciuta già dal Consiglio di Stato fin dai primi anni di istituzione della IV sez. e risolta nel senso dell'immediata impugnabilità della disposizione la quale «sia di tal natura, che anche indipendentemente da ogni atto positivo di applicazione, abbia conseguenze di danno rispetto ad un ente determinato» (sez. IV, 30 giugno 1899, n. 324, in *La giustizia amministrativa*, 1899, parte I, p. 550). Per un'analisi compiuta dei casi decisi dalla giurisprudenza in cui è stata affermata l'impugnabilità diretta si v. M. MASSA, *Regolamenti amministrativi*, cit., p. 294 ss. Di recente si v. Tar Toscana, sez. II, 19 marzo 2010, n. 702, in relazione ad un regolamento comunale; si v. altresì Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1918, in *Foro it. CdS* 2010, p. 859. Anche gli atti amministrativi generali, di regola impugnabili unitamente all'atto applicativo, lo sono immediatamente, riguardo ai bandi di gara, in ordine alle cd. «clausole escludenti» (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6566, ove si precisa che le clausole del bando debbono essere subito impuginate solo qualora il partecipante subisca, per effetto della clausola ritenuta illegittima, un pregiudizio sicuro, diretto e attuale, come nei casi in cui vengano espressamente previsti chiari e tassativi requisiti di partecipazione che il concorrente non possiede.

²⁶ Si v., sotto tale profilo, Cons. Stato, sez. quarta, 16 dicembre 2012, n. 812.

Pertanto, in un'analogia prospettiva, per sostenere se, in una determinata fattispecie, sia proponibile il ricorso avverso il silenzio sarà dunque necessario non tanto chiedersi quale sia la sostanza del potere che l'amministrazione si rifiuta di esercitare - se normativo ovvero provvedimentale - ma, piuttosto, in che modo il legislatore abbia qualificato il suo esercizio.

Se l'esplicazione di tale potere, in effetti, è considerata dalla legge come necessaria rispetto alla successiva attribuzione a soggetti determinati dei benefici e delle utilità da questa identificate, i soggetti che ne risultano destinatari sulla base della disciplina legislativa avranno la legittimazione ad agire avverso il silenzio dell'amministrazione.

Riguardo agli effetti sulla loro sfera giuridica, infatti, prevale l'aspetto formale del provvedimento amministrativo potenzialmente lesivo delle loro pretese sostanziali, piuttosto che quello dell'atto a contenuto generale.

In assenza di tale legittimazione al ricorso, inoltre, risulterebbe pregiudicata l'effettività della tutela delle loro posizioni soggettive verso l'amministrazione, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Cost.²⁷ E' precisamente la necessità di garantire l'effettività di questa tutela che può giustificare, sia pure unicamente alle condizioni sopra descritte, l'ammissibilità del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione ad emanare atti normativi o amministrativi generali, in presenza di un'idonea legittimazione ad agire. E' solo l'azionabilità di tale ricorso, in effetti, che è in grado di assicurare l'effettiva tutela delle posizioni soggettive coinvolte, in presenza di un'inerzia dell'amministrazione.

In questa prospettiva l'atto per la cui mancata emanazione sarà ammissibile il ricorso avverso il silenzio sarà quello in grado di riconoscere a determinati soggetti l'attribuzione di utilità già prefigurate, anche se non compiutamente disciplinate, dal legislatore.

Il contesto, dunque, in cui dev'essere collocata la questione dell'ammissibilità di tale ricorso riguardo agli atti normativi o amministrativi generali deve spostarsi dall'indagine sulla natura normativa o provvedimentale degli atti all'accertamento dell'esistenza di una legittimazione ad agire al fine di contestarne la mancata

²⁷ Su tale principio e la sua applicazione al tema in esame si v. F. Saitta, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in Riv. dir. proc., vol. 67, n. 3, 2012, ora in F. Saitta, M. Renna (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, spec. p. 242.

emanazione. Come ribadito, di recente, dal giudice amministrativo: «la più consapevole giurisprudenza è orientata non già nel senso che gli atti normativi, pianificatori e generali, non siano sollecitabili mediante il ricorso al rimedio processuale del silenzio, bensì segue *il ben diverso e condivisibile criterio che, rispetto a tali atti, occorra svolgere un'attenta verifica della legittimazione attiva in capo al ricorrente*»²⁸.

E' nota la mancanza di una definizione univoca, nella scienza del diritto amministrativo, dell'effettivo rapporto intercorrente in generale, nel processo amministrativo, fra l'interesse a ricorrere, inteso come interesse all'ottenimento di un'utilità o di un vantaggio dallo svolgersi del processo amministrativo, e la posizione soggettiva del ricorrente²⁹. Chi prospetta un rilievo solo processuale dell'interesse legittimo, infatti, sostiene l'identificazione delle due figure; chi viceversa ricomprende nell'interesse legittimo quel bene della vita sostanziale che il ricorrente mira a conseguire attraverso il processo amministrativo, propende per un'inclusione in questo anche dell'interesse a ricorrere.

In qualunque modo si atteggi tale relazione, è in ogni caso indubbio che la sua sussistenza connota l'interesse a ricorrere, nel processo amministrativo, di quella forte impronta sostanziale sconosciuta al processo civile - laddove questo rimane sullo sfondo - e che il dibattito scientifico sulla dinamica di tale relazione abbia prodotto effetti fecondi proprio riguardo alla natura sostanziale dell'interesse legittimo.

E' inoltre altrettanto innegabile che, nel giudizio sul silenzio, vi sia una perfetta sovrapposizione fra condizioni soggettive dell'azione ed effetti sostanziali dell'atto impugnato sulla posizione soggettiva del destinatario; la legittimazione ad agire avverso il silenzio dell'amministrazione spetta dunque, unicamente, a chi possieda un interesse non solo differenziato ma anche qualificato da una norma di diritto

²⁸ Si v. ancora Cons. di giustizia amm. – sez. giur. – sent. 19 aprile 2012, n. 396, punto 3.2 della Motivazione in diritto.

²⁹ Per un approfondimento della questione ed una rassegna delle posizioni dottrinali al riguardo si v. L. R. Perfetti, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004 che riconduce la valutazione dell'interesse a ricorrere ad un controllo di coerenza dell'azione esercitata con la funzione del potere di azione; B. Spampinato, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004 che ritiene la valutazione dell'interesse a ricorrere un giudizio preliminare su elementi relativi al merito del giudizio.

sostanziale - ovvero sia titolare di un interesse legittimo - all'emanazione dell'atto normativo o amministrativo generale.

4.L'irrilevanza della mancata applicabilità, agli atti normativi ed amministrativi generali, della disciplina della partecipazione contenuta nella legge sul procedimento.

La più recente giurisprudenza amministrativa ha negato, altresì, l'esistenza di un nesso logico fra l'esclusione della disciplina sulla partecipazione, ossia del Capo III della l. n. 241/1990, agli «atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione» e l'inammissibilità, avverso la loro mancata emanazione nel termine contemplato dall'art. 2 della stessa legge, dell'azione contro il silenzio dell'amministrazione. Anzi, proprio il fatto che l'art. 13 esenti queste tipologie di atti unicamente dall'applicabilità del Capo III della stessa legge, ovvero dagli articoli da 7 a 13, è stata ritenuta una ragione a favore della vigenza, nei confronti di tali atti, dell'azione avverso il silenzio contemplata dall'art. 2. Per questa, in effetti, non è prevista un'esplicita esclusione all'interno della l. n. 241/1990.

Tale interpretazione, peraltro, era già stata fatta propria dalla Corte costituzionale che, con sent. 25 luglio 2002, n. 355, aveva sostenuto l'applicabilità, anche riguardo ai procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali e di pianificazione, dell'obbligo dell'amministrazione di fissare il termine di conclusione ai sensi dell'art. 2, qualora non sia la legge stessa a stabilirlo³⁰.

La Corte aveva ritenuto, altresì, che la mancata osservanza del termine non comportasse la decadenza del potere dell'amministrazione di stabilirlo ma valesse a connotare in termini di illegittimità il suo comportamento; nei confronti di questo, pertanto, i soggetti interessati alla sua conclusione potranno insorgere utilizzando, per garantire la propria situazione soggettiva, le tutele apprestate dall'ordinamento fra cui si ritiene senz'altro compresa la proposizione del ricorso avverso il silenzio.

³⁰ Sul fatto che l'obbligo di concludere il procedimento in un termine prestabilito riguardi tutti i provvedimenti amministrativi, non unicamente quelli a contenuto singolare, si v., più recentemente, Corte cost., 29 maggio 2009, n. 166; Tar Puglia, Bari, sez. III, 8 settembre 2010, n. 3450, in *Foro amm. Tar*, 2010, p. 2958; Tar Puglia, Bari, sez. II, 17 settembre 2009, n. 2100; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 8 aprile 2009, n. 695.

In realtà la giurisprudenza amministrativa, probabilmente, non ha voluto riferirsi allo stretto tenore letterale dell'art. 13 della l. n. 241 del 1990 ma al fatto che dall'inapplicabilità, a queste tipologie di atti, della disciplina sulla partecipazione si deducesse la mancata configurabilità, dinnanzi a tali atti, di tale posizione soggettiva. Si convenga oppure no sul fatto che vi sia una relazione biunivoca fra la titolarità delle pretese partecipative e la successiva legittimazione ad agire al fine di impugnare il provvedimento conclusivo³¹, è innegabile infatti che, attraverso la sua attivazione, l'interesse legittimo si manifesti già, sotto il profilo sostanziale, quale «figura attiva, caratterizzata da una serie di prerogative dirette a influire sull'azione amministrativa»³².

L'esclusione contenuta nell'art. 13 si spiega certamente con il fatto che, generalmente, gli atti normativi, amministrativi generali e pianificatori non investono direttamente la sfera soggettiva di soggetti determinati mentre tale effetto, ampliativo o limitativo, è prodotto, più frequentemente, dal provvedimento successivo. L'assenza, in misura prevalente, di un effetto direttamente lesivo di tali atti spiegherebbe la ragione per cui non sia attivabile, all'interno del procedimento diretto alla loro formazione, una partecipazione con valenza principalmente difensiva o garantistica secondo il modello presente nel Capo III.

Tale spiegazione, tuttavia, non pare offrire un'interpretazione esauriente dell'effettivo significato di tale disposizione.

Nell'esclusione dell'applicabilità della disciplina sulla partecipazione, di cui al Capo III della l. n. 241/1990, agli atti normativi, pianificatori e amministrativi generali, peraltro, emerge con molta evidenza la distanza culturale fra la classe politica che redasse il testo legislativo e gli esponenti della comunità scientifica presenti nella Commissione autrice del disegno di legge Nigro che la contemplava nella forma dell'istruttoria pubblica³³.

³¹ Per tale posizione si v., principalmente, R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 171. Per uno sviluppo più ampio di tale posizione, si v. P. Duret, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.

³² In tal senso A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2011.

³³ In tal senso mi sia consentito il rinvio alle riflessioni già sviluppate in *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2010, p. 1021.

Proprio nei procedimenti diretti alla formazione di tali atti, infatti, risultava decisiva quell'esigenza di imparzialità che imporrebbe, nella fase istruttoria, un'acquisizione il più ampia possibile dei differenti interessi coinvolti dallo svolgersi del procedimento e una loro selezione e ponderazione improntata al principio di ragionevolezza.

Alla luce di tale convinzione, la più recente riflessione scientifica sul tema³⁴ ha offerto un'interpretazione restrittiva di tale deroga. Si è sostenuto, infatti, come la disposizione di cui all'art. 13, in realtà, non precluda in modo assoluto l'attivazione della partecipazione nei procedimenti diretti all'emanazione di atti amministrativi generali e programmatori. Questa evidenzerebbe piuttosto, attraverso il rinvio alle discipline di settore previgenti in cui questa era già contemplata, che essa assolve a finalità differenti da quella attivabile nei procedimenti singolari.

Non si tratterebbe, dunque, di un'esclusione di tale obbligo procedurale che, peraltro, risulta ormai contemplato da molte discipline di regolazione di procedimenti generali, come quelli ambientali o quelli disciplinati dalle autorità indipendenti o a queste applicabili nell'ambito della regolazione condizionale dell'attività economica e della regolazione finanziaria; si assisterebbe, piuttosto, ad un rinvio a modelli procedurali meglio in grado di soddisfare le specifiche finalità della partecipazione nei procedimenti generali.

Tali procedimenti coinvolgono, invero, un novero di interessi molteplici e differenziati; la relativa fase istruttoria implica, di conseguenza, attività di acquisizione di interessi assai complesse e tecnicamente sofisticate in vista della loro selezione e comparazione ai fini dell'adozione dell'atto finale. La stessa articolazione della fase istruttoria, pertanto, è tendenzialmente funzionale a favorire l'emersione più ampia possibile dei differenti interessi rilevanti coinvolti nel suo svolgimento e la loro successiva acquisizione e ponderazione ai fini dell'assunzione della decisione, piuttosto che ispirarsi ad una logica strettamente difensiva.

L'esercizio della partecipazione, in tali procedimenti, assolve pertanto, principalmente, a funzioni differenti da quelle garantistiche e difensive tipiche dei procedimenti singolari; risulta piuttosto funzionale ad arricchire l'istruttoria

³⁴ Mi sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

procedimentale e ad accrescere la legittimazione della decisione assunta dall'amministrazione. La prima consente di orientare e di supportare l'amministrazione, anche sotto il profilo tecnico, verso la scelta più adeguata, arricchendo la completezza dell'istruttoria procedimentale. La seconda favorisce l'emersione più ampia possibile degli interessi coinvolti nel procedimento, aumentandone il grado di consenso e di accettazione da parte dei destinatari³⁵.

5. I poteri del giudice nel rito speciale sul silenzio dell'amministrazione avverso la mancata emanazione di gli atti normativi ed amministrativi generali.

Le specifiche condizioni, sotto il profilo sostanziale, in cui può essere ritenuto ammissibile il ricorso avverso il silenzio riguardo agli atti normativi e amministrativi generali spiegano anche quali siano, in tali casi, i poteri riconoscibili al giudice nel relativo giudizio e le azioni proponibili dinnanzi a questo.

Com'è noto, nel nuovo codice del processo amministrativo l'azione avverso il silenzio è stata contemplata, unitamente a quella di accertamento della nullità, all'interno dell'art. 31; nel disegno di legge originario, viceversa, tali azioni erano contenute in due differenti articoli, l'art. 36, comma 2 e l'art. 37. Nell'*iter* di approvazione del Codice, infatti, tale ultima norma, relativa all'azione avverso il silenzio, è divenuta l'art. 31. Attraverso la sua formulazione, dunque, è stata recuperata un'azione di adempimento (che, nella sua previsione generale, era stata espunta dall'art. 40 del progetto del Codice)³⁶ per mancata adozione del provvedimento, diretta ad ottenere una pronuncia giurisdizionale sulla «fondatezza

³⁵ Sul fatto che questa partecipazione ponga il problema del rapporto fra partecipazione a procedimenti normativi e rappresentanza politica del cittadino si v. F. Merusi, *La legalità amministrativa*, Bologna, 2012, p. 44.

³⁶ Su cui si v. M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustiziaamministrativa-Documentazioni-Studi-Contributi*, 11 novembre 2010; sulla vicenda le puntuali osservazioni di F. Merusi, *In viaggio con Laband.....in www.giustamm.it*

della pretesa»³⁷ o, per utilizzare l'espressione del Cons. St., A.P. del 23 marzo 2011, n. 3, «un'azione di condanna senza la tipizzazione dei contenuti».

Com'è stato evidenziato infatti dalla stessa Adunanza Plenaria, nella pronuncia citata, il codice del processo amministrativo ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo attraverso l'introduzione del principio della pluralità delle azioni.

La sistematica del codice, dunque, ha superato la tradizionale tutela dell'interesse legittimo affidata principalmente al modello impugnatorio consentendo l'esperibilità di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna, idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Fra queste è certamente da ricomprendersi, in materia di silenzio inadempimento, anche un'azione di condanna all'adozione del provvedimento richiesto, previo accertamento, nei casi consentiti dal codice, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio. La giurisprudenza amministrativa, peraltro, ha già dato atto di ritenere queste azioni di adempimento tipiche previste dal codice non come disposizioni eccezionali ma come declinazioni di un'azione di adempimento ammessa in via generale³⁸.

Dell'esperibilità di tale azione, già contemplata dall'art. 2 della l. n. 241 del 1990, anche se riferita unicamente, in quella sede, alla «fondatezza dell'istanza», sono stati altresì esplicitati, al comma 8 dello stesso articolo, i presupposti di esercizio, recependo l'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza dell'art. 2. La sua proponibilità sarebbe dunque possibile, unicamente: «quando si tratti 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».

La necessità di fissare i confini del giudizio sulla fondatezza della pretesa era già emersa, in sede prima giurisprudenziale e poi dottrinale, nell'intento di rendere

³⁷ Sul giudizio avverso il silenzio della pubblica amministrazione si v. M. Occhiena, *Commento all'art. 31*, in *Codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, *Nel diritto*, Roma, 2010.

³⁸ Si v., in tal senso, Tar Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428. Sul tema resta obbligato il riferimento a F. Merusi, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo. Scritti in memoria di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p. 331 ss.

compatibili le esigenze di celerità del rito contemplato dall'ex art. 21-*bis* con quelle dirette ad assicurare al ricorrente una tutela più effettiva, insite nella riforma introdotta dalla l. n. 80 del 2005³⁹.

E' noto infatti che l'art. 21 - *bis* delineava un giudizio celere da concludersi in tempi relativamente brevi (entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito) anche per la proposizione del giudizio di appello (entro trenta giorni in caso di notifica e novanta in sua assenza); la brevità dei termini previsti, oltre alla snellezza delle formalità, insite nella «sentenza succintamente motivata» conclusiva del giudizio, aveva indotto la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (la decisione n. 1 del 9 gennaio 2002) a ritenere i poteri del giudice limitati all'accertamento della sussistenza o meno dell'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione⁴⁰.

La successiva trasformazione del modello generale di processo amministrativo, non più improntato, in via esclusiva, all'originario paradigma del giudizio cassatorio-demolitorio, unitamente al superamento della concezione, quale esito del giudizio sul silenzio, dell'annullamento del «provvedimento negativo-silenzioso»⁴¹, avevano già indotto il legislatore, con la riforma introdotta dalla l. n. 80 del 2005, ad un ampliamento dei poteri decisorii del giudice di fronte all'inerzia della pubblica amministrazione⁴².

Tale modifica era stata inserita in una disposizione di natura processuale, contenuta nell'art. 2, comma 8 della legge n. 241 del 1990, laddove si specifica che, nel rito speciale instaurato ex art. 21-*bis*, «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza».

La dottrina aveva poi chiarito in modo convincente, altresì, i confini di tale giudizio: l'ambito di operatività di pronunce sulla fondatezza della pretesa era ritenuto

³⁹ In tal senso si v. M. Renna, F. Figorilli, *Silenzio della p. a.* (ad vocem), 1) *Diritto amm.*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 2009, p. 3; già G. Pastori, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amm.* 2002, p. 305.

⁴⁰ Si v. i puntuali rilievi di A. Travi, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, p. 227; v. altresì, F. G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 239.

⁴¹ Su cui si v. F. G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.

⁴² Più ampiamente, sulla vicenda si v. N. Saitta, *Il silenzio della pubblica amministrazione torna a farsi sentire*, in *Giust. Amm.*, 2007, p. 147.

limitato ai casi in cui fosse possibile desumere, oltre all'*an* ed al *quando* dell'obbligo di provvedere, anche quelli relativi al *quid*⁴³.

Tale interpretazione, peraltro, era valsa a differenziare tale azione, all'interno del rito speciale sul silenzio, da quella di inadempimento improntata al modello tedesco (*Verpflichtungsklage*), proprio per i confini più limitati di applicabilità⁴⁴.

Si tratta quindi di verificare se tali presupposti di ammissibilità, ora esplicitati dal legislatore, siano riscontrabili laddove l'azione avverso il silenzio sia proponibile in caso di mancata emanazione di atti normativi o amministrativi generali, ovvero nei casi in cui, come prospettato, sussista un'effettiva legittimazione ad agire alla presentazione del ricorso.

A tale interrogativo pare doversi offrire una risposta senza dubbio positiva se si conviene, come sopra sostenuto, che tale azione sia proponibile, in caso di mancata emanazione di atti di tale natura, qualora questi siano contemplati dal legislatore come necessari per garantire ai destinatari le utilità e i beni della vita prefigurati, anche se non compiutamente disciplinati, dalla legge stessa. In tal caso, infatti, l'atto normativo o amministrativo generale, rappresentato dal legislatore quale condizione essenziale per il conseguimento delle utilità da questo prefigurate, costituisce senza dubbio il *quid* che rende esperibili al giudice i più estesi poteri decisorii contemplati dall'art. 31, comma 8. La disciplina legislativa, infatti, conferisce in tal caso al provvedimento generale quel carattere di vincolatezza in grado di rendere l'amministrazione obbligata a provvedere in ordine alla sua emanazione.

In tal caso, pertanto, tali poteri paiono potersi esplicare, come peraltro espressamente confermato da Cons. St., A.P. 29 settembre 2011, n. 15, in una condanna specifica ovvero nell'ordine di adottare lo specifico provvedimento generale di cui sarà individuato il dispositivo. In tale prospettiva sarà lo stesso apprezzamento, da parte del giudice amministrativo, della situazione giuridica sostanziale sussistente

⁴³ In tal senso, S. Fantini, *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 1429 ss.

⁴⁴ Su cui i puntuali rilievi di M. Clarich, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 66 ss. e De Pretis, *L'azione e i poteri del giudice*, in A.a. V.v., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, a cura di G. Falcon, Trento, 2001, p. 9 ss.

in capo al ricorrente in ordine all'emanazione del provvedimento generale da adottare ad improntare la sua decisione in ordine al suo contenuto specifico.

Tale azione avverso il silenzio, peraltro, sarà esperibile anche dal «controinteressato sostanziale»⁴⁵ ossia dal soggetto terzo che, a fronte di un possibile pregiudizio discendente dal provvedimento generale, avrebbe comunque interesse ad evitare il protrarsi della situazione di incertezza provocata dall'inerzia dell'amministrazione.

In caso di parziale o totale accoglimento del ricorso, dunque, l'attuale art. 117 c.p.a. chiarisce che, con sentenza resa «in forma semplificata», «il giudice ordina all'amministrazione di provvedere» assegnando all'amministrazione ingiunta un termine («non superiore, di norma, a trenta giorni»:art. 117, comma 2, c.p.a.) entro cui adempiere. Inoltre, come prevede il successivo terzo comma, con la stessa sentenza che definisce il giudizio o, in caso di inottemperanza dell'amministrazione alla pronuncia emessa dal giudice sul silenzio, egli stesso dovrà nominare, su istanza della parte interessata, un commissario *ad acta* che provveda in vece dell'amministrazione.

L'azione avverso il silenzio potrà proporsi congiuntamente, come previsto dall'art. 117, comma 6, del c.p.a., con quella diretta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti dal ricorrente per l'inerzia dell'amministrazione «in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento», in base all'art. 30, comma 4 del c.p.a.. Tale pretesa, configurata come «diritto al termine», è stata qualificata di recente dalla dottrina come un diritto soggettivo e riconosciuta come dotata di un'autonoma consistenza rispetto all'interesse legittimo all'emanazione del provvedimento⁴⁶. Questo riconoscimento attiene alla considerazione del fattore tempo, nel diritto amministrativo, quale bene della vita autonomo e al danno insito, inevitabilmente, nel prolungarsi dell'incertezza circa l'*an*, il *quando* ed il *quid* del provvedere dell'amministrazione⁴⁷. Tale autonomia rende la pretesa in ordine alla sua risarcibilità meritevole di soddisfazione indipendentemente dalla fondatezza o

⁴⁵ Felice espressione coniata da M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 325 e 392.

⁴⁶ In tal senso si v. M. Renna, F. Figorilli, cit., p. 4.

⁴⁷ In tale prospettiva, più estesamente, M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

infondatezza della pretesa sostanziale discendente dall'emanazione del provvedimento generale.