

GIANMARCO POLI
Dottore di ricerca in diritto pubblico
Professore a contratto di diritto urbanistico e dell'ambiente
presso il Dipartimento di Architettura dell'Università di Firenze
gianmarco.poli@unifi.it

***RUIT HORA: GARANZIA DEL TEMPO DELL'INDIVIDUO
E RIMEDI PROCESSUALI CONTRO L'INERZIA
DELL'AMMINISTRAZIONE***

***RUIT HORA: GUARANTEE OF THE INDIVIDUAL'S TIME AND
JUDICIAL REMEDIES AGAINST ADMINISTRATIVE INACTION***

SINTESI

Il saggio, ricondotto il fattore tempo dell'azione amministrativa al paradigma dell'art. 1183 c.c., si propone di indagare la coerenza della tutela processuale avverso l'inerzia amministrativa, come venutosi a delineare nel diritto vivente, con le norme costituzionali sulla tutela dei diritti di cittadini e le più recenti e accreditate riflessioni sul rapporto tra cittadino e potere. L'analisi, condotta attraverso gli orientamenti giurisprudenziali e le norme codicistiche, ha evidenziato un'applicazione di alcuni istituti (quali l'interesse a ricorrere e la tutela cautelare) eclettica, sia rispetto al giudizio di annullamento, sia rispetto al processo civile; modello al quale, invece, dovrebbe guardarsi per rendere la tutela processuale del silenzio-inadempimento coerente con le richieste della Costituzione e la natura giuridica della situazione sostanziale oggetto del giudizio.

ABSTRACT

This essay, brought the timing of administrative action to the paradigm of art. 1183 c.c., aims to investigate the coherence of the judicial protection against administrative inaction as it came to be posited in the "living law", with constitutional rules on the protection of citizens' rights and the most recent and accredited reflections on the relationship between citizen and power. The analysis, taking into account the jurisprudential orientations and codified norms, has revealed an unusual application of some legal institutes (i.e., interest to act and precautionary protection) with respect to both the judicial annulment and the civil procedure rules. The civil procedure rules, however,

should be the model to refer to in order to make the judicial protection of the administrative inaction consistent with the requirements of the Constitution and with the object of the administrative process.

PAROLE CHIAVE: Tempo, silenzio-inadempimento, rito avverso il silenzio, interesse a ricorrere, tutela cautelare

KEYWORDS: Timing, judicial protection of the administrative inaction, interest to act, administrative inaction, precautionary protection

INDICE: 1. Il tempo e l'individuo. 2. Situazioni soggettive e mancato esercizio del potere amministrativo. L'azione avverso il silenzio come tutela di un diritto. 3. Interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio. 4. Tutela cautelare e silenzio: i termini di un problema. 5. (segue) I principi costituzionali a protezione dei diritti del singolo come bussola per orientarne la soluzione. 6. (segue) Tutela cautelare e terzi pregiudicati da una S.C.I.A. 7. A mo' di conclusione.

1. Il tempo e l'individuo

La comparsa, nel panorama dottrinale attuale, di studi che hanno posto al centro della riflessione “il tempo” dell'azione amministrativa¹, piuttosto che – come da abitudine del passato² (anche recente³) – il suo termine, induce a domandarsi se sia diventato irrimandabile aggiornare il catalogo dei concetti e delle categorie attraverso cui filtrare il diritto delle amministrazioni o se, invece, a uno spostamento nel punto di osservazione di un medesimo fenomeno non sia corrisposta una trasformazione reale dello stesso, rimasto pressoché immutato

1 Si allude, in modo particolare, agli scritti di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo* e S. TUCCILLO, *Le declinazioni del “tempo” nell'azione amministrativa: un percorso di studio*, entrambi in *Dialoghi di diritto amministrativo*, a cura di F. APEIRO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI, Roma, 2024, 147 ss. e 165 ss. (ma vedi, sullo stesso oggetto di indagine, S. TUCCILLO, *Il tempo dell'azione amministrativa come diritto fondamentale*, in *Pers. Amm.*, 2023, 257 ss.; A. NICODEMO, *Il tempo come bene della vita*, Torino, 2024; M. MACCHIA, *Il tempo come bene della vita. Il nesso tra tardività e inefficacia*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. GIORDANO, Milano, 2021, 587 ss.; I. FORGIONE, *Quando l'amministrazione decide di non decidere: il silenzio e il ruolo del tempo nel procedimento amministrativo, tra responsabilità ed efficienza*, in R. URSI, M. RENNA, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 89 ss.; L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 2461 ss.).

2 Tra i primi, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*.

3 Vd., ad es., P. CARPENTIERI, *Silenzio-assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 77 ss.; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Proc.*, 2022, 11 ss.; A. COLAVECCHIO, S. PIGNATARO, *L'obbligo di provvedere e i termini per la conclusione del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, cit., 63 ss. (ma cfr. già, A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in *Pers. Amm.*, 2017, 313 ss.); D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 779 ss.

nei suoi tratti essenziali (e nel modo d'intenderlo), necessitando soltanto di rimeditazione alla luce di un più evoluto modo d'intendere il potere pubblico e il suo ruolo nell'ordinamento costituzionale.

Il dubbio appare tanto più lecito quanto dense di implicazioni si prospettano le conclusioni (consonanti) alle quali queste indagini, sia pur seguendo percorsi differenziati, giungono, eleggendo il tempo del potere (o del suo mancato esercizio) ad autonomo bene della vita⁴, protetto – o da proteggere, con strumenti adeguati alla natura della posizione vantata – come diritto fondamentale dell'individuo⁵.

Si vedrà, però, come l'utilità attualmente riconosciuta dalla normativa sostanziale, che tiene legate l'azione amministrativa e il fattore tempo, lungi dall'essere un'entità aliena e slegata – e, quindi, in questo senso autonoma – rispetto al bene protetto dall'interesse legittimo che preesiste e fronteggia il potere⁶, rappresenta nient'altro che un frammento di quel tutto, unitario e organico, che l'ordinamento tutela quando il cittadino s'imbatte in un potere: la pretesa a un provvedimento conforme alle norme di comportamento che presiedono alla sua adozione.

In questa differente chiave di lettura, la posizione dei soggetti coinvolti nell'episodio di esercizio della funzione non potrà che essere dislocata seguendo la tassonomia del rapporto obbligatorio, e la stessa tempistica dell'azione, quale fattore che contribuisce a delineare e delimitare il patrimonio di obblighi gravanti *ex lege* sull'Amministrazione titolare del potere, proiettarsi nella dimensione del diritto civile e del suo codice, quale sede naturale della disciplina in materia.

E ciò, anche al cospetto dell'attentato più insidioso per il bene tempo in cui l'individuo, per opinione largamente condivisa, può rimanere coinvolto

⁴ In questa direzione, muovono le considerazioni di M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto"*, cit., 15.

⁵ È il percorso proposto da S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa*, cit., in partic., 10 ss. e 16 ss.

⁶ Da ultimo, cfr. L. FERRARA, G. MANNUCCI, I. PIAZZA, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 19: «l'interesse legittimo, lungi dall'essere la risultante della trasformazione di un diritto per opera del potere pubblico [...] si afferma come posizione autonoma e originaria, che a quel potere preesiste».

quando si rivolge a un'amministrazione pubblica: ritrovarsi ostaggio di un'inerzia dell'ente, in fattispecie in cui la legge ha fissato una linea temporale certa entro cui il provvedimento debba essere adottato.

Al processo di valorizzazione del tempo dell'azione amministrativa – riscoperto come bene dell'individuo che entra in contatto con un potere pubblico –, infatti, ha sempre fatto da *pendant* un'attenzione costante, da parte della dottrina, per quel fenomeno, dappprincipio inafferrabile, che è stato il silenzio dell'Amministrazione.

Molti mutamenti hanno percorso il diritto amministrativo da quando, a partire dagli anni Sessanta, si è accettata l'idea che il mancato esercizio di un potere doveroso costituisca un fenomeno giuridico a sé stante, bisognoso di un'autonoma categoria classificatoria (che lo allontanasse da quella, in cui era stato relegato, delle forme di diniego tacito⁷) e, soprattutto, di strumenti dedicati di tutela, attivabili da chi pativa gli effetti di un atteggiamento omissivo dell'Amministrazione⁸.

Da allora, infatti, la natura della posizione soggettiva che sorge in capo ai destinatari del potere mai esercitato è stata indagata a fondo e sostenuti passi in avanti sono stati mossi dalla legislazione processual-amministrativistica, animata dall'intento di perfezionare e calibrare sempre meglio le misure di contrasto all'inerzia, sull'interesse individuale che, di volta in volta, le norme sostanziali hanno inteso proteggere⁹.

7 Superando quella che è stata definita la “finzione di tutela” costitutivo-demolitoria da D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 37 ss.

8 Cfr. ad es., Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 1960, n. 727, in *Foro amm.*, 1961, I, 343; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 1961, n. 65, in *Foro it.*, 1961, III, 41 ss. fliche, ispirandosi a quanto enunciato da Cons. Stato, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8 (in *ibid.*, 42: «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») in tema di silenzio-rifiuto, hanno aperto le porte a un processo di accertamento circa l'esistenza, in capo all'Amministrazione, di un obbligo di provvedere. Prima di allora, il silenzio era equiparato a un rigetto e, conseguentemente, il giudizio avverso di esso era tarato sullo schema dell'azione di annullamento. Su questi temi e sull'evoluzione della giurisprudenza al riguardo, si veda diffusamente F.G. COCCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.

9 Da ultimo, per uno studio organico sul fenomeno dell'inerzia amministrativa, S. VILLAMENA, *Inerzia e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020.

Si è così giunti, fino ai giorni nostri, alla edificazione di un ordito di regole – con ruolo di punta nel codice del processo amministrativo – che promettesse di raggiungere quello *standard* di tutela che gli artt. 24 e 113 Cost. chiedono di mettere in campo quando le prerogative dei cittadini sono messe a repentaglio da un *non* (o *male*) *agere* della P.A.

Come si vedrà, tuttavia, osservando tra le pieghe del diritto vivente e le recenti e accreditate riflessioni sul rapporto tra cittadino e potere, resta più di un dubbio che la promessa sia stata mantenuta e che l'obiettivo di un sistema di tutele per l'individuo e il suo tempo – osservato nel prisma dell'azione avverso l'inerzia amministrativa –, responsivo rispetto al primato dei diritti della persona sancito in Costituzione, sia stato raggiunto appieno.

2. Situazioni soggettive e mancato esercizio del potere amministrativo. L'azione avverso il silenzio come tutela di un diritto

Negli ultimi due decenni, a scuotere dal torpore in cui si era adagiata la dogmatica del diritto amministrativo – appiattita su una ormai consolidata e rassicurante versione del legame tra potestà e interessi dell'individuo –, è comparso sulla scena quel movimento intellettuale che, nel segno di una progressiva conquista della parità tra cittadino e amministrazione (di fronte alla legge), ha decostruito e poi ricomposto, in un diverso ordine, il rapporto che intreccia le norme al potere discrezionale.

Si è compreso, infatti, che eccettuati taluni vincoli normativi al potere posti nel solo interesse pubblico (e, dunque, sprovvisti di una corrispondente pretesa individuale), tutti gli altri, posti a garanzia di un interesse privato, avevano l'effetto di far sorgere in capo al singolo, situazioni soggettive¹⁰ a struttura

10 Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 165 ss., che tiene distinte le «regole puntuali che non appaiono riferibili a uno specifico interesse privato alla loro osservanza [e, dunque,] poste nel solo interesse pubblico» (e rispetto alle quali «manca il diritto soggettivo, ma anche l'interesse legittimo tradizionalmente inteso»), dalle regole, «indeterminate» di comportamento [o] «puntualmente vincolanti» che possiedono una «rilevanza esterna [che dipende] dalla esistenza di un interesse sostanziale protetto» e la cui violazione rileva in termini di «inadempimento di obblighi inerenti al rapporto» tra Amministrazione e cittadino.

creditizia¹¹. Dette pretese¹², che hanno la loro disciplina tanto in norme a contenuto puntuale (regole) quanto in norme a contenuto indeterminato (principi e clausole generali)¹³, trovano nel provvedimento il loro oggetto¹⁴.

Ma si è compreso, soprattutto, che una simile pretesa di provvedimento¹⁵ – complice una recente riforma dei procedimenti a istanza di parte¹⁶ – non rimanesse sempre uguale a sé stessa, vivendo nel rapporto amministrativo con sembianze cangianti, suscettibili di mutare – in consistenza e contenuto – a se-

11 Così, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175 ss. che aveva parlato di un «diritto di credito (avente a oggetto una prestazione consistente in un comportamento – in un atto – dalle caratteristiche predeterminate)» chiasmaticamente correlato a una obbligazione (di mezzi) della quale è destinataria la P.A. (avvertendo, tuttavia, che sarebbe stato errato identificare il diritto di credito del cittadino con il semplice interesse alla legittimità, se non foss'altro perché «la costruzione proposta, lungi dal postulare un generalizzato “dovere dell'amministrazione di osservare le leggi”, fonda una precisa obbligazione di quest'ultima verso un soggetto determinato» o più soggetti determinati, nel caso in cui si debba fare i conti con eventuali controinteressati (179). Nonché, da ultimo, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 221 ss.

12 Le quali «hanno un loro *diverso ed autonomo* oggetto che va pure qualificato come bene della vita», secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159 nt. n. 232.

13 Che «in nulla differiscono [...] da tutte le altre», specie nel «carattere di prescrittività della norma stessa, nella comune qualificazione dei rapporti che ne discendono in termini di diritto-obbligo» (così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 167).

14 E il loro momento unificante, secondo la teoria della situazione giuridica soggettiva complessa, su cui vedi G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 26 – 27: «“diritto soggettivo” può essere riferito sia a ciascuna delle prerogative hohfeldiane individualmente considerata, se fondato su una norma specifica, sia ad un insieme più o meno complesso di tali prerogative, se fondato su una norma generica. [...] In questo senso, che potremmo definire statico, la complessità di un diritto è dunque una questione di grado, che dipende dalla quantità di posizioni hohfeldiane connesse tra loro», nonché L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma – Bari, 2007, 67 ss. e 398, ove descrive i diritti come «situazioni molecolari complesse». Con riferimento all'interesse legittimo, cfr., invece, L. FERRARA, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, in *Quest. giust.*, 2021, 60, che ragiona di «carattere “complesso” della relativa [all'interesse legittimo] obbligazione»; G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 8, che, con specifico *focus* sulla tutela dell'affidamento, parla di «obbligazioni strumentali» la cui soddisfazione «dipende da quella della posizione principale, al pari della sua tutela, da costruire ‘all'ombra’ dell'interesse legittimo»; nonché I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., 234 ss. il quale, con riferimento a taluni diritti procedurali – come la pretesa alla neutralità del decisore amministrativo fondata sull'art. 6-bis, l.n. 241/90 e connessa al principio di imparzialità della P.A. –, precisa che essa «tutela un bene (neutralità del decisore) diverso da quello finale» (238).

15 Al concetto di pretesa si rifà D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 17 (che parla di «situazione giuridica soggettiva a carattere relativo» definibile in termini di «pretesa di provvedimento amministrativo favorevole»). Alla pretesa, sia pure ricostruita in una chiave inedita (di «pretesa che si rivolge direttamente, in termini negativi o positivi, nei confronti della situazione effettuale a cui il potere fa riferimento (l'utilità finale, come mediata dall'adozione del provvedimento)»), che si astrae dalla dinamica classica del rapporto creditorio, si è richiamato, da ultimo, anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*,

conda dell'indole (vincolata o discrezionale) del potere in esercizio o di come l'*iter* procedimentale si è in concreto dipanato.

Mentre, infatti, appartiene ormai alla coscienza collettiva¹⁷ che a un potere interamente vincolato – in cui una e una sola risulti la soluzione conforme a legge – corrisponda sempre e comunque la pretesa (assimilabile a un diritto di credito)¹⁸ a un provvedimento favorevole¹⁹ (che coincide, fatalmente, con il provvedimento legittimo), la divaricazione tra i possibili sviluppi del procedimento discrezionale – a seconda che transiti o meno per il punto di scambio rappresentato dall'art. 10 *bis* della l.n. 241/1990 – ha comportato, dal lato del privato, una diversificazione nell'oggetto di detta pretesa: a un provvedimento legittimo²⁰, ancorché di segno negativo, quando l'abito normativo del potere

I, Torino, 2020, in partic., 507 ss. e 515 ss., facendone l'oggetto del giudizio amministrativo di condanna *ex* artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. (520 - 521).

16 Si tratta, in particolare, dell'art. 12, comma 1, lettera e), del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l.n. n. 120/2020, che ha riscritto in larga parte l'art. 10 *bis*, l.n. 241/90.

17 E nonostante l'ostinazione del g.a. nel dare continuità al criterio della direzione della norma attributiva del potere vincolato (cfr., di recente, Cons. Stato, sez. III, 05 dicembre 2022, n. 10648, in *Dir. & giust.*, 2023, che, con riferimento alle norme sulla vaccinazione obbligatoria, ha parlato di «potere vincolato che viene esercitato a tutela della salute pubblica, di fronte al quale non necessariamente si contrappone un diritto soggettivo, ma può e deve correttamente configurarsi [...] un interesse legittimo alla corretta esplicazione di detto potere»).

18 Osserva A. TRAVI, *Lezioni di Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 51, che «almeno sul piano del diritto sostanziale, la distinzione rispetto alle obbligazioni scompare».

19 Come insegnato, anni orsono, da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 7 ss. che giunge a dimostrare la «necessaria correlazione tra attività vincolata e diritto soggettivo e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario» (45).

20 Che sciolga una *chance* di carattere normativo, secondo la nota prospettazione di L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 643 ss., il quale, rifiutando la nozione di *chance* accolta dalla giurisprudenza (come mera aspettativa collegata al bene della vita e dipendente dall'esercizio del potere), ne propone una lettura in termini di autonomo bene della vita: «la *chance*, cioè, è la (più o meno ampia) *possibilità normativa* di un risultato favorevole» (644). Se questa è la situazione soggettiva vantata dal privato, ne consegue che la P.A., verserà «in una situazione di obbligazione» essendo «vincolata nei confronti del soggetto privato a garantire o dare siffatta possibilità» (651). Cfr., anche C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, 42: «se si ragiona in termini di *chance*, allora non è più vero che l'interesse legittimo non garantisce un risultato: non garantisce un certo bene (il risultato finale) ma garantisce un altro bene (la *chance*). Cade la barriera visibile fra interesse legittimo e diritto soggettivo. Il bene della vita tutelato con la forma dell'interesse legittimo è un bene tutelato anche nei rapporti fra privati a fronte di altrui poteri unilaterali di scelta. E se nel rapporto fra privati si parla di diritto soggettivo perché non altrettanto nel rapporto con la pubblica amministrazione?». In giurisprudenza, ha aderito a questa tesi, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 1171, su cui vedi, in particolare, la nota di F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, *ivi*, 1236 ss.

non consente di stabilire, a priori, un esito favorevole del procedimento; o a un provvedimento di segno positivo, anche (astrattamente) illegittimo, laddove sia stato attivato il meccanismo di cui all'art. 10 *bis* e dall'indagine procedimentale non siano emerse ragioni per negare l'atto richiesto²¹.

A uscirne trasformata è la figura stessa di interesse legittimo che, reciso ogni legame con l'interesse a un bene della vita (che resta estraneo al nucleo di tutela sottostante alla norma violata), si eleva a situazione soggettiva di teoria generale, appartenente alla famiglia dei diritti di credito, avente nel provvedimento (*secundum ius* o favorevole, a seconda della fattispecie regolativa del potere) l'oggetto della prestazione riconosciuta e tutelata dalla legge.

Il nuovo interesse legittimo, in altri termini, si risolve in una aspettativa²² o *chance* normativa (a un provvedimento conforme a legge)²³, che le più recenti riforme piovute sulla materia hanno reso protagonista di una fattispecie a formazione progressiva²⁴ in cui, al ricorrere di certi presupposti – normativi (la soggezione del potere in esercizio al modulo procedimentale dell'art. 10-*bis*) o circostanziali (come la violazione dell'obbligo di completezza dell'istruttoria) –,

21 Per L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 584, per l'esattezza, un «diritto soggettivo al bene finale, salvo l'esistenza di un motivo ostativo» oppure, a volerne conservare la natura creditizia, un «diritto di ottenere un provvedimento o favorevole o legittimamente sfavorevole». Sull'argomento, per le ragioni che inducono a propendere per la tesi del diritto a struttura relativa, sia consentito rinviare a G. POLI, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2022 e in *Dialoghi di diritto amministrativo*, a cura di F. APEIRO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI, Roma, 2022, 327 ss. Da ultimo, sui riflessi di ordine sistematico dell'art. 10-*bis* e del fenomeno preclusivo a esso collegato, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, Torino, 2022, 7 ss., che ha parlato di semplice «correttivo, appunto in chiave preclusiva, riferibile al giudizio di annullamento» (23), privo di effettiva rilevanza quando, esperita l'azione di condanna a un *facere*, il giudizio si estende all'intero rapporto sostanziale (sicché la preclusione legale dell'art. 10-*bis*, viene assorbita e superata da quella, più intensa e a carattere generale, discendente dal giudicato).

22 Con un contenuto che si estrinseca – a differenza dell'aspettativa negoziale, di contenuto esclusivamente conservativo – in facoltà extra processuali attive riconosciute al titolare (come si era illustrato in G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 47 ss., a cui, se lo si desidera, è fatto rinvio).

23 Cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, loc. cit. (concetto ripreso e sviluppato, specie in chiave di tutela processuale, in ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *facere**, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 644 ss.).

24 Categoria giuridica su cui cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.; ID., *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

possa espandersi in diritto a ottenere un provvedimento favorevole (ancorché non spettante)²⁵.

Questo processo trasformativo avviene secondo un meccanismo non ignoto al diritto, assimilabile a quello che il Codice civile, all'art. 1359, riserva all'aspettativa negoziale, situazione individuale protetta nei termini di diritto a ottenere un altrui comportamento improntato a correttezza e buona fede che diviene, in conseguenza della condotta illecita posta in essere dalla controparte contrattuale, di diritto alla prestazione contenuta nel contratto²⁶.

Nel contratto sottoposto a condizione, infatti, la violazione dell'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione²⁷ – quale specificazione del più generale obbligo di buona fede – determina un'estinzione imperativa del potere di autonomia del contraente inadempiente il quale, nonostante in sede di autorregolamento dei propri interessi avesse deciso di accogliere gli effetti del contratto concluso solo al verificarsi di una certa condizione, sarà costretto a subirla, *ob torto collo*, anche qualora detta condizione, nella realtà, non si è mai realizzata²⁸.

Uguualmente accade nel procedimento amministrativo assoggettato all'art. 10-*bis*, dove la violazione dell'obbligo di non sollevare ragioni di diniego

25 Ipotizzava F. VOLPE *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 115 e nt. 61, la possibilità che, a fronte di una norma (di relazione), un medesimo fatto ricevesse una doppia qualificazione, produttiva – secondo la logica della fattispecie complessa o a formazione progressiva – sia di un'efficacia preliminare, sia di un'efficacia conseguente.

26 In ordine al contratto sottoposto a condizione e alle situazioni soggettive nascenti tra le parti, P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 762 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1955, 538 ss.; U. NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro IV, Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 421 ss. Sull'aspettativa nel diritto civile, oltre agli autori dianzi menzionati, cfr. R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit.; U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995 e, di recente, M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006; R. LENZI, *Della condizione nel contratto*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, III, Torino, 2011, 310 ss.

27 A opera della parte che aveva interesse contrario al suo avveramento.

28 Sul rapporto tra il rimedio previsto dall'art. 1359 c.c. e il canone generale di buona fede (quale speciale applicazione di essa), già S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., 798; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, 49 ss. e 107 ss. M. GRANDI, *Condizione mista o potestativa, funzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 2011, 44 ss.

dell'istanza diverse e ulteriori rispetto a quelle già segnalate nella comunicazione dei motivi ostativi – corollario dell'obbligo di istruire in modo completo il procedimento – determina un'estinzione del potere amministrativo²⁹, con contestuale nascita dell'obbligo in capo all'autorità – quale conseguenza *ope legis* dell'inadempimento – di rilasciare un provvedimento favorevole, ancorché la legge, o una più attente valutazione di opportunità, ne avrebbero osteggiato il rilascio³⁰.

Nell'uno, come nell'altro caso, l'esigenza che anima le due fattispecie, giustificando il rafforzamento della posizione del soggetto antagonista del potere (pubblico-discrezionale o di autonomia privata), a scapito dell'altro (che vede trasformata dalla legge uno spazio di libertà in uno di obbligo), è la necessità di dare stabilità e certezza all'attività privata³¹, e riconoscere una tutela effettiva

29 Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 578 – 579, il quale osserva come la preclusione che si manifesta in caso di annullamento in giudizio del provvedimento determina, secondo la stessa legge, «la consumazione del potere», con conseguente necessità che si aprano «le porte del giudizio di ottemperanza, non diversamente da quanto avverrebbe in una ipotesi di elusione o violazione del giudicato».

30 Ricostruzione che, allargando lo sguardo, trova una sua coerenza sistematica (e, al contempo, una conferma) sia nel novellato art. 2, comma 8-*bis*, l.n. 241/90 (che sanziona espressamente con l'inefficacia i provvedimenti adottati decorsi quei termini di conclusione del procedimento, posti a garanzia della stabilità di effetti prodotti o situazioni venutesi a creare a vantaggio dell'individuo e su cui cfr. C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 52 ss.), che nel neoistituito art. 21-*decies*, l.n. 241/90 (il quale consente al privato di chiedere – e ottenere – la riadozione di un atto autorizzativo annullato con sentenza passata in giudicato, tanto da far dire a F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in www.federalismi.it, n. 36/2020, 46, che «è la legge stessa che, ancora una volta, spegne i "focolai discrezionali" originariamente esistenti all'interno del procedimento»). Anche dette norme, infatti, sia pur nella diversità di formulazione e struttura, collegano al verificarsi di certi presupposti un'estinzione (totale o parziale) del potere originario, soppiantato da un obbligo di *facere* (adottando un certo provvedimento) o di *non facere* (astenersi dall'adottare provvedimenti trascorso un certo termine) collocato in capo alla P.A. Non trascurabile, in chiave di sistema, sembra pure l'art. 21-*octies*, l.n. 241/90 il quale, nell'escludere – così come riformulato – che la violazione dell'art. 10-*bis* possa dar luogo a un vizio non invalidante, conferma, per contrapposizione, la rilevanza della norma – la cui trasgressione può produrre, quale «misura limitativa» (N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Dir. econ.*, 2022, 13), un'estinzione del potere – sul piano sostanziale (e non più soltanto formale e procedimentale: cfr. Cons. Stato, Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 785, con nota di L. MAGLI, *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in partic. 792).

31 Che è da considerarsi, a tutti gli effetti, un bene della vita: cfr., A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 178, che colloca «la certezza dei rapporti giuridici» tra i «beni economicamente valutabili, né più né meno di quanto non lo siano dei beni materiali o fisicamente percepibili [...]»; ed è spesso evidente come, nella concreta dinamica dei rapporti economici e delle tempestive decisioni che essi comportano, la certezza di perdere (o di non

dell'individuo, evitando che sia il soggetto inadempiente a beneficiare degli effetti giuridici favorevoli derivanti da un condotta tenuta *contra legem*³².

Con il corollario che, nell'uno come nell'altro caso, l'oggetto della domanda di giustizia sarà proprio il diritto alla prestazione (il provvedimento favorevole o la prestazione dedotta in contratto, anche se virtualmente non spettanti), con conseguente possibilità, per chi agisce, di invocare una sentenza che – oltre ad accertarlo – sia attributiva del diritto stesso³³.

A un'analisi più attenta, è possibile avvedersi che lo schema operativo su cui è congegnato il meccanismo di tutela introdotto dal nuovo art. 10-*bis*, non rappresenti una assoluta novità nel panorama pubblicistico, rintracciandosi un suo predecessore – già all'indomani della riforma del 2005 – nel fenomeno (similare) introdotto all'art. 2, l.n. 241/90, in materia di silenzio.

Con previsione, di lì a pochi anni, dislocata (più correttamente) nel c.p.a., infatti, il legislatore ha sostanzialmente stabilito che, in assenza di spazi di discrezionalità (amministrativa o tecnica), la violazione dell'obbligo di provvedere – entro il termine di legge – consumasse il potere attribuito alla P.A., abilitando il giudice ad accertare la fondatezza dell'istanza (art. 31, comma 3, c.p.a.)³⁴.

conseguire) un bene abbiano maggior valore del bene stesso».

32 Analogamente a quanto accade nella tutela delle corrispondenti situazioni soggettive regolate dal diritto dei privati. Cfr., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, 556, al cui avviso la sanzione che, ai sensi dell'art. 1359 c.c., colpisce il contraente che viola l'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione, è da ritenersi espressione del principio generale dell'ordinamento secondo cui l'autore di un inadempimento non può trarne effetti giuridici favorevoli.

33 Fino al punto di rendere lecito l'utilizzo della sentenza cognitiva con effetti esecutivi che, sulla falsariga dell'art. 2932, c.c., tenga luogo – interinalmente – degli effetti del provvedimento amministrativo. In tema, cfr. L. FERRARA, *Oltre l'azione di adempimento, una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo non emanato*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2011; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 648, che si domanda «se la piena soddisfazione della situazione soggettiva dell'attore, laddove l'attività della p.a. è vincolata, non vada piuttosto rinvenuta in una sentenza di accertamento costitutivo o in una sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga di quella di cui all'art. 2932 c.c.»; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1179, secondo cui per gli atti vincolati l'ordinamento potrebbe riconoscere la possibilità per il giudice di emanare un provvedimento «che è titolo esecutivo o direttamente costitutivo degli effetti dell'atto amministrativo oggetto del giudizio»; nonché già P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, I, 34 ss.

34 Sulla tutela processuale in materia di silenzio-inadempimento, specie sotto l'angolo visuale della sua effettività e pienezza, F. SCALIA, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016, in partic. 21 ss.; N. POSTERARO, *Riflessioni a proposito del rito avverso il silenzio inadempimento*, in *Foro Amm.*, 2017,

Un istituto, probabilmente pensato per i poteri che nascono *ab origine* vincolati³⁵, che ha attecchito, trovando terreno fecondo, anche nel campo dei poteri discrezionali, quando la astratta discrezionalità – andata via via a esaurirsi nel corso di un procedimento avviato ma mai portato a conclusione – trasmodava in vincolatezza (in concreto)³⁶.

Secondo lo schema codificato dal legislatore, più analiticamente, anche al cospetto di un potere ampliativo di indole discrezionale, lo spirare del periodo di tempo concesso alla P.A. per provvedere, unito al venir meno – nel corso dell'istruttoria – degli originari tratti di discrezionalità, che sia amministrativa o tecnica (per esser state già compiute le eventuali valutazioni a essa riservate), abilita l'istante a domandare la condanna dell'Amministrazione inadempiente all'adozione del provvedimento richiesto³⁷. Elevando, di conseguenza, a oggetto del processo amministrativo avverso il silenzio³⁸ la “*pretesa*” di provvedimento

793 ss.; G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della p.a. dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, 997 ss.

35 E rispetto ai quali la posizione vantata dal privato nasce *ipso iure* come di diritto soggettivo al provvedimento favorevole. Cfr. supra, note nn. 12 e 13.

36 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 981, che parlava della discrezionalità amministrativa come di «una dote che si spende nel procedimento e che può risultare del tutto consumata nel momento della (sovente solo formale) decisione [senza più] opporsi, pregiudizialmente e aprioristicamente, ad aspettative private che, in relazione alle risultanze già acquisite nel procedimento, possono benissimo risultare, in concreto, di ormai necessaria soddisfazione». Di recente, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 294 – 295.

37 Con un'azione che, in base al combinato disposto tra gli artt. 31, comma 1 e 117, comma 3 c.p.a., è stata configurata come di accertamento e di condanna a provvedere (cfr. V. LOPILATO, *Commento all'art. 31*, in *Codice del processo amministrativo commentato con dottrina e giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, Roma, 2015, 418; E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 202).

38 Inizialmente volto ad accertare in giudizio l'esistenza di un dovere funzionale di provvedere posto in capo all'autorità e la sua violazione (cfr. C. CALABRÒ, *Pronuncia completa e satisfattiva del giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, 154; G. GRECO, *Silenzio della pubblica amministrazione ed oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 137 ss.; G. SALA, *Oggetto del processo e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 156 ss.; F. FIGORILLI, *Verso un'azione di accertamento del silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1987, 2195 ss.; G. VACIRCA, *Note sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, *ivi*, 1989, 612 ss.; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Atti del XXVIII Convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Milano, 1985, 53 ss.) e con aperture, da parte di certa dottrina, verso la possibilità di rivolgere l'accertamento giurisdizionale non già alla posizione di dovere, bensì direttamente al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere in giudizio dall'interessato (cfr. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 18 ss.; G. ABBAMONTE, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *Atti, cit.*, 137 ss.; V. CAIANIELLO, *Silenzio-rifiuto e poteri del giudice amministrativo*, *ibid.*, 375 ss.).

favorevole dedotta in giudizio, su cui dovrà vertere, nel rispetto del principio della domanda, l'attività di accertamento del giudice e la successiva condanna di cui all'art. 31, c.p.a.³⁹

Una conclusione del genere, resa obbligata dai dati testuali e di sistema, induce a postulare che, sul piano sostanziale, l'art. 2 l.n. 241/90, in combinato disposto con l'art. 31 c.p.a., dia vita a una fattispecie a formazione progressiva in cui, al ricorrere di certe condizioni, all'interesse legittimo originario si sostituisce un diritto soggettivo (pieno) al conseguimento del provvedimento ampliativo⁴⁰.

Scandendo idealmente i vari momenti della fattispecie, infatti, con l'avvio del procedimento, sorge in capo alla P.A. – quale proiezione del vincolo normativo (discendente dall'art. 2 l.n. 241/90) al potere discrezionale⁴¹ – un obbligo (di provvedere)⁴² a cui corrisponde, per il richiedente, il solo diritto⁴³ – strumentale e accessorio rispetto alla situazione soggettiva principale (di interesse legittimo) – a che l'Amministrazione adotti, entro un termine dato, un provvedimento (di qualsivoglia contenuto) risolutivo dell'aspettativa sottesa all'istanza. Un obbligo, come è stato già da tempo messo in luce, che si riconnette al

39 Su poteri vincolati e diritti di credito, è tornato di recente L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 113 ss.

40 Evoca la figura dalla fattispecie a formazione progressiva, di recente, anche S. FLORIAN, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'amministrazione*, 2022, 73 ss., la quale, tuttavia, ritiene effetti preliminari ed effetti definitivi non come avanzamento progressivo di un unico interesse (quello a ottenere quanto spetta in base alla legge), bensì come momenti qualificativi di norme diverse – collocate in diverse fasi (preliminare e definitiva) del potere – che tutelano distinti interessi, quello «al rilascio del provvedimento favorevole» e quello «protetto con gli effetti definitivi (o finali), che consiste nell'interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi».

41 Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa (Atti del XLV/III Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione)*, Milano, 2003, 20 ss. che ricorda come in «principio il quando era discrezionale» dopodiché, a seguito della legge sul procedimento, la «antica discrezionalità nel quando che caratterizzava, salvo rare eccezioni derogatoriamente imposte dalla legge, l'attività della Pubblica Amministrazione viene sovvertita».

42 Non più, dunque, un semplice e irrelato «dovere funzionale di provvedere», su cui D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 93. Bensì, un vero e proprio «obbligo», suscettibile di «inadempimento» (così, ad es., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, 250).

43 Già M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 27 ss. e 179 – 180, d'altro canto, aveva dimostrato come, nei procedimenti a istanza di parte, il termine per provvedere «si colloca all'interno della relazione diritto soggettivo-obbligo», di talché «il modello concettuale di riferimento è cioè il termine per l'adempimento delle obbligazioni». In senso analogo, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2022, 345, dove si parla di «un obbligo per l'amministrazione di rispettare il termine e un diritto dell'interessato a che il termine sia rispettato».

più generale canone di correttezza e buona fede – rappresentandone una tipizzazione⁴⁴ –, la cui funzione protettiva si risolve nel garantire tempi certi alla soddisfazione dell'interesse legittimo⁴⁵.

Può, tuttavia, accadere che, nel corso della procedura, le attività istruttorie riservate alla P.A. siano state compiute e che il concreto atteggiarsi degli eventi abbia ridotto a zero lo spazio di scelta a essa delegato dalla norma attributiva sicché, al ricorrere di questi ulteriori elementi della fattispecie, all'iniziale obbligo di *facere* generico (*i.e.* l'adozione di un provvedimento, ancorché negativo), venga a surrogarsi un'obbligazione di *facere* specifico, al rilascio del provvedimento favorevole entro il termine (di adempimento) fissato dalla legge⁴⁶.

Il concreto andamento dell'istruttoria⁴⁷, in altri termini, può condurre a quella progressiva – ed eventuale – consumazione della discrezionalità⁴⁸ che, ol-

44 In questa prospettiva, cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2004, 4. In termini analoghi, I. PAGANI, *Il Consiglio di Stato torna sul «clare loqui»*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 339 ss., la quale rileva che «[l]a statuizione del Consiglio di Stato è la trasposizione, nell'ambito del rapporto di appalto pubblico, del generale canone di buona fede precontrattuale indicato dall'art. 1337 c.c.» e M. RENNA, F. FIGORILLI, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, Roma, 2010, 127, al cui avviso «il silenzio disciplinato dalla nuova formulazione dell'art. 2 [...] sembra rafforzare l'idea dell'obbligo di correttezza cui è tenuta l'amministrazione nel corso della sua azione». Sull'argomento, cfr. anche A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 56 ss. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3129.

45 Analogamente al rispetto dei termini a cui è sottoposto l'esercizio dei poteri privati. È il caso, ad es., degli incanti privati, nei quali la previsione di un termine successivo all'aggiudicazione, entro cui possono pervenire offerte più vantaggiose, rileverà in termini di obbligo di buona fede, giacché «si potrebbe ritenere che il soggetto indicente la gara abbia creato nei partecipanti uno specifico affidamento nel fatto che egli non prenderà in considerazione offerte di terzi più vantaggiose. Con la conseguenza che, pur restando libero di stipulare il contratto con il terzo, potrà incorrere in responsabilità precontrattuale» (così, R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 981, nt. 74).

46 In questo più avanzato stadio della situazione soggettiva, il fattore tempo, che sottende a ogni termine per provvedere, non si lega più a un obbligo di tipo strumentale e accessorio (alla risoluzione in tempi certi della situazione di aspettativa), riconducibile alla buona fede, ma diventa parte integrante dell'obbligo principale di prestazione: il rilascio del provvedimento favorevole, che dovrà avvenire tempestivamente (entro, cioè, il termine di legge), secondo il parametro della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, le quali *ex art.* 1176 c.c., devono essere eseguite con esattezza e nel termine previsto.

47 Retta, ai sensi dell'art. 6, l.n. 241/90, dal cd. principio inquisitorio, che ha come suo corollario l'obbligo di completezza dell'istruttoria procedimentale, in virtù del quale l'amministrazione è tenuta ad acquisire (oltre a quelli richiesti dalla legge) tutti i fatti rilevanti per la decisione finale secondo un criterio di adeguatezza e ragionevolezza (l'art. 6, c. 1, lett. b) parla, infatti, di «adeguato [...] svolgimento dell'istruttoria»).

48 In forza di un meccanismo (fatto di obblighi e sanzioni) altrove descritto (segnatamente, in G. POLI, *In principio sono i diritti*, cit., 331 ss.) e a cui, se lo si vuole, si fa rinvio.

trepassato un certo lasso di tempo, può (*ope legis*) estinguere del tutto l'originario potere, facendo sorgere, dalle sue ceneri, un'obbligazione di prestazione – a cui corrisponde un diritto di credito –, consistente nel tempestivo rilascio del provvedimento ampliativo non ancora adottato. Un diritto di credito, quindi, che si identifica con quella *pretesa* che l'art. 31 c.p.a. pone a base della azione di accertamento e condanna, riconosciuta al cittadino per reagire alla situazione di inadempimento in cui versa l'Amministrazione⁴⁹.

Tratto saliente della attuale fisionomia del giudizio avverso il silenzio, dunque, è il suo essere votato a soddisfare, in ultima analisi, il diritto a ottenere un provvedimento, favorevole o che, quantomeno, sciolga l'aspettativa o possibilità normativa di un risultato favorevole⁵⁰. Un diritto di credito, cioè, che, sebbene caratterizzato dalla natura pubblica del debitore (la P.A. a cui di volta in volta si rivolge) e dal tipo di prestazione reclamata dal creditore (un suo *facere* infungibile), si lascia ricondurre *pleno iure* nella categoria civilistica di appartenenza⁵¹.

In tal senso, d'altra parte, non si può neppure trascurare l'influenza discendente che, sul piano classificatorio, esercita il dato costituzionale, che riserva ai diritti del singolo un'analoga estensione e ampiezza d'accesso alla tutela giurisdizionale – “sempre ammessa” come si esprime solennemente l'art. 113 –, siano essi devoluti alla giurisdizione dal giudice ordinario o assegnati a quella

49 E non il diritto al bene della vita secondo la prospettiva di B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 170 ss. che, in tal modo, ammette la possibilità generalizzata di una sentenza costitutiva che sostituisca il provvedimento ampliativo.

50 Con conseguente difficoltà, rispetto all'omissione della P.A., di identificare dei controinteressati reali, posto che, come ha rilevato a più riprese la giurisprudenza, «l'ipotetico beneficio del terzo connesso, all'illegittima inerzia dell'Amministrazione, può risultare un vantaggio di mero fatto, non integrante, dunque, alcuna posizione giuridica soggettiva» (così, T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 12 gennaio 2022, n. 314; Id., 7 agosto 2017, n. 9231, nonché, T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 10 ottobre 2024, n. 1447, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*). Sul tema dei terzi controinteressati, d'altronde, la dottrina ha già dimostrato la necessità di restringerne la platea ai soli titolari di una posizione giuridica autonoma, qualificata e differenziata, che divengono terza parte del rapporto (si allude a G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, *passim* e, in partic., 227 ss.).

51 Giacché, come osservava A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 13, la posizione di autorità rivestita dall'Amministrazione è un elemento privo di valore, sul piano normativo, per giustificare una ricostruzione diversa – rispetto al diritto comune – del rapporto tra cittadino e potere (parlando, al riguardo, di «tautologia manifesta perché il soggetto per un verso è pubblico per definizione, per l'altro esercita funzioni le cui finalità sono desumibili soltanto dalla legge»).

dal giudice amministrativo⁵².

La logica che anima la previsione di cui all'art. 113 Cost., di ispirazione paritaria, promette, infatti, anche alle pretese dell'individuo sorte in relazione a manifestazioni del potere amministrativo, quella stessa pienezza di tutela che da sempre caratterizza i diritti sorti nei rapporti tra privati⁵³. Le pretese dei cittadini, così come sfuggono a limitazione nell'accesso alla tutela giurisdizionale nei rapporti *inter pares* (ostandovi il combinato disposto tra gli artt. 24 e 111 Cost.), non possono andare incontro a *deminutio* di tutela – men che meno se dovute al particolare regime previsto per accedere al processo⁵⁴ – neppure quando la contesa è con l'Amministrazione in veste d'autorità⁵⁵.

Con il corollario obbligato, sul piano del metodo, che il relativo giudizio, in assenza di esplicite deroghe presenti nel diritto positivo, debba tararsi sul modello del processo civile a tutela del credito, rivelandosi privo di giustificazione (teorica o di carattere dogmatico) o utilità (sul piano della tutela) un atteggiamento ricostruttivo che, all'opposto, intenda prenderne le distanze.

Così ricostruita la situazione soggettiva oggetto di tutela nel rito *contra silentium*, perciò, sembra più coerente con i dati di sistema collocare il fattore tempo, quale bene dell'individuo, alla stessa latitudine alla quale il Codice civile lo pone rispetto all'obbligazione: quale elemento che, ai sensi degli artt. 1183

⁵² Ragiona L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 152 sul fatto che «i principi costituzionali ed europei sul processo amministrativo corrispondono ai principi che concernono in generale la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, anzi, che concernono la tutela giurisdizionale *tout court*. È questo un chiarimento tanto banale quanto di frequente pretermesso, certamente non contraddetto dalla sussistenza di disposizioni specifiche (è, in particolare, il caso dell'art. 113 Cost.)».

⁵³ Sulla parificazione nel prisma della Costituzione, da segnalarsi i contributi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 43 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 808 ss.; ID., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 211 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Nonché, sul particolare ruolo proprio dell'art. 113, Cost., G. BERTI, *Commento all'art. 113*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. BRANCA, IV, Bologna – Roma, 1987, 90 ss.; ID., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, 91 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

⁵⁴ Vd. F. ORSO, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l'irrilevanza della forma dell'atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, 523 ss.

⁵⁵ Sulla rilevanza trasversale e parificatrice dei principi desumibili dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., da ultimo, L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 153 ss.

ss.⁵⁶, contribuisce a segnare i confini, sul piano cronologico-spaziale, della pretesa individuale (e della corrispondente obbligazione dalla P.A.) già protetta dalla legge. In questo senso, cioè, il tempo s'inquadra tra le modalità della prestazione, sicché la sua violazione, in relazione all'obbligo di provvedere, rappresenta né più né meno che un inadempimento (nel caso di mancato esercizio del potere) o inesatto adempimento (se l'esercizio è tardivo, in quanto il provvedimento viene adottato fuori termine) di quel diritto di pretesa – a struttura creditizia – che la norma sostanziale, già prima dell'esercizio del potere, riconosce e tutela.

3. Interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio

Un'attenzione particolare, ai fini della disamina che ci si appresta a svolgere, merita il tema delle condizioni dell'azione, che pur reperendo il materiale normativo direttamente nel c.p.c. (artt. 81 e 100) – e in concomitante assenza di previsioni su misura all'interno del c.p.a., che avrebbero potuto alterarne la consistenza e la fisionomia d'origine –, sono state da sempre oggetto di una lettura *sui generis* e in chiave domestica dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa⁵⁷.

Sino al punto, allorquando si è parlato di interesse a ricorrere, di elevare una condizione dell'azione a criterio di attribuzione *praeter legem* di una *facultas agendi* o, al suo opposto, di confondere il merito del giudizio (vale a dire, l'accertamento del diritto controverso) con la verifica preliminare della sua rituale instaurazione.

Un atteggiamento in cui ci si imbatte con preoccupante frequenza, nonostante l'oramai esplicita adesione dell'ordinamento a un modello di processo amministrativo a base soggettiva lasciasse sperare che, in un percorso di naturale rinnovamento, le teorie sull'interesse a ricorrere, come lasciassero o filtro per l'accesso al servizio giustizia, fossero destinate ad appassire.

⁵⁶ Art. 1183 c.c. che, evocativamente, è rubricato “tempo dell'adempimento”. In argomento, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, 209 ss.

⁵⁷ Per una rassegna delle posizioni sull'interesse a ricorrere (anteriori al c.p.a.), con evidenza del condizionamento esercitato dall'adesione a una concezione oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa, vedi B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, *passim*.

Con il tramonto del modello a giurisdizione oggettiva⁵⁸, infatti, era venuta meno quell'esigenza di dotare il giudice di uno strumento di pesatura e selezione degli interessi individuali, essendo la stessa legge a eleggere, a monte del giudizio, quelli ammessi alla tutela processuale.

Così, però, non è stato. Complice un'ambiguità insita nella giurisprudenza amministrativa – che, anche quando ha proclamato di ispirarsi al processo civile, poi, di fatto, si è allontanata dal solco tracciato dal giudice dei diritti – è maturata l'idea che la funzione di spartiacque, propria dell'interesse a ricorrere, potesse sopravvivere⁵⁹, ricevendo una nuova linfa, ora dal principio di effettività del diritto europeo, ora di sussidiarietà orizzontale consacrato nella Costituzione⁶⁰. Principi, questi ultimi, capaci di aprire un corridoio d'accesso alla giustizia anche in fattispecie in cui manca una vera e propria situazione soggettiva da tutelare⁶¹.

Pur animata dall'intento di favorire un più intenso controllo sull'agire

⁵⁸ Sebbene, tuttora, il modello sia sostenuto da più di un autore, che ravvisa, all'interno del processo amministrativo, la permanenza di profili di giurisdizione oggettiva, sul postulato che l'elemento essenziale della decisione finale rimane la legge (così, ad es., F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, 2020, 74; V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 329 ss; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 235).

⁵⁹ Accade così che l'interesse a ricorrere sia stato rappresentato come un volano che consente di differenziare a valle (e in relazione al concreto atteggiarsi della vicenda) interessi che normativamente non sono stati differenziati o qualificati (così F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1009) o di imputare a un singolo (sotto forma di specifico pregiudizio) la lesione di un interesse (pubblico o collettivo) non ricompreso nella sua sfera giuridica (vd. R. LOMBARDI, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2182 e analogamente, R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 474).

⁶⁰ Cfr. P. URBANI, "Vicinitas" e interesse al ricorso, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 341 ss.; G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *PA. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 73-83; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 375 ss., che si rifà all'art. 118 Cost. e alla sussidiarietà orizzontale per giustificare la creazione di nuovi interessi sostanziali, differenziati e giuridicamente qualificati, e la consequenziale proliferazione delle posizioni legittimanti riconosciute *uti civis* dalla giurisprudenza. Per un analogo ordine di idee, da ultimo, P. PORTALURI, *Per una vicinitas assiologica: cercando di accrescere la tutela processuale dei beni comuni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, nonché ID., *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 107 ss. (in partic. 123 -133 e 152 -158), che evoca il controllo di meritevolezza dell'interesse (previsto dall'art. 1322 c.c.) come criterio "antiregressivo" per ampliare il ventaglio degli interessi che hanno accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa.

amministrativo, questa applicazione del codice finisce per diventare “reazionaria”, restituendo all’interesse a ricorrere – in una sorta di ritorno al passato – la veste di ago della bilancia che, nelle mani del g.a., può abilitare ad agire – fino alle soglie dell’azione popolare – anche i titolari di interessi di fatto (o attinti, solo di riflesso, a un proprio bene).

Una sensazione di restaurazione degli assetti passati che, del resto, lascia addosso anche quell’atteggiamento, concettualmente opposto al precedente (eppure presente in pari misura nella giurisprudenza dei g.a.), incline a sottoporre al filtro dell’interesse a ricorrere anche interessi già sanciti dalla legge come meritevoli di tutela giurisdizionale, secondo lo schema dei diritti.

Dietro le quinte anche di questa diversa impostazione, infatti, si nasconde una sostanziale fatica ad accettare il progresso che, nel solco della parità, hanno compiuto le norme di diritto pubblico, con annessa volontà di smantellare la natura di diritto soggettivo delle situazioni protette che da esse promanano, riportandole allo stadio di interessi condizionatamente protetti; tutelati, se e in quanto convergenti con l’interesse pubblico che sovrasta la norma sul potere⁶². Con l’ulteriore – e inevitabile – risultato, di trattenere in capo al giudice la decisione – che, in un ordinamento democratico, spetta invece al legislatore – sugli interessi da ammettere o non ammettere alla tutela giurisdizionale⁶³.

Una rappresentazione plastica di questo fenomeno, più radicato di quanto si auspicasse, è offerta proprio dai giudizi avverso il silenzio nei quali, a fronte di una ormai acquisita qualificazione della situazione dedotta in giudizio in termini di diritto (soggettivo) di pretesa, è liturgia della giurisprudenza l’anticipare alla fase di rito – nel nome dell’interesse a ricorrere – la verifica di esisten-

61 Assai critico nei confronti della dottrina tendente a desoggettivizzare il processo amministrativo si è rivelato, da ultimo, B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in *www.federalismi.it*, 4/2023, 108 ss.

62 Definisce le significative differenze nell’applicazione degli istituti da parte del g.a. «allarmanti, nella misura in cui [...] arrivano a contraddire la stessa norma costituzionale» L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 177, ravvisando una diretta discendenza delle condizioni dell’azione – così come individuate dalla dottrina processual-civilistica – dal dettato costituzionale dell’art. 24, ancor prima che dalle disposizioni del c.p.c. (175 ss.).

63 Cfr. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell’interesse a ricorrere*, in *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 79 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018, per cui «la centralità rivestita dall’interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale l’interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

za, in concreto, di un interesse che già la legge (in particolare all'art. 2, l.n. 241/90) ha giudicato degno di essere protetto. Col risultato di arrestare la corsa dei diritti verso la loro tutela, alla soglia di ingresso del giudizio di merito.

Minimo comun denominatore delle pronunce che affollano i repertori, infatti, è trattare l'esistenza (e persistenza) dell'inerzia di un'Amministrazione non come fatto rappresentativo dell'inadempimento di un obbligo su di essa gravante, quanto, piuttosto, come circostanza che giustifica – in termini di utilità concreta per il ricorrente – una sentenza di condanna a provvedere⁶⁴. Quasi che, in una sorta di percorso *a rebours*, l'interesse tutelato dal vincolo posto dal diritto positivo (all'art. 2, l.n. 241/90) fosse quello, di carattere generale, alla continuità e doverosità dell'azione amministrativa⁶⁵ e che l'oggetto del relativo giudizio diventasse, inevitabilmente, il potere d'azione, suscettibile di sfociare in una pronuncia di merito solo a patto di dimostrare che il ricorrente riceve un concreto vantaggio (alla persona o al patrimonio) dall'aver azionato un interesse

⁶⁴ Vedi, ad es., Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2022, n. 4987, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «nel processo amministrativo, presupposto, ai sensi dell' art. 117 c.p.a. , della condanna dell'Amministrazione per il silenzio dalla stessa illegittimamente serbato sull'istanza dell'interessato, è che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'Amministrazione inadempiente e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire; di conseguenza, l'adozione da parte della stessa di un provvedimento esplicito, in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge, rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato); permane invece la situazione di inerzia colpevole, e dunque il corrispondente interesse ad agire ex art. 117 c.p.a. , se l'Amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio, atteso che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento». Analogamente, T.A.R. Lazio - Roma, sez. V, 03 giugno 2022, n. 7243, *ivi*: «l'insussistenza di una situazione di inerzia procedimentale determina l'improcedibilità del ricorso avverso il silenzio - inadempimento, per carenza sopravvenuta di interesse ad agire». Impostazione diversa sembra adottare, invece, T.A.R. Campania - Napoli, sez. VII, 01 luglio 2022, n. 4427, *ivi*, dove si afferma che «nel ricorso proposto ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., l'interesse a ricorrere nei confronti dell'Amministrazione sorge quando essa si sia resa inadempiente, restando inerte ad un obbligo di provvedere. Scopo del ricorso è, quindi, ottenere un provvedimento esplicito dell'Amministrazione che elimini lo stato di inerzia e assicuri all'interessato una decisione che investa la fondatezza o meno della sua pretesa. Il rito previsto dagli artt. 31 e 117 c.p.a. rappresenta, infatti, sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola del generale obbligo di agire di cui all' art. 2, l. n. 241/1990».

⁶⁵ Differenziava le ipotesi di silenzio a seconda che il termine fosse stato posto nell'interesse della legge o del terzo, ritenendo che solo in quest'ultimo caso il suo inutile decorso desse luogo a lesione di diritti soggettivi e costituisse causa di risarcimento del danno, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 148 ss. (già in *Dizionario amministrativo*, a cura di Guarino, I, Milano, 1983, 194 ss.).

non suo personale⁶⁶.

Col risultato di dare vita a una consuetudine applicativa distonica rispetto all'obiettivo, alla base della codificazione del 2010, di conferire anche al processo amministrativo un'impronta inequivocabilmente soggettiva, incentrata, cioè, sulla situazione giuridica individuale dedotta in giudizio e votata al principio di effettività della tutela⁶⁷.

Se la giustizia amministrativa, per volontà stessa del legislatore, deve ormai ispirarsi alla logica del processo di parti (tipica del diritto civile)⁶⁸ e il giudizio essere ricondotto al *genus* del processo sui diritti, corollario di questo cambio di paradigma non può che essere la centralità – per accedere al processo amministrativo – della situazione riconosciuta dalla norma sostanziale (di cui egli è titolare) e dedotta in giudizio dal ricorrente⁶⁹.

Una centralità che, filtrata alla luce della Costituzione (e in particolar modo dell'art. 24), implica una considerazione dell'interesse a ricorrere che vada di pari passo con la valutazione della situazione sostanziale: se questa non esiste, è inaccettabile che sia il giudice, attraverso l'impostura dell'interesse a ricorrere, a consentire che interessi di mero fatto facciano breccia nel processo⁷⁰.

Mentre se, all'opposto, questa esiste, in quanto consacrata dalle norme, deve sempre garantirsi l'azionabilità, senza che il giudice si addentri a misu-

66 L'interesse a ricorrere, in questo modo, viene a essere trasformato in strumento di legittimazione. Per G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, 135, infatti, il «distacco del giudizio di legittimità da qualsiasi rapporto sostanziale», rende l'interesse a ricorrere «l'unico elemento rilevante per poter giudicare della possibilità del ricorrente di impugnare un determinato atto». Critico nei confronti di questa tendenza, L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 926.

67 S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 81.

68 E per i quali, in assenza di una chiara distinzione tra situazione protetta dal diritto sostanziale e requisiti di azionabilità della pretesa, non basta considerare l'interesse a ricorrere come elemento necessario del giudizio amministrativo per dimostrare il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa (così, invece, E. FOLLIERI, *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2020, 313 ss.).

69 Cfr. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 79 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018, che osserva: «la centralità rivestita dall'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale l'interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

70 G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit.; nonché, ID., *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 529 ss. che, alla domanda «se debba essere il giudice a selezionare quali interessi meritano la protezione giurisdizionale», risponde che tale scelta «non possa essere rimessa alla sensibilità del singolo giudice ma debba essere riservata al legislatore».

rare il grado o il tipo di beneficio che l'azione può offrire a chi (liberamente) la propone⁷¹. Sposare una tesi contraria, significa operare una indebita confusione tra piani e tra istituti⁷².

D'altra parte, è ormai indubbio – lo si è visto – che, a fronte dell'inerzia di un soggetto pubblico, trovi titolo nell'art. 2, l.n. 241/90 un vero e proprio diritto soggettivo (a struttura creditizia) del privato alla conclusione del procedimento, mediante adozione di un provvedimento espresso.

La nuova dogmatica del diritto amministrativo (che ha evidenziato come quello alla certezza del tempo possa rappresentare un interesse individuale, suscettibile di refluire entro un rapporto di debito-credito)⁷³ e i molteplici elementi del diritto positivo (come, ad es., l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, c.p.a. e l'art. 2-bis, l.n. 241/90)⁷⁴ rappresentano tracce inequivocabili di un passaggio di stadio compiutosi in seno al sistema, che dal principio di doverosità dell'azione amministrativa (tutto rivolto verso l'interesse pubblico al rispetto di termini ragionevoli entro cui il potere si prenda cura degli interessi della collettività⁷⁵)⁷⁶ è transitato verso la regola dell'obbligo della P.A. di soddisfare una pretesa personale del cittadino: ottenere un provvedimento entro un tempo cer-

71 Salvo il caso limite in cui sia certo che il processo non riesca ad offrire alcuna utilità. Così, S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 92.

72 Per G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit., «perdendosi in questo modo la linea distintiva tra sostanza e processo e, prima ancora, tra rilevanza e irrilevanza giuridica». L'indebita sovrapposizione è ricordata, altresì, da L. FERRARA, *Conclusioni*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 328 ss.

73 M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 28 ss.; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 194 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., 22 ss.; M. INTERLANDI, *La pretesa soggettiva ad un provvedimento amministrativo espresso ed il valore del tempo come bene della vita*, in *www.giustamm.it*, 2013, 10, 10 ss.

74 M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 710.

75 Cfr., ancora oggi, Cass., 14 giugno 2022, ord. n. 19084, in *Dejure.it*, secondo cui «nell'ambito del principio di efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., si iscrive a pieno titolo anche il principio di doverosità dell'azione amministrativa, che impone alla P.A. di esercitare il potere attribuitole dalla legge entro un termine ragionevole»; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 173 ss.; ID., *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *Nuove auton.*, 2014, 233 ss. (ove si legge: «il principio di doverosità è legato a doppio filo al principio di legalità che [...] stabilisce ciò che è necessario (fine da perseguire)»). In precedenza, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 247, aveva parlato di «adempimento di un dovere funzionale incombente sulla pubblica amministrazione [...] strumentale al perseguimento dell'interesse della collettività».

76 E dal quale, dunque, veniva fatto discendere, per coerenza, un “dovere” di provvedere (vedi *supra*, nota 32).

to e predeterminato⁷⁷.

Dall'esistenza di un diritto al provvedimento, a cui fa da *pendant* un obbligo per l'amministrazione di provvedere in modo espresso, finanche in caso di istanze manifestamente inaccoglibili⁷⁸, si deve trarre, quale precipitato logico inevitabile, una rappresentazione dell'interesse a ricorrere ancora più vicina a quella del processo civile avente a oggetto un diritto di pretesa.

Occorre, difatti, considerare che «la funzione del procedimento, nei casi in cui vi sia un dovere di provvedere, è anche quella di verificare se c'è o no una situazione soggettiva in capo a chi la fa valere»⁷⁹; sicché, per il privato che presenta un'istanza, vi è un vantaggio anche solo nel rimuovere l'incertezza sull'esistenza della possibilità normativa di soddisfare la sua utilità sostanziale e non può certo competere al giudice misurare o pesare tale interesse, dovendo egli solo accertare, nel merito, la fondatezza del diritto e l'esistenza dell'obbligo della P.A. di rispondere⁸⁰.

Sul piano della dinamica processuale, di conseguenza, è più coerente ritenere che il ruolo di filtro dell'interesse a ricorrere venga assorbito (e superato) dalla natura creditizia della pretesa azionata e dalla attrazione al *genus* delle azioni di condanna della specifica tutela prevista dal codice per contrastare il fenomeno del silenzio-inadempimento⁸¹. Rendendo, di fatto, superfluo, alla stregua di quanto avviene (tra soggetti privati) nel giudizio di condanna all'adempimento di un credito, un'indagine sull'esistenza di un'utilità effettiva, concreta-

77 Immagine di un più generale cambio di paradigma che, nel tempo, ha interessato il rapporto tra norma e potere amministrativo, fondato non più sul binomio tra norma d'azione e norma di relazione ma sul monomio secondo cui tutte le norme appartengono a un unico genere, in quanto deputate (come evocano le norme di relazione) a salvaguardare un interesse contrapposto al potere. Per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 149 ss.

78 Vd. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 93, nt. 55. M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, 117 ss., che considera le istanze del singolo, veri e propri atti di iniziativa privata, che determinano «una qualificazione giuridica dell'interesse dell'istante in termini di situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento», con correlata nascita dell'obbligo di provvedere.

79 S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, loc. cit.

80 Come ha rilevato I. PAGNI, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualcivilista*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 105 ss. è frequente l'anticipazione al momento della verifica dell'interesse al ricorso del giudizio sulla sua fondatezza.

81 Riducendo, in tal modo, quelli che L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 196 ss. ha definito i «disallineamenti dal processo civile».

mente ricavabile dall'adempimento della prestazione⁸².

L'esistenza di un interesse *in re ipsa* a una risposta espressa dall'Amministrazione, d'altro canto, è predicabile a maggior ragione quando la legge rimette la tutela dei terzi nelle mani di poteri di amministrazione attiva. È il caso, paradigmatico, del proprietario che si assuma lesa da una SCIA presentata dal vicino (o, viepiù, da un manufatto realizzato senza alcun titolo) e chieda alla P.A. di intervenire con le funzioni di vigilanza di suo appannaggio, ma fino a quel momento omesse o trascurate.

Nelle contese tra proprietari finitimi (sul rispetto della disciplina urbanistico-edilizia), infatti, la normativa prevede che sia il potere di vigilanza e controllo del territorio a dover valutare, in prima battuta, la titolarità in capo all'istante di un diritto protetto dalla normativa sostanziale, che lo legittimi a richiedere e – ricorrendone tutti gli altri presupposti (oltre alla controversa “*vicinitas*”)⁸³ – a ottenere il provvedimento repressivo-sanzionatorio richiesto⁸⁴.

In questo senso, l'avvio del procedimento di verifica costituisce sempre un'utilità concreta per chi inoltra l'istanza alla P.A., soddisfacendo l'interesse di

82 Sulla sussistenza *in re ipsa* dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive e di condanna vd. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, §314 ss. L'interesse ad agire, inoltre, è *in re ipsa* ogni qual volta si agisca un credito secondo Cass, sez. III, 9 dicembre 2014, n. 25841, in *Italggiureweb.it*.

83 Utilizzata, il più delle volte, come emblema di una costruzione meramente fattuale del criterio di differenziazione di un interesse per L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 184 – 185, che identifica, in ciò, l'insorgere di un problema di certezza del diritto, oltre che «di separazione dei poteri, ergendosi il giudice a legislatore (e dunque a “sovrano”)». Sulla *vicinitas*, di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. e app.*, 2022, 166 ss., per la quale, riconosciuto nell'art. 873 c.c. la norma generale di copertura che qualifica l'interesse del vicino legittimandolo a impugnare, è sempre necessario che quest'ultimo (per differenziarsi) allegghi – ma senza bisogno di dimostrare – l'esistenza di un pregiudizio attuale alla sua proprietà (in termini di «possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata», un'indagine che il giudice deve svolgere in relazione «al tipo di provvedimento contestato e all'entità e alla destinazione dell'immobile edificando o edificato») e di un'utilità concreta ricavabile (anche in termini futuri e ipotetici) dalla decisione (come ad es. l'esistenza di «conseguenze conformative al momento [della decisione] non prevedibili poiché legate all'applicazione, a valle dell'annullamento giurisdizionale, dell'art. 38 del t.u. 380/2021 che come noto contempla diversi scenari possibili [...] e dove quanto meno la riduzione in pristino, anche solo parziale, sarebbe misura certamente utile e vantaggiosa nella prospettiva demolitoria-ripristinatoria di parte ricorrente»).

84 Per un generale obbligo, in capo alla P.A., di verifica *ex ante* dei presupposti idonei all'avvio del procedimento, cfr. N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 2015, 2682 ss.; ID., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 147; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Silenzi della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Roma, 2009, 1 ss.

quest'ultimo alla certezza dei rapporti inter-proprietari a regime amministrativo. Tutt'al più, a mancare potrebbe essere proprio il diritto a ottenere l'atto richiesto⁸⁵, posto che nei poteri di vigilanza sull'attività edilizia l'obbligo a intervenire sorge in capo all'Amministrazione solo quando la domanda proviene da un terzo che, diversamente dal *quivis de populo*, sia titolare di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata dalla normativa urbanistico-edilizia⁸⁶.

In casi del genere, di conseguenza, l'interesse a portare l'Amministrazione davanti al giudice amministrativo non potrà essere messo in discussione, giacché l'utilità di sapere se il richiedente abbia o meno il diritto di sollecitare una verifica della regolarità urbanistica di quanto edificato dal vicino, è insita nella presentazione stessa dell'istanza di intervento. Sarà, poi, il giudice a dover accertare – ma a questo punto nel merito – se, nel caso concreto, sussistevano i presupposti necessari a far sorgere il diritto dell'istante a ottenere un intervento del pubblico potere e, eventualmente, l'irrogazione di un provvedimento a contenuto repressivo⁸⁷.

Questa stessa *forma mentis* dovrebbe guidare l'inquadramento, sul piano pratico-operativo, anche delle ipotesi in cui l'inerzia dell'Amministrazione sia venuta meno nel corso del giudizio o poco prima della sua proposizione. In eventualità del genere, difatti, l'adozione intempestiva di un atto che definisce il procedimento non può di certo risolversi – come è ormai *acquis* giurisprudenziale – in una assenza (originaria o sopravventa) dell'interesse ad agire (con conseguente liquidazione in rito della faccenda).

L'utilità insita in una pronuncia che dia certezza al rapporto tra il cittadino e l'autorità – che percorre l'intero giudizio – non è certo dissipata dall'irruzione nel processo di un atto amministrativo, soprattutto quando si tratta di at-

⁸⁵ L'abitudine della giurisprudenza a richiedere la prova concreta di una lesione nella sfera del ricorrente (cfr. TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, del 9 dicembre 2021, n. 3715; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15 ottobre 2020, n. 360, ambedue in www.giustizia-amministrativa.it), invece, finisce per confondere il piano dell'esistenza della situazione giuridica da tutelare (il diritto al provvedimento) con quella dell'assenza di utilità da parte della sentenza di accoglimento. Anche nella dottrina, tuttavia, è convincimento diffuso che per verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere il giudice sia costretto a conoscere della fondatezza della pretesa. Così, ad es., C. GUACCI, *La nuova disciplina sulla tutela giurisdizionale avverso l'inerzia dell'amministrazione*, Torino, 2012, 182 ss. e 196 ss.

⁸⁶ Cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 246 ss.

⁸⁷ Secondo l'assunto per cui, come ha rilevato G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit., «il privato non può infatti vantare nessuna pretesa di fronte a un atto che non obbliga la p.a. nei suoi confronti».

ti – si pensi, ad es., a quelli interlocutori – la cui idoneità a definire il procedimento è incerta. Nel qual caso, perciò, s'impone con ancor più impellenza la necessità che sia la sentenza ad accertare, con effetto di giudicato, se l'atto adottato dalla P.A. presenti o meno i caratteri indispensabili a soddisfare il diritto al provvedimento scolpito nell'art. 2, l.n. 241/90⁸⁸.

Ne discende che anche le vicende che regolano l'adozione tardiva dell'atto, in corso o poco prima della causa, debbano trovare una spiegazione in chiave, piuttosto che di condizioni d'accesso al processo, di rapporto sostanziale sottostante al giudizio (quale vicenda estintiva del rapporto di credito azionato); ed essere lette, come accade nel processo civile, quali ipotesi di adempimento, ancorché tardivo, dell'obbligo di rispondere con un provvedimento espresso all'istanza del cittadino, con cessazione della materia del contendere, per aver la sentenza accertato – sussistendone i presupposti – l'intervenuta estinzione del credito⁸⁹.

Con una precisazione: che qualora il provvedimento risultasse negativo⁹⁰ o si risolvesse in un *non liquet* (poiché, ad es., ha dichiarato insussistente il diritto dell'istante a pretendere l'avvio di un procedimento di vigilanza)⁹¹, a residue, a quel punto, sarebbe – oltre al diritto a ottenere un ristoro per il danno subito dal ritardato adempimento, da far valere come domanda ulteriore, nello stesso o con separato giudizio – quell'aspettativa a un provvedimento che abbia divisato, in modo conforme alla normativa sostanziale, l'esistenza del diritto a

88 Precludendo, così, la stessa possibilità di presentare una nuova istanza che, in caso di pronunciamento in rito, sarebbe altrimenti sempre ammessa, a mente di quanto dispone l'art. 31 c.p.a. che, fa salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento «ove ne ricorrano i presupposti».

89 Nella giustizia civile, cfr., di recente, Cass., 20 aprile 2022, ord. n. 12632, in *Italgiureweb.it*; nonché, letta *a contrario*, Cass., 23 febbraio 2021, n. 4855, in *Mass. giust. civ.*, 2021 (ove si afferma che «nell'ipotesi di pagamento avvenuto nel corso del giudizio, non si verifica la cessazione della materia del contendere (che, presupponendo il venir meno delle ragioni di contrasto fra le parti, fa venir meno la necessità della pronuncia del giudice) allorché l'obbligato non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza del debito»).

90 Poiché, pur rispondendo all'istanza del cittadino (con implicito riconoscimento del suo diritto a ottenere una risposta), ha negato il provvedimento richiesto per mancanza dei presupposti (una S.C.I.A. *contra legem* o un manufatto senza adeguato titolo) che giustificano l'intervento repressivo.

91 Cfr. TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 9 dicembre 2021, n. 3715, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha ritenuto l'atto comunale, che aveva dichiarato l'inidoneità delle opere controverse a violare un interesse protetto del vicino (e, dunque, il suo diritto all'attivazione dei poteri di vigilanza e repressivi di settore), sufficiente a escludere un'ipotesi di silenzio tutelabile in sede giurisdizionale.

ottenere l'attivazione del potere tutorio (l'interesse legittimo) o l'adozione dell'atto repressivo richiesto (il diritto al provvedimento), da far valere – come prevede l'art. 117 c.p.a. – con atto di motivi aggiunti.

Tale soluzione, d'altro canto, dà anche ragione della natura sostanzialmente unitaria dell'interesse legittimo⁹²: una volta acclarata l'estinzione dell'obbligo (accessorio) di provvedere, il giudizio di accertamento – e il connesso interesse a ottenere una pronuncia nel merito – si sposterà fatalmente sulla situazione soggettiva principale, per verificare se il provvedimento in concreto adottato abbia o meno soddisfatto quell'aspettativa individuale (alla esatta valutazione della sua possibilità di conseguire il provvedimento) protetta dalle norme sul potere.

4. Tutela cautelare e silenzio: i termini di un problema

Un altro istituto che merita di essere esaminato e ricordato con le più recenti acquisizioni – intellettuali e di diritto positivo – in materia di silenzio è, senza dubbio, la tutela cautelare, se si considera che la questione del rapporto esistente tra misure interinali e il rito speciale avverso il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione risulta, ancora oggi, caratterizzato da resistenze e tentativi di sabotare il transito – impresso dal c.p.a. – verso un processo di parti che abbia ad oggetto diritti⁹³.

Si sono avvicinati molti lustri e due riforme (di sistema) del processo amministrativo da quando gli sforzi di dottrina e giurisprudenza hanno iniziato

92 Si vedano, sul punto, gli autori menzionati *supra* alla nota n. 8. Per una diversa considerazione della posizione soggettiva del singolo, frammentata in tante autonome situazioni soggettive, aventi natura di diritti (a cui corrisponderebbero altrettanto autonomi obblighi), cfr. invece A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss. e 121 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.; L. PERFETTI, *Pretese procedurali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.; nonché la recente trattazione di E. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 825 ss.

93 Sulla tutela processuale avverso il silenzio, all'indomani del c.p.a., cfr. C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss.; E.M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 950 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., 116 ss. Prima del codice, si vedano, invece, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 501 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; G. GRECO, *L'art. 2 della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1 ss.; AA.VV., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, 2002; F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003.

a confluire verso l'obiettivo comune di superare gli ostacoli, ideologici e di diritto positivo, all'ammissibilità di un intervento cautelare a fronte dell'inerzia della P.A.⁹⁴ Ciò nondimeno, il risultato sperato non può dirsi ancora del tutto conseguito.

Questo perché nello stesso c.p.a., che rappresenta lo stadio evolutivo più avanzato mai raggiunto dalla normazione processuale amministrativa, non viene mai chiarito in modo esplicito se i due istituti su richiamati, entrambi oggetto di una disciplina procedurale *ad hoc* con funzione acceleratoria, possano coesistere o debbano, piuttosto, escludersi a vicenda⁹⁵. Un fianco debole nell'intelaiatura codicistica⁹⁶ che ha lasciato aperta la porta d'ingresso a posizioni conservatrici, pronte a negare tutela d'urgenza al di fuori dell'impugnativa provvedimentoale.

È, così, accaduto che ritornassero in auge orientamenti giurisprudenziali, che si auspicavano ormai abbandonati, secondo cui l'istanza cautelare proposta nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio sarebbe prima di tutto inammissibile⁹⁷, giacché strutturalmente inconciliabile col rito speciale di cui agli artt. 31 e 117, c.p.a.⁹⁸.

A sostegno di tale conclusione, secondo i fautori della tesi, militerebbe

⁹⁴ Cfr. F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 1992, 7.

⁹⁵ Un dubbio ulteriormente acuito a causa della mancata riproposizione, nell'art. 55, c.p.a., di qualsiasi riferimento al danno derivante "dal comportamento inerte dell'amministrazione", invece presente nel testo dell'art. 21, l.TAR, ove era racchiusa la disciplina previgente della tutela cautelare nel processo amministrativo.

⁹⁶ Una critica alla struttura impressa al processo di accertamento del silenzio, ivi compresa la scelta del rito processuale, è contenuta in M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 717, che ravvisa nell'introduzione di un rito speciale uno strumento di diminuzione della tutela giurisdizionale.

⁹⁷ In un recente passato, si era già fatta largo l'idea che la previsione contenuta nell'art. 21 della l.TAR, risultasse cedevole di fronte all'introduzione (all'art. 21-*bis*) di un procedimento camerale *ad hoc* in materia di silenzio-rifiuto, sostitutivo anche di ogni pronuncia cautelare, in quanto ispirato – al pari del rito cautelare – a criteri di massima semplificazione e accelerazione: così, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII, 2 ottobre 2006, n. 8421; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5792; Id., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2385, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, R. DE PIERO, *Commento all'art. 3 della l. n. 205 del 2000*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa - Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 52, prospettava il dubbio sull'ammissibilità della richiesta di provvedimenti cautelari nei confronti del silenzio, «da ritenersi assorbiti nella relativa [quella di cui all'art. 21-*bis*] azione».

⁹⁸ Posizione ultimamente ribadita dal TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593; Id., Sez. II, 15 settembre 2021, ord. n. 518; Id., sez. II, 27 gennaio 2021, ord. n. 69; Id., sez. IV, 17 settembre 2020, n. 2184; Id., sez. IV, 16 giugno 2020, ord. n. 482, reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

più d'una ragione. L'implicita conferma, anche nel codice, che le norme processuali sul silenzio-rifiuto andrebbero lette in rapporto di reciproca esclusione rispetto a quelle sulla tutela cautelare⁹⁹.

Oltre al fatto che i principi di strumentalità e giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 Cost. – letti in chiave inedita e controcorrente – esigerebbero di salvaguardare tutti gli interessi di tutte le parti in causa, senza irreparabile nocuo-mento per alcuno di essi. Risultato, quest'ultimo, precluso nel rito avverso il si-lenzio, dove l'accoglimento della domanda cautelare (obbligando l'Amministrazione a pronunciarsi sull'istanza procedimentale) soddisferebbe integralmente l'interesse di parte ricorrente, con definitivo pregiudizio per quello della resi-stente al pieno esercizio delle proprie difese nella fase di merito¹⁰⁰.

A ben guardare, ciò che accomuna gli argomenti più ricorrenti portati a sostegno della tesi negatrice¹⁰¹ è un approccio alla questione casistico e quasi ni-

99 Entrambi i riti, camerali e con termini ridotti, avrebbero l'identica funzione di ottenere una rapida pronuncia sulla domanda proposta, sicché, al ricorrere dei presupposti dell'uno (in particolare, del silenzio inadempimento), non sarebbe dato attivare l'altro rimedio. In quest'ordine di idee, M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 394 ss. per la quale, «la strutturazione processuale del rito avverso il silenzio, che prevede la definizione del ricorso in camera di consiglio dalla data di scadenza del deposito del ricorso stesso, induce a ritenere l'esistenza di un'inconciliabilità strutturale con la tutela cautelare». In giurisprudenza, TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 30 luglio 2021, ord. n. 217, in www.giustizia-amministrativa.it: «la tutela cautelare non risulta compatibile con l'azione ex art. 117 c.p.a., caratterizzata dalla particolare celerità del rito» nonché, di recente, TAR Lazio – Roma, 8 marzo 2023, ord. n. 5032, *ivi*, che ha ritenuto la tutela cautelare «strutturalmente incompatibile con il rito del silenzio» caratterizzato «dalla particolare celerità del rito e dalla somministrazione di una forma di tutela in tempi compatibili con la protezione dell'interesse pretensivo dedotto».

100 Secondo il TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit., in particolare, «la modifica della realtà giuridica e materiale derivante dal provvedimento adottato in esecuzione dell'ordinanza cautelare, infatti, determinerebbe il venir meno dell'oggetto del giudizio». Analoghe considerazioni sono rinvenibili in TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 30 luglio 2021, ord. n. 217, cit.: «la relativa domanda, così come proposta nell'atto introduttivo del giudizio, se accolta, determinerebbe l'integrale soddisfacimento della pretesa della ricorrente, rendendo superflua la successiva trattazione nella sede propria del merito». In senso difforme, di recente, Cons. Stato, sez. VII, 3 agosto 2023, ord. n. 3270, in www.giustizia-amministrativa.it, per il quale, l'accoglimento della domanda cautelare, implicando un obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi sull'istanza procedimentale, non comprometterebbe il contrapposto interesse della stessa al pieno esercizio delle proprie difese, «considerata la dipendenza del provvedimento emanato in ottemperanza alla decisione cautelare del giudice amministrativo rispetto alla decisione di merito che dovrà essere adottata con riguardo al ricorso ancora pendente ed il cui esito negativo per il ricorrente determinerebbe l'inefficacia del predetto provvedimento emesso nelle more del giudizio».

101 A puntellamento dei quali, sovente, viene spesa l'ulteriore considerazione, di carattere eminentemente pratico, secondo cui, nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio, difficilmente riuscirebbe a emergere un *periculum in mora* tale da giustificare una richiesta cautelare; persino laddove il potere amministrativo di cui si è sollecitato l'esercizio sia funzionale a soddisfare un interesse particolarmente rilevante del richiedente o sia soggetto a esaurimento per decorso del termine (come, ad es., nei poteri di autotutela invocati dal terzo ex art. 21-*nonies*, l.n. 241/90). Così, tra le varie, TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021,

chilista¹⁰², che rifiuta di accettare l'idea che gli istituti giuridici (e le disposizioni che ne fanno da sfondo) non possano essere rappresentati come isole, ciascuno autosufficiente e portatore di una verità a sé, ma come parte integrante di un tutto, che ne orienta fatalmente la ricostruzione giuridica e di sistema; un sistema, a carattere unitario, disegnato – fin dalle fondamenta della Costituzione – a forma di arcipelago, con lo scopo di realizzare un solo e unico obiettivo: la tutela piena della persona umana e dei suoi diritti.

Se è il cittadino l'asse attorno al quale orbita l'ordinamento repubblicano, la trama argomentativa che sorregge la soluzione ostile al riconoscimento di una tutela cautelare nel rito avverso il silenzio si scopre improvvisamente fragile e controvertibile.

L'assenza stessa di esplicite norme di legge o di principio che vietino la concorrenza tra i due rimedi, se osservata in un'ottica unitaria e di sistema (nel senso ora precisato), non può certo bastare a ostacolare il riconoscimento, nelle more del giudizio, di una tutela provvisoria. Quando la natura delle esigenze cautelari prospettate da parte istante lo richiedono, è una volontà immanente all'intero sistema a reclamare che una tutela appropriata venga, giocoforza, assicurata¹⁰³.

In casi del genere, soprattutto quando la tempestività del rito del silenzio si riveli in concreto inadeguata a salvaguardare la posizione del ricorrente, sussistendo il rischio che, a causa del perdurante silenzio, si verifichi un nocumento irreparabile (si pensi, ad es., alla richiesta di aggiornamento delle informazioni antimafia¹⁰⁴, alla richiesta di accesso alle misure di accoglienza nei confronti di persona richiedente protezione internazionale¹⁰⁵, etc.), escludere un innesto della fase cautelare nel giudizio avverso il silenzio significherebbe tradire le finalità

ord. n. 593, cit.

102 Sul nichilismo giuridico, per tutti, N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2014; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.

103 Così, ad es., T.A.R. Veneto, sez. III, 31 agosto 2020, decr. n. 378; T.A.R. Veneto, sez. III, 14 gennaio 2021, ord. n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, per i quali la misura cautelare può essere concessa all'esito di una comparazione degli opposti interessi che tenga conto della particolare situazione della parte e dei tempi processuali previsti per la trattazione del ricorso ex art. 117 c.p.a.

104 Si veda TAR Campania-Napoli, sez. I, 03 luglio 2019, n. 1059, in www.giustizia-amministrativa.it.

105 *Ex multis*, T.A.R. Veneto, sez. III, 14 gennaio 2021, ord. n. 7, cit.

stesse sui cui fonda il nostro ordinamento¹⁰⁶.

A sancirlo, sarebbe proprio una lettura ortodossa delle coordinate generali e di sistema rinvenibili nella Costituzione e nei principi sulla tutela giurisdizionale – ivi compresa quella cautelare – dei diritti¹⁰⁷. I quali, a loro volta, troverebbero sponda nei dati provenienti dal diritto positivo, atteso il carattere generale – senza, quindi, discriminazione tra riti – impresso dal codice alla tutela cautelare e la formulazione dell'art. 2, l.n. 241/90 che, per gli aspetti della tutela giurisdizionale contro il silenzio, rinvia al c.p.a. nella sua integralità (senza, cioè, limitazione di sorta al novero degli strumenti che il privato può astrattamente esperire)¹⁰⁸.

5. (segue) I principi costituzionali a protezione dei diritti del singolo come bussola per orientarne la soluzione

A questo punto del discorso, appare chiaro – per come è venuto progressivamente ad affiorare – che la problematica convivenza tra giustizia cautelare e l'*actio contra silentium* possa (e debba) trovare una soluzione, avendo come bussola la difesa dell'individuo e della situazione giuridica soggettiva (di cui è portatore) protetta dal diritto sostanziale.

I paragrafi che precedono hanno contribuito a dimostrare come, anche nel processo amministrativo – compreso il rito avverso il silenzio –, l'oggetto del giudizio sia ormai diventato una situazione soggettiva a struttura creditizia, risultando tale impostazione l'unica coerente con il quadro di sistema nel quale

106 Cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento ed il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 319, che ammette come «nel giudizio sul silenzio [...] non è esclusa la possibilità di una tutela cautelare urgente»; R. GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 161.

107 In particolare, il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo, ex artt. 24 e 113, Cost. Così, ad es., TAR Campania-Napoli, sez. I, 03 luglio 2019, n. 1059; Id., sez. V, 16 maggio 2018, n. 704 (secondo cui lo speciale rito previsto per il silenzio «non osta alla configurabilità di una fase cautelare da ritenersi immanente a qualsiasi rito per le esigenze d'ineffettività della tutela giurisdizionale»), entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

108 Cfr. A. PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 311 ss. il quale, tuttavia, ritiene che la misura cautelare sia utilmente concedibile solo quando il ricorrente chieda anche l'accertamento della fondatezza della pretesa. Esclude, invece, in ogni caso l'ammissibilità di una tutela cautelare presidenziale *ante* e *post causam*, sul presupposto che in tali casi la misura concessa coinciderebbe necessariamente con l'emanazione del provvedimento, con conseguente perdita di quella provvisorietà che deve connotare il decreto presidenziale.

si articola e si dipana la disciplina di diritto positivo.

Ed è altrettanto risaputo che l'istituto della tutela cautelare si sia evoluto di pari passo, transitando da strumento che assicurasse la costante conformità tra effetti del provvedimento e interesse pubblico da perseguire (quale era in una fase protoplasmatica della giustizia amministrativa), a difesa di prima linea per i diritti dei cittadini che si confrontano con il potere (come è stato, da sempre, nel processo civile¹⁰⁹)¹¹⁰. Nessuno escluso, visto il sostanziale livellamento verso l'alto che, ai fini della tutela processuale – ivi inclusa quella a carattere preventivo –, la Costituzione ha operato tra le situazioni giuridiche soggettive dell'individuo¹¹¹.

Gli artt. 24 e 113 della Carta, così come gli artt. 24 e 111 – lo si è visto –, intrecciano infatti un tessuto a doppia trama, che tiene ancorati i diritti del singolo (nei confronti di altri privati o, indifferentemente, nei confronti di una P.A.) alla necessità che l'ordinamento ne predisponga una tutela piena ed effettiva. Sicché, ogni discriminazione nei livelli di tutela, fondata sulla (o anche solo influenzata dalla) natura pubblica del soggetto su cui incombe il relativo obbligo, deve ritenersi il frutto di una falsa rappresentazione dell'assetto costituzionale¹¹².

Se è innegabile che le norme e i principi costituzionali in materia di giustiziabilità delle pretese, ivi comprese quelle nei confronti della pubblica autorità, evocino – come è nella loro natura – la necessità di un bilanciamento degli interessi di tutte le parti in causa, è altrettanto indubbio che tale compito non possa essere demandato al giudice, il quale deve cedere il passo al legislatore

109 Lo si avvertì fin dai tempi di G. CHIOVENDA (cfr., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 45 ss., 81 ss., 226; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 12). Per A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 16 ss. l'odierno principio di effettività della tutela giurisdizionale ha il suo precursore nell'enunciato chiovendiano secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire».

110 In argomento, sia permesso rimandare a G. POLI, *In principio sono i diritti*, cit., 289 ss.

111 Come ha osservato E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 841, tutte le misure cautelari si connettono «all'esigenza di non frustrare la tutela giurisdizionale dei diritti, quale garantita dalla Carta fondamentale»; nonché – con la partecipazione dell'Italia all'Unione europea – dal diritto euro-unitario (sulla tutela cautelare come strumento fondamentale di garanzia delle posizioni dei singoli garantite dal diritto comunitario, infatti, cfr. CGCE 9 novembre 1995, C-465/93, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333; Id., 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-82/89, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 125; Id., 19 giugno 1990, C-213/89, in *Foro amm.*, 1991, 1885).

112 Cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 65 ss.

re.

Specialmente quando, come nel caso della tutela cautelare, una disciplina di diritto positivo già sia stata edificata e sia vigente. L'attuale codice, in particolare, non sembra lasciare adito a dubbi: la collocazione sistematica della tutela cautelare tra le disposizioni generali sul processo amministrativo (titolo I, del libro secondo), così come il rinvio interno di cui all'art. 38, c.p.a. (che estende le disposizioni del libro secondo, ivi incluse quelle sul processo cautelare, ai riti speciali), militano per una astratta applicabilità dell'istituto anche al giudizio avverso il silenzio¹¹³. D'altro canto, una norma a carattere generale, in mancanza di una espressa eccezione o deroga, è assai discutibile che venga *tout court* disapplicata¹¹⁴.

Di certo, una ragione che giustifichi l'erosione dall'interno dello spazio applicativo dell'istituto non è rintracciabile negli effetti – potenzialmente definitivi o meno – che la misura adottata potrebbe produrre sull'assetto degli interessi sottostanti¹¹⁵. Anche una simile eventualità, infatti, è stata oggetto di apposita valutazione da parte del legislatore che, tra i due scenari alternativi ipotizzabili (negare la misura, rischiando di compromettere irrimediabilmente l'interesse del ricorrente o accoglierla, a costo di sacrificare l'interesse della P.A.

113 In argomento - *si parva licet* - G. POLI, *Il rapporto tra tutela cautelare e il rito avverso il silenzio: quid novi sub sole?* in *ildirittoamministrativo.it*, 2022.

114 Cfr. TAR Puglia – Lecce, sez. I, 18 gennaio 2022, n. 40, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «nel silenzio dell'art. 55 c.p.a., la possibilità di accordare tutela cautelare a fronte di comportamenti inerti dell'amministrazione non [può] astrattamente essere esclusa». In senso analogo, sia pur in relazione al rito speciale per l'accesso ai documenti amministrativi, da ultimo, TAR Sicilia - Palermo, sez. I, 8 marzo 2023, n. 119, *ivi*, per il quale è ammissibile l'istanza volta ad ottenere una misura cautelare nell'ambito del rito di cui all'art. 116 c.p.a. «in quanto nei riti di cui al Capo IV del c.p.a., per quanto non espressamente disciplinato, trova applicazione la disciplina del giudizio ordinario e, peraltro, non si potrebbe privare il ricorrente di un rimedio cautelare se ciò non fosse espressamente previsto dal legislatore, anche perché è in gioco il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che permea tutto il codice del processo amministrativo e si porrebbe, pertanto, un problema di compatibilità costituzionale con gli artt. 24 e 133 della Costituzione». *Contra*, TAR Lazio - Roma, sez. III-*bis*, 15 marzo 2019, n. 3528; TAR Sicilia - Palermo, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 618; TAR Puglia - Lecce, sez. II, 29 luglio 2021 n. 464, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché, da ultimo, Cons. Stato, sez. VII, 3 agosto 2023, ord. n. 3270, cit., che ritiene ostativo alla soluzione permissiva la circostanza per cui, nel rito sull'accesso, un'ordinanza cautelare propulsiva comprometterebbe in modo irreversibile il giudizio di merito.

115 Nel rito avverso il silenzio, d'altra parte, misure cautelari diverse da quelle anticipatorie degli effetti della pronuncia di merito (la condanna a provvedere) sembrano difficilmente configurabili: la stessa tecnica dell'ordinanza propulsiva, infatti, se calata in un giudizio che ha per oggetto l'inerzia, finisce per esaurirsi, anch'essa, nell'emanazione di un ordine a provvedere.

e dei controinteressati¹¹⁶), ha compiuto, ad avviso di chi scrive, una precisa e deliberata scelta di campo: accordare prevalenza non già all'interesse più rilevante (scoria di una concezione oggettiva del processo amministrativo) ma al diritto ritenuto, all'esito di una cognizione semi-piena, verosimilmente più fondato¹¹⁷.

Ne è riprova la trasposizione del concetto nella regola di cui all'art. 55 e ss. del c.p.a., secondo cui l'astratta irreversibilità degli effetti della misura cautelare non condiziona né l'ammissibilità (e/o la procedibilità) della relativa domanda né, tantomeno, il suo accoglimento nel merito. Paventandosi un'evenienza del genere¹¹⁸, difatti, la disciplina di diritto positivo si è limitata a prevedere la possibilità per il collegio di disporre la prestazione di una cauzione a carico della parte che, in tesi, beneficerebbe degli effetti favorevoli della misura concessa al ricorrere dei presupposti d'urgenza e di (verosimile) fondatezza richiesti dalla legge¹¹⁹.

D'altra parte, anche nel diritto processuale civile è stato ormai da tempo maturato il convincimento che la tutela atipica d'urgenza possa e debba essere riconosciuta nei confronti dei diritti di credito (quando la soddisfazione

116 Sempreché, nel giudizio avverso il silenzio, siano configurabili dei veri controinteressati (vedi *supra*, nt. 50).

117 In simmetria con quanto si verifica nella tutela cautelare atipica del processo civile, ispirato alla logica per cui il giudice, chiamato a scegliere tra situazioni sostanziali in conflitto, sacrifica senza limiti «l'improbabile al probabile» (F. TOMMASEO, *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*, Milano, 1985, 307, concetto già maturato in *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 155: «il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile»); in senso pienamente adesivo, Trib. Milano, 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1996, 354. Nonché, F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 61: «laddove il diritto non possa essere preservato che con un provvedimento irreversibile, si tratta semplicemente di scegliere quale diritto privilegiare, e da questo punto di vista appare ovvio che il diritto da privilegiare sia quello assistito dal *fumus*».

118 E sempre ammesso che tale irreversibilità sia predicabile: in linea teorica, il provvedimento adottato in esecuzione di un ordine cautelare di provvedere, potrebbe restare travolto – per il principio di necessaria strumentalità – dalla sentenza di merito che neghi l'esistenza dell'obbligo di provvedere.

119 D'altro canto, già con riferimento alle innovazioni introdotte dalla l.n. 205/2000, A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 31 ss. aveva rilevato che «la stessa assoggettabilità a cauzione della concessione (e non più soltanto del rifiuto) di una misura cautelare "reale" destinata a produrre effetti irreversibili, impone di considerare suscettibile di soddisfazione "per equivalente" lo stesso interesse pubblico specifico curato dall'amministrazione, di cui sarebbe dunque possibile, in sede cautelare e sia pure a talune condizioni, il sacrificio in termini di tutela "reale"».

dell'interesse a essi sotteso sia messa a repentaglio dai tempi di celebrazione di un giudizio a cognizione piena, ancorché abbreviati, poiché il giudizio è stato introdotto, ad es., con il rito *ex art. 702-bis c.p.c.*), anche a costo di accettare la possibilità che l'adempimento ordinato in via d'urgenza produca effetti irreversibili¹²⁰.

6. (segue) Tutela cautelare e terzi pregiudicati da una S.C.I.A.

Un'espressione paradigmatica di come anche nel diritto amministrativo la tempestiva tutela del credito (avente ad oggetto il provvedimento) possa assumere dei connotati tali da richiedere una risposta immediata da parte del giudice – anche a costo di sacrificare le esigenze e le prerogative della P.A. – si trova, una volta ancora, in quelle fattispecie in cui l'accertamento e la tutela della pretesa individuale avvengono con l'intermediazione del potere amministrativo; quei casi, per intendersi, in cui la legge permette di accedere al giudice non già per domandare l'accertamento, in via principale, dell'esistenza (o meno) di un diritto del terzo, bensì per verificare soltanto che la P.A., nel negare l'esistenza di tale diritto, abbia legittimamente operato.

Si allude, in particolar modo, al tema del controllo sui titoli abilitativi di natura privata (S.C.I.A.¹²¹ e D.I.A.¹²²), in cui la tutela del terzo pregiudicato dal titolo è demandata dal legislatore a un sistema modulare che coinvolge, per fasi successive, in prima battuta l'Amministrazione, titolare di un potere di vigilanza doveroso¹²³ assoggettato a un termine perentorio e, in caso di sua eventuale inerzia, il g.a., da adire ai sensi degli artt. 31 e 117 del c.p.a.

È soprattutto in circostanze del genere, dove la tutela del diritto indivi-

120 A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1 ss.; ID., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1 ss. Più di recente, F. PAPINI, *Tutela cautelare del diritto di credito: sequestro, provvedimento d'urgenza e clausola compromissoria*, in *Le Soc.*, 2018, 1037 ss.

121 Cfr., specialmente per il delicato profilo della tutela del terzo, M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., in partic., 246 ss.; F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, in *Inf. Giur. cost.*, 2020, 1749 ss.

122 Sull'argomento, per tutti, L. FERRARA, *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 759 ss.; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008.

123 Da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2023, n. 2371, in *www.giustizia-amministrativa.it*, al cui avviso, «nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, si ritiene che l'Amministrazione abbia l'obbligo di rispondere, sicché la discrezionalità risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-nome».

duale soggiace a un potere d'intervento temporalmente scandito, che sia proprio l'approssimarsi dello spirare del termine a rappresentare per il terzo un pericolo di pregiudizio grave e irreparabile, tale da giustificare un'anticipazione, in via cautelativa, dell'ordine di provvedere.

Questo perché, secondo l'impostazione invalsa nella giurisprudenza, la sentenza che accerta l'obbligo di provvedere, quando si fa questione di un potere discrezionale incoercibile (ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a.) nel *quid* o nel *quomodo*, fa stato tra le parti solo per quanto riguarda l'*an* del suo esercizio¹²⁴.

Sicché, specialmente nel caso di poteri soggetti a esaurimento per decorso del termine, gli effetti del giudicato di accoglimento, secondo la giurisprudenza, obbligherebbero l'Amministrazione soltanto a concludere il procedimento con un provvedimento espresso¹²⁵, senza alcun ulteriore vincolo relativo agli altri aspetti della scelta discrezionale (compresa, a monte, la verifica dell'intervenuto esaurimento del potere)¹²⁶. Di qui la possibilità che il trascorrere del tempo renda infruttuosa per il ricorrente l'eventuale sentenza – avente ad oggetto l'esistenza di un obbligo di provvedere – di condanna e la correlata necessità di attivare un meccanismo cautelare di tipo propulsivo.

A conservare intatto l'interesse del terzo, infatti, potrebbe non rivelarsi sufficiente il principio – appartenente alla teoria generale del processo¹²⁷ – di retroattività gli effetti della sentenza di accoglimento (che ha accertato l'esistenza

124 Così, ad es., TAR Abruzzo – L'Aquila, Sez. I, 26 settembre 2013, n. 794 («nel caso di inerzia della PA il comando giudiziale intende solo supplire ad un “non liquet” dell'amministrazione, senza che il giudice –direttamente o mediante suo commissario – possa sostituire la sua volontà provvedimentale in luogo dell'attività amministrativa omessa, a meno che non si verta nella fattispecie *ex* art. 31 comma 3 del CPA [...] che consente al giudice stesso di pronunciare sulla fondatezza della pretesa»), nonché Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1511, a mente del quale «sul *quomodo* del provvedimento, semplicemente, non vi sarebbe alcun “giudicato” formatosi. [...] Se così è, l'ambito coperto da giudicato può compendiarsi in una (sola) affermazione: “si deve provvedere espressamente”», entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

125 Con specifico riferimento al potere di autotutela, cfr. T.A.R. Puglia – Lecce, sez. I, 15 dicembre 2015, n. 3564, in www.giustizia-amministrativa.it.

126 Atteso che il giudizio sul silenzio, *ex* art. 31 c.p.a., è sempre stato configurato come giudizio su poteri da esercitare – e di cui l'Amministrazione sia persistente titolare – e non come giudizio sul potere già esercitato o, comunque, non più nella sua sfera di disponibilità.

127 Su cui si veda, ad es., Cass., sez. I, 19 maggio 2005, n. 10600, in *Contr.*, 2006, 339 che, quantomeno con riferimento alle sentenze di accertamento di un diritto, richiama il «principio generale secondo cui tutte le pronunce giudiziali retroagiscono normalmente al momento della domanda».

di un obbligo nell'*an*) al momento della proposizione della domanda¹²⁸. Anche in una evenienza del genere¹²⁹, suscettibile di rendere il potere amministrativo di verifica – quale effetto automatico *ex art.* 112, c.p.c. della sentenza emessa ai sensi dell'*art.* 31, comma 1, c.p.a. – di fatto inesauribile, il concreto fluire della vicenda potrebbe rendere inservibile un intervento tardivo del potere, facendo venir meno per il terzo ogni reale beneficio ritraibile dalla sentenza.

È quello che accade, ad es. nella materia edilizia, quando i lavori sono già conclusi e gli effetti dell'eventuale, tardivo, "annullamento" della S.C.I.A. vengano obliterati dalla sanabilità postuma, *ex art.* 38 d.p.r. n. 380/2001, delle opere eseguite in buona fede, sulla base di una segnalazione dichiarata inefficace¹³⁰. O, ancora, quando è in corso l'*iter* di una nuova pianificazione territoriale e si rischia che la modifica sopravvenuta della disciplina d'uso dei suoli, suscettibile di superare gli effetti della sentenza¹³¹, frustri le ragioni fatte valere dal terzo nel processo.

Anche in fattispecie del genere, la risposta che va pretesa dall'ordinamento non può muoversi se non nel solco della primazia dei diritti individuali e dei

128 Tale da cristallizzare il dovere di provvedere e sterilizzare ogni conseguenza negativa connessa al trascorrere del tempo. Cfr. TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit. Secondo G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 668 – 669, «ciò che è precluso all'Amministrazione (salvo l'esercizio dei poteri di autotutela) non è certo precluso ai poteri ordinatori e di condanna del Giudice: sicché l'ordine di emettere il provvedimento, che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare nel corso del procedimento di SCIA, riaprirà il circuito del potere amministrativo e potrà riguardare proprio quel potere inibitorio e ripristinatorio "doveroso" [...] che è ormai al di fuori dei poteri d'ufficio dell'Amministrazione medesima».

129 Per l'inapplicabilità del principio di origine processual-civilistica della retroazione degli effetti della sentenza al momento della presentazione del ricorso giurisdizionale amministrativo, cfr. S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Torino, 2022, 222 ss.

130 Sull'argomento, *ex multis*, G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 745 ss. A. PORPORATO, *Misure ripristinatorie: governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, Torino, 2018, 95 ss.; R. MICALIZZI, *Le sanzioni conseguenti all'annullamento del titolo edilizio, tra interpretazione letterale e principi generali*, in *Urb. e app.*, 2013, 724 ss. Più di recente, E. TRAVI, *In tema di annullamento del permesso di costruire*, in *Foro it.*, I, 3, 2021, 36 ss.; S. DE ROSA, *La c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio. L'art. 38 del t.u. edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 alla luce della recente pronuncia dell'adunanza plenaria: Cons. di Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17*, in *Ambientediritto.it*, 2020, 379 ss., nonché, se si vuole, G. POLI, *La cd. fiscalizzazione dell'abuso edilizio nell'art. 38, t.u.e.*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 920 ss.

131 Da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. IV, 07 febbraio 2023, n. 1316, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 05 luglio 2022, n. 307, *ivi*, che ribadiscono l'orientamento per cui l'esistenza di un precedente giudicato non inibisce la pianificazione, obbligando soltanto la p.a. a rendere una specifica motivazione sul punto.

principi che governano la loro difesa in giudizio.

Nell'ambito delle attività cd. liberalizzate¹³², che soggiacciono alla vigilanza di poteri ad attivazione doverosa, le più evolute e persuasive teorizzazioni sull'argomento riconoscono al rapporto tra amministrazione e terzo (titolare di una posizione normativamente qualificata e differenziata)¹³³ il crisma del rapporto obbligatorio, nel quale il creditore (il terzo) può esigere dal debitore (la P.A.) l'adempimento di un obbligo posto a tutela del suo interesse¹³⁴.

In questa – più centrata – ottica ricostruttiva, il termine di esercizio del potere si riscopre termine di adempimento dell'obbligo di provvedere, la cui violazione può condurre a un adempimento tardivo o, laddove esso non sia più possibile, al risarcimento del danno per equivalente¹³⁵. Il che, sul piano del processo cautelare amministrativo, rileverà in maniera non dissimile da quanto rileva, di norma, la violazione del termine di adempimento di un obbligo contrattuale, in un processo cautelare civile; soprattutto alla luce del costante avvicinamento nella disciplina legislativa dei due sistemi di tutela anticipatoria, sospinti da una sempre maggior convergenza dei principi che ne fanno da cornice¹³⁶.

Nel diritto dei privati, infatti, è stata da tempo accettata l'idea che il diritto di credito, in sé e per sé considerato, può costituire oggetto della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, quando il protrarsi dell'inadempimento oltre il termine previsto – dalla legge o dal contratto – per eseguire la prestazione rischi di estinguere il credito stesso, facendo venir meno l'interesse del creditore a conseguire il bene oggetto del rapporto originario¹³⁷. In quell'ambiente, cioè, l'unico

132 Su cui, per tutti, cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001.

133 Come, ad es., in materia di distanze.

134 G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 246 ss. (in partic. 251, ove si dice che «il terzo diventa, così, parte di un rapporto giuridico nel quale assume una posizione creditoria verso l'amministrazione, dalla quale può esigere l'adempimento dell'obbligo di vigilanza, per la parte posta a tutela del suo interesse»).

135 G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 256 -257.

136 Principi, sia di diritto interno (taluni, veri e propri corollari dei principi costituzionali), che di derivazione europea (cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 169 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.).

137 Sulla tutela *ex art. 700 c.p.c.* del credito, in dottrina, A.M. BRUNI, *Tutela d'urgenza e diritti di credito*, in *Giust. civ.*, 1986, 2853 ss.; F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700*

aspetto da prendere in considerazione, ai fini della configurabilità del *periculum*, coincide con l'esistenza di un'alta probabilità che il trascorrere del tempo determini l'impossibilità – giuridica o materiale – di conseguire il bene della vita; per contro, il principio di retroattività degli effetti della domanda, che pur trova piena cittadinanza nel processo civile, appare del tutto sprovvisto di rilievo, incapace com'è, di per sé solo, di disinnescare il pericolo di un'estinzione non satisfattiva del credito azionato¹³⁸.

Non si vedono, perciò, all'orizzonte ragioni logico-giuridiche apprezzabili per giustificare un'applicazione eclettica dell'istituto cautelare proprio in materia di silenzio-inadempimento¹³⁹. Anche quando l'inosservanza dell'obbligo riguarda l'Amministrazione e il suo intervenire d'autorità, infatti, la circostanza che (in tesi) la proposizione della domanda di giustizia cristallizzi il tempo del potere – ostacolandone l'esaurimento – non esclude che, allo stesso modo di un qualsiasi obbligo civilistico di prestazione, la durata del processo possa altrimenti interdire la soddisfazione in natura dell'interesse tutelato dalla norma sostanziale.

Così come la citazione in giudizio per il mancato, tempestivo e spontaneo pagamento di un'obbligazione pecuniaria impedisce (per l'effetto conservativo della domanda) che il diritto si prescriva, ma non che, nell'arco del processo, il debitore divenga insolvente, allo stesso modo, l'esperimento dell'azione *ex*

c.p.c. e la manutenzione del contratto, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 53 ss.

138 Cfr., ad es., F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 2015, 70 ss., dove viene operato un importante distinguo tra pregiudizio alla pretesa sostanziale derivante dal fluire della realtà materiale esterna al processo e pregiudizio derivante dall'applicazione della stessa norma sostanziale, evidenziando come solo quest'ultimo tipo di danno è scongiurato dagli effetti cd. sostanziali della domanda mentre, per quelli del primo tipo, deve subentrare necessariamente la tutela cautelare. In tema, altresì, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 219 ss., che distingue tra effetti sostanziali conservativi e attributivi, ma senza, in alcun caso, ritenerli succedanei della tutela cautelare, quando i rimedi sostanziali predisposti dall'ordinamento allo scopo di neutralizzare i danni che possono verificarsi a causa dello iato esistente tra momento della proposizione della domanda giudiziale e momento dell'emanazione della sentenza, si rivelino inadeguati (595 - 597).

139 La soluzione, d'altro canto, appare coerente con l'applicazione che tradizionalmente viene fatta dell'art. 700 c.p.c., quando parte in causa sia una P.A. e oggetto di cautela un diritto di pretesa. Dalla relativa casistica giurisprudenziale in materia, infatti, emerge la comune tendenza a definire il giudizio cautelare accordando prevalenza allo scrutinio svolto in ordine alla presumibile fondatezza della rivendicazione e all'entità della lesione paventata dal richiedente (Cfr. Trib. Torino sez. lav., 16 ottobre 2017, in *Dejure.it*; Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, cit.; Trib. Roma sez. lav., 12 settembre 2011, *Giust. civ.*, 2012, 1, I, 236; Trib. Roma, 15 giugno 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3230; Trib. Bari, sez. lav., 25 marzo 2008, in *Dejure.it*; Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Law. nelle p.a.*, 2007, 1175; Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, cit.; Trib. Roma, 19 dicembre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 206).

artt. 31 e 117 c.p.a. potrà anche inibire la consumazione del potere di vigilanza ma senza riuscire, per forza propria, a prevenire il pericolo che sopravvenienze giuridiche e fattuali, intervenute nel corso del processo, rendano – come visto – il potere non più esercitabile in modo pienamente soddisfattivo per l'interesse del terzo.

Nei principi e nelle regole che disciplinano il processo amministrativo (in special modo il rito speciale avverso il silenzio), d'altro canto, non si ravvisano peculiarità tali da giustificare orientamenti *sui generis* rispetto a quanto comunemente si assiste, per situazioni similari, nel contenzioso innanzi al giudice ordinario (che rappresenta l'archetipo della tutela giurisdizionale dei diritti). In entrambi i casi, lo si è visto, può accadere – e accade – che la proposizione della domanda (specialmente nei suoi effetti sostanziali di tipo conservativo) non rappresenti un rimedio sufficiente a sterilizzare i danni collegati ai tempi (fisiologici) della giustizia; ragion per cui, è da tempo immemore che nell'ordinamento si è ritagliata uno spazio e una dignità autonomi l'azione cautelare, primo e irrinunciabile baluardo nella difesa giurisdizionale dei diritti (anche di credito) dell'individuo.

7. A mo' di conclusione

Per ogni riforma che, di lustro in lustro, ha gradualmente mutato il rapporto tra i cittadini e il potere amministrativo, un tratto in più di quella distanza che separava l'aspirazione dell'individuo verso l'esercizio di tale potere (nella sua forma tangibile: il provvedimento) dall'essere riconosciuta come diritto (a struttura creditizia), è stato colmato.

È successo così per l'aspirazione del cittadino a un provvedimento espresso – positivo o negativo, purché capace, in modo legittimo, di dare una risposta certa alla richiesta dell'individuo – e, con una decisa accelerazione in questi anni, per l'aspirazione a un provvedimento favorevole che, al ricorrere di certi presupposti, la legge ha fatto assurgere a dignità di pretesa (in senso tecnico) nei confronti dell'Amministrazione, su cui far pendere la correlata obbligazione di *facere* specifico.

Era lecito attendersi che, a una trasformazione tanto significativa, si accompagnasse un concomitante ripensamento nel modo di intendere la tutela

processuale di tale pretesa, che valorizzasse – verso un'armonizzazione sempre crescente con la tutela processual-civiltistica del credito – quei principi e istituti di diritto comune (la tutela cautelare e le condizioni dell'azione, ne sono un esempio eloquente) che lo stesso codice del processo amministrativo, consapevole dei profondi mutamenti culturali e normativi in corso, aveva già dimostrato di voler recepire; nella convinzione, di un'imminente parificazione tra la pretesa del cittadino nei confronti del potere e i diritti di credito.

Così, tuttavia, non è stato. Come è emerso dall'indagine condotta, la qualità della tutela impartita dai giudici amministrativi – e il trattamento processuale riservato alla pretesa azionata nel rito avverso il silenzio, a tutela del tempo dell'individuo, ne è lo specchio¹⁴⁰ – non si è mostrata al passo con i progressi invece raggiunti dal diritto sostanziale. Col risultato di far stagnare quella mai del tutto superata, non più accettabile, discriminazione tra situazioni soggettive identiche (nella consistenza e nella struttura), colpevoli unicamente d'essere affidate a giudici di ordini diversi.

Si comprende, dunque, come non sia differibile oltre un cambio di rotta che, attraverso la piena parificazione nella difesa in giudizio delle relative pretese, porti a compimento quell'opera di innalzamento nel livello della protezione che la Costituzione ha voluto riconoscere all'individuo anche nei confronti del potere pubblico.

Solo in questo modo, infatti, dei veri e propri diritti di credito – che dell'interesse legittimo conservano il (solo) nome, in quanto devoluti a un ramo della giurisdizione diverso da quello ordinario¹⁴¹ – potranno trovare collocazione all'interno di un sistema di giustizia, quella amministrativa, che si rivelereb-

140 Dubbi sull'adeguatezza della tutela processuale del tempo, sono espressi sia in S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa*, cit., 187, che in M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto"*, cit., 157 ss.

141 Scelta, quella del dualismo delle giurisdizioni, sempre più sotto osservazione e accompagnata da voci critiche: cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 4 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 561 ss.; ID, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., in partic. 91 ss. Ma vedi già S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000, 3 ss., per il quale «con il progressivo calarsi dell'Amministrazione nella società e con il ridursi dei suoi connotati di specialità, si indeboliscono le ragioni di una giustizia amministrativa speciale del tutto separata e diversa dalla giurisdizione del giudice ordinario e si rafforza l'esigenza di un'assoluta garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice, anche (e tanto più) se speciale». In argomento, cfr. altresì, R. ALESSE, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Panunzio*, in *Quad. cost.*, 2006, 557 ss.

be altrimenti inadatto a ospitare pretese che, per i costituenti, già *in nuce* avrebbero dovuto ricevere le stesse opportunità di tutela riservate a pretese, gemelle, affidate al giudice ordinario.