

10 AGOSTO 2016

Profili problematici del rito sul  
silenzio dell'amministrazione nella  
prospettiva dell'effettività e pienezza  
della tutela

di Francesco Scalia

Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'ambiente  
Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

# **Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela**

di

**Francesco Scalia**

*(professore a contratto di diritto urbanistico e dell'ambiente Università degli studi di  
Cassino e del Lazio Meridionale)*

## *Sommario*

*1. Premessa. 2. Natura e poteri del commissario ad acta nel rito del silenzio. 3. Profili problematici della consolidata ricostruzione giurisprudenziale della natura del commissario ad acta nominato dal giudice del silenzio. 4. Natura di ausiliare del giudice del commissario ad acta, nominabile nel rito sul silenzio solo quando il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa. 5. Giudizio sul silenzio ed effettività della tutela. 6. Considerazioni conclusive de jure condendo.*

### **1. Premessa.**

La giurisprudenza amministrativa formatasi nel rito sul silenzio della pubblica amministrazione, disciplinato dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo, pacificamente afferma che il giudice, nel caso permangano margini di discrezionalità o siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione, non possa conoscere della fondatezza della pretesa (in conformità a quanto disposto dall'art. 31, comma 3, c.p.a.), e debba, pertanto limitarsi – accogliendo il ricorso - ad ordinare alla stessa Amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, potendo però nominare un commissario *ad acta* che provveda in via sostitutiva<sup>1</sup>.

Si ha, quindi, il massimo di effettività della tutela giurisdizionale con il minimo di pronuncia del giudice<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* Cons. Stato Sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 557; Cons. Stato Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 aprile 2016, n. 4110; TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 22 marzo 2016, n. 3503; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 3 febbraio 2015, n. 642.

<sup>2</sup> Ritiene invece che il rito sul silenzio sia “*all'insegna della celerità, ma non della pienezza della tutela*” M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.* 3/2014, 709 e ss.. L'Autrice, però –come si vedrà di seguito--- considera il commissario *ad acta* nominato dal giudice del silenzio quale organo

Scopo del presente lavoro è valutare la coerenza di tale giurisprudenza con le norme del codice del processo amministrativo e più in generale con il nostro sistema di giustizia amministrativa.

## **2. Natura e poteri del commissario *ad acta* nel rito sul silenzio.**

La giurisprudenza attribuisce al commissario *ad acta* nominato dal Giudice che accoglie il ricorso avverso il silenzio natura e poteri differenti dal commissario dell'ottemperanza. Mentre quest'ultimo è organo ausiliario del giudice, così come ormai positivamente disposto dall'art. 21 c.p.a.<sup>3</sup>, il commissario nominato dal giudice del silenzio "*assomiglia più ad un organo dell'amministrazione che ad un ausiliario del giudice*"<sup>4</sup>. Infatti, solo nel caso dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 e ss, del c.p.a, il commissario assumerebbe il ruolo di mero mandatario del giudice, da quest'ultimo chiamato all'attuazione del proprio *decisum*, deliberato a monte. Nelle ipotesi di silenzio-rifiuto, l'organo commissariale sarebbe invece generalmente chiamato a pronunciarsi per la prima volta su un'istanza rimasta inevasa, sulla base di un comando giudiziario finalizzato a superare l'inerzia, attraverso una pronuncia non elusiva. Quindi, ad avviso della giurisprudenza citata il commissario *ad acta*, nominato nell'ambito del rito sul silenzio può assumere un ruolo del tutto inedito in quanto la sua attività "*posta in essere in esecuzione della sentenza che rimuova la situazione di inerzia imputabile alla pubblica amministrazione, non si limita, come nel vero e proprio giudizio di ottemperanza, al completamento e all'attuazione del dictum giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma si atteggia come attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente ed è collegata alla pronuncia giudiziale solo per*

---

straordinario della pubblica amministrazione. L'esercizio dell'attività giurisdizionale ---su cui si appunta la critica di non garantire effettività della tutela--- nella costruzione dell'Autrice si esaurirebbe, quindi, nell'accertamento dell'obbligo di provvedere e nella nomina del commissario e non si estenderebbe all'attività del commissario stesso.

3 La figura del commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza, di origine pretoria, è stata codificata per la prima volta dal codice del processo amministrativo, il cui art. 21 dispone: "*Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2*".

4 TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 luglio 2014, n. 7229.

*quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima*"<sup>5</sup>.

Viene quindi ribadito, anche recentemente, un orientamento formatosi in epoca precedente all'adozione del codice del processo amministrativo ed esplicito in una didascalica decisione del Consiglio di Stato: la sentenza della Sezione VI, del 25 giugno 2007, n. 3602. In quell'occasione il Collegio, dopo aver offerto un quadro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario sulla natura giuridica del commissario *ad acta*, richiamando le tre tesi prospettate (organo straordinario ausiliario del giudice, organo straordinario dell'amministrazione; organo misto, per alcuni aspetti ausiliario dell'amministrazione per altri del giudice), delineava le differenze tra le due ipotesi di ricorso alla figura del commissario conosciute nel processo amministrativo. Nella sentenza si evidenziava, infatti, che se per il commissario *ad acta* nominato in sede di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato prevale la tesi secondo cui si tratta di un organo ausiliario del giudice (tesi che aveva ricevuto anche l'importante avallo dell'Adunanza plenaria n. 23 del 1978), per il commissario nominato dal giudice del silenzio – adito ai sensi dell'allora vigente art. 21-*bis*, legge n. 1034 del 1971- avrebbe dovuto piuttosto parlarsi di organo dell'Amministrazione. Infatti, secondo la tesi preferita dal Giudice nella sentenza citata, nel giudizio sul silenzio non si avrebbe un vero e proprio giudizio di ottemperanza, quanto *“una ottemperanza “anomala” o “speciale”, dove la specialità risiede nella circostanza che si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso ad hoc, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio”*. La specialità, inoltre, risiederebbe nel fatto che il commissario *ad acta* nominato dal giudice del silenzio può assumere un ruolo del tutto inedito, in quanto la sua attività *“può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione”*. Pertanto, in tutti i casi in cui il giudice amministrativo si fosse limitato soltanto a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza vincolare in alcun modo la successiva attività amministrativa, il commissario *ad acta*, nominato in caso di persistente inerzia dell'amministrazione, sarebbe venuto a disporre di uno spazio di libertà sicuramente sconosciuto all'analogo

---

5 Cons. Stato Sez. VI, n. 567/2016 cit..

figura nominata in sede di esecuzione al giudicato. Non vi sarebbe, infatti, “*una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma un semplice atto di nomina, con cui il giudice non dice all’amministrazione come deve provvedere, ma demanda tutto all’organo amministrativo straordinario che è il commissario*”<sup>6</sup>.

### **3. Profili problematici della consolidata ricostruzione giurisprudenziale della natura del commissario *ad acta* nominato dal giudice del silenzio.**

L’orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza riportata, e ripreso fino ad oggi acriticamente dalla Giurisprudenza, si era formato –come detto- prima che il codice prevedesse e disciplinasse la figura del commissario *ad acta*, eliminando con l’art. 21 ogni dubbio circa la sua natura di organo ausiliare del giudice. La norma, infatti, dispone che nell’ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all’amministrazione, può nominare “*come proprio ausiliario*” un commissario *ad acta*, e riferisce allo stesso, a garanzia della sua terzietà e imparzialità, i motivi di ricusazione previsti dall’art. 51 c.p.c..

In dottrina si è affermato, anche dopo l’avvento del codice del processo amministrativo, che il commissario nominato per l’esecuzione della decisione di accoglimento sul ricorso proposto avverso il silenzio rifiuto dell’Amministrazione sarebbe “*figura distinta dal commissario nominato in sede di ottemperanza*”, organo straordinario dell’amministrazione e non, come quest’ultimo, organo del giudice<sup>7</sup>. Secondo questa dottrina l’attività del commissario sarebbe qualificabile come

---

6 Il Consiglio di Stato, nella sentenza citata, indicava però come plausibile anche altra tesi prospettata circa la natura del commissario. E cioè la ricostruzione secondo cui--- “*come la migliore dottrina non ha mancato di evidenziare*” – “*l’art. 21 bis contemplerebbe un vero e proprio giudizio di ottemperanza: il previsto atto di nomina sarebbe una vera e propria sentenza di ottemperanza in cui il giudice detta anche le direttive per l’operato dell’Amministrazione. Ricostruita la norma, in questi termini, si avrebbe almeno nella fase esecutiva del giudizio, un vero e proprio giudizio di merito e il commissario dovrebbe essere qualificato come ausiliario del giudice, o, al più, come organo misto*”.

7 E. Quadri, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, 1617; nello stesso senso, recentemente, A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nella legge sull’azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di) *L’Azione amministrativa*, Torino, 2016, 162, e M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 741---742. L’Autrice rileva che “*se l’effetto conformativo della sentenza avverso il silenzio è pressoché nullo, limitandosi alla mera necessità di provvedere, l’attività richiesta al commissario risulta di tipo sostitutivo pieno, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione giudiziale se non per quanto attiene all’accertamento dell’obbligo di provvedere. Ne consegue che il commissario andrebbe assimilato non già all’ausiliario del giudice nominato per dare esecuzione a una sentenza, come avviene in sede di ottemperanza, quanto semmai a un organo straordinario dell’amministrazione rimasta inerte*”.

sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione e non sarebbe in alcun modo soggetta al potere di direttiva del giudice, che potrebbe esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario in relazione all'ordine contenuto nella decisione<sup>8</sup>.

Una ricostruzione più articolata opera chi<sup>9</sup> -riprendendo la teoria della natura mista del commissario- distingue l'ipotesi in cui la pronuncia del giudice si limiti ad accertare l'obbligo della pubblica amministrazione da quella in cui investa la fondatezza della pretesa, nei casi in cui ciò sia consentito. Con riguardo alla prima ipotesi *"il merito della questione viene valutato per la prima volta dal commissario, il quale, non potendo desumere dalla sentenza alcuna indicazione su come avrebbe dovuto svolgersi l'attività amministrativa, opererà in via autonoma, non nella veste di longa manus del giudice, quanto piuttosto di sostituto dell'amministrazione, i cui atti costituiscono autonomi provvedimenti amministrativi, impugnabili con ricorso giurisdizionale ordinario"*. Laddove, invece, il giudice conosca della fondatezza della pretesa, il commissario del rito del silenzio potrebbe essere assimilato al commissario dell'ottemperanza, ausiliario del giudice, trovando in sentenza esatta indicazione del

---

8 Cfr. E. Quadri, in *Codice del processo amministrativo* cit.. L'autore riporta giurisprudenza, di epoca precedente al codice, secondo cui *"L'oggetto del giudizio e l'efficacia della sentenza emessa in materia di silenzio va circoscritto alla sola rimozione della situazione di inerzia imputabile alla P.A., al riguardo ritenendo che i provvedimenti adottati dal Commissario ad acta costituiscono esercizio del potere proprio dell'Amministrazione soccombente. Ne consegue sul piano sostanziale che, trattandosi oggettivamente dell'esercizio della medesima funzione, l'Amministrazione sostituita si troverà rispetto all'attività del Commissario, da qualificarsi come suo organo straordinario di nomina giudiziale, nella condizione di doverne accettare le decisioni come a sé imputabili e, quindi, modificabili solo in sede di autotutela. Sul piano processuale, essendo il Commissario un organo straordinario dell'Amministrazione sostituita, quest'ultima non sarà legittimata ad impugnare un proprio provvedimento (TAR Napoli, Sez. I, 10 marzo*

*2009, n. 1363)"*. Op. ult. cit. 1617. Tale ricostruzione era assolutamente prevalente nella giurisprudenza e nella dottrina formatasi precedentemente al codice. Si vedano, tra i tanti, V. Caputi Jambrenghi, *Cosa giudicata e processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, fasc. all. al n. 1/2008, che definisce il commissario *ad acta*: *"organo straordinario dell'Amministrazione, di singolare regime giuridico quanto alla sua nomina, ma amministrativo senza dubbio, come il suo compito essenziale che è quello di chiudere, nonostante l'inottemperanza o l'inesecuzione dell'Amministrazione, la falla aperta nell'ordinamento dalla sottrazione di questa ultima al vincolo del giudicato (o dell'esecuzione)"*; dello stesso autore si veda anche voce *Commissario ad acta*, in *Enc. Dir.*, VI, Agg., Milano 2002, 284 e ss.; G. Mari, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, TAR, fasc. 2, 2003, 750 e ss.; A. Travi, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, 227 e ss.; G. Montedoro, *Ottemperanza speciale "contra silentium" ed ottemperanza anomala nel processo amministrativo*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 8/2001, 893.

9 G. Mari, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, Vol. I, 250 e ss..

contenuto del provvedimento adottando: “*Il commissario ad acta rivestirebbe nuovamente il ruolo di organo giudiziario ausiliario, attore di una fase extra iudicium, ma pur sempre giurisdizionale (trattandosi di attività sottoposta al controllo giudiziario)*”<sup>10</sup>.

Altra dottrina<sup>11</sup> afferma di ritenere, in coerenza con il dettato normativo, che il commissario *ad acta* nominato dal giudice del silenzio sia sempre organo ausiliare del giudice, ma (mostrando poi di aderire alla teoria della natura mista) articola diversamente il regime giuridico degli atti compiuti dallo stesso a seconda che il commissario sia stato nominato dal giudice che abbia conosciuto –nei limiti consentiti– della fondatezza della pretesa ovvero che sia stato nominato all’esito dell’accertamento dell’inerzia dell’amministrazione rispetto ad attività discrezionale<sup>12</sup>. Nel primo caso, l’eventuale violazione delle prescrizioni imposte dal giudice con la sentenza che decide il ricorso sul silenzio andrà fatta valere dall’interessato (sia esso il ricorrente che l’amministrazione resistente) con reclamo/incidente di esecuzione innanzi al medesimo giudice. Nel secondo caso, quando cioè la sentenza che ha concluso la fase di cognizione non contenga alcun accertamento della pretesa sostanziale del ricorrente, gli eventuali vizi degli atti del commissario sarebbero deducibili in un ordinario ricorso di legittimità, ad opera esclusivamente del ricorrente. L’amministrazione potrebbe, ricorrendone i presupposti, agire solo in via di autotutela, essendo gli atti del commissario ad essa imputabili, in quanto adottati pur sempre da un “*suo organo, ancorché straordinario e di nomina giudiziale*”<sup>13</sup>.

---

10 Op. ult. cit., 251.

11 L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, B. Sassani --- R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, 986 e ss..

12 Cfr. op. ult. cit. 990: “*Infatti, il regime delle determinazioni commissariali non discende da una aprioristica qualificazione (oggi legislativa) del loro autore, bensì dalla relazione ch’esse intrattengono con l’efficacia oggettiva della sentenza cui succedono: conclusione ineludibile, dal punto di vista sistematico, ove si intenda garantire ad ogni controversia i due gradi della giustizia amministrativa e, in ogni caso, marcare la linea di confine (e la sequenza logico---cronologica) tra giudizio di legittimità e giudizio di ottemperanza, sul rilievo che il secondo non può “all’insegna di un principio di chiusura” tanto irresistibile quanto indecifrabile, arrivare ad attrarre in sé questioni nuove, che sono rimaste estranee al primo*”.

13 Cfr. op. ult. cit. 989. L’Autore contraddice le premesse del proprio ragionamento, riportate testualmente nella nota precedente, affermando la natura mista del commissario *ad acta*: organo del giudice e organo straordinario dell’amministrazione a seconda che la sentenza investa la fondatezza della pretesa o si limiti ad accertare l’obbligo dell’amministrazione di provvedere.

Tali ricostruzioni non paiono condivisibili<sup>14</sup> in ragione di un'esegesi letterale e logico sistematica delle norme del codice.

Innanzitutto, la figura del commissario *ad acta* è disciplinata nel libro primo del codice, ovvero, tra le disposizioni generali, senza che si faccia alcuna distinzione tra i casi ed i riti in cui tale strumento trova applicazione. Per il codice, in buona sostanza, il commissario *ad acta* è l'ausiliario cui il giudice amministrativo può ricorrere quando, nell'esercizio della propria giurisdizione, debba sostituirsi alla pubblica amministrazione.

Vero è che la stessa figura ricorre in giudizi diversi – il giudizio di ottemperanza ed il ricorso avverso il silenzio (ma anche il giudizio ordinario di cognizione, potendo il giudice ricorrervi anche in tale ambito ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a.) – ai quali si applicano regole procedurali proprie, fissate rispettivamente dagli artt. 114 e 117. Ma proprio la norma che disciplina il rito del silenzio rafforza la convinzione che anche in tale giudizio il commissario operi come un ausiliario del giudice. Ed invero, il quarto comma dell'art. 117 dispone che *“Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti gli atti del commissario”*. E' evidente che se il commissario fosse un organo straordinario dell'amministrazione, il giudice del silenzio non potrebbe conoscere dei suoi atti, i quali andrebbero impugnati con il rito ordinario o addirittura rimossi in via di autotutela dalla stessa amministrazione, così come affermato –si ritiene, erroneamente- da parte della giurisprudenza di merito<sup>15</sup>.

---

14 Peraltro, la tesi di E. Quadri non è condivisa da altro autore, S. Pieroni, redattore del commento all'art. 21 dello stesso commentario al codice del processo amministrativo, secondo cui *“non può dubitarsi che l'art. 21 del Codice esprima pienamente la decisa opzione del legislatore nel senso della natura di organo ausiliare del commissario, in tutte le fattispecie in cui il giudice debba sostituirsi all'amministrazione, comprese, dunque, le controverse ipotesi dei ricorsi avverso il silenzio”*. Cfr. *Codice del processo amministrativo* cit., 310.

15 Cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, 26 settembre 2013, n. 794: *“In tema di silenzio-rifiuto, va ravvisata l'impossibilità per la P.A. sostituita di gravarsi avverso l'atto commissariale, e ciò per la peculiarità della sostituzione giudiziaria disposta per rimediare a non liquet amministrativo, sostituzione che vede nel commissario procedente un organo (straordinario) oggettivamente amministrativo, sia pure nominato dal giudice amministrativo; pertanto, l'efficacia della sentenza emessa in materia di silenzio attiene alla sola rimozione della situazione di inerzia imputabile alla P.A., così che i provvedimenti adottati dal commissario costituiscono esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente, dovendo essa accettare le decisioni commissariali come a sé imputabili e quindi, modificabili solo in sede di autotutela”*. Dello stesso giudice la sentenza 23 maggio 2013, n. 489, che, per giustificare l'impugnabilità con rito ordinario degli atti del commissario, opera un'interpretazione del quarto comma dell'art. 117 in relazione al successivo quinto comma: *“quest'ultimo si riferisce*



Sennonché, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che *“il codice del processo amministrativo (...) ha chiaramente disatteso la concezione della “immedesimazione organica” tra Commissario e amministrazione sostituita. Ciò si ricava, innanzi tutto, dal disposto dell’art. 117, comma 4, e dello stesso già citato comma 6 dell’art. 114 cod. proc. amm, i quali, nel devolvere al medesimo giudice “tutte le questioni” relative all’esecuzione della sua decisione, ivi comprese ‘quelle inerenti agli atti del commissario’, non circoscrivono a soggetti specifici la legittimazione ad adire il giudice per la soluzione di tali questioni, così riconoscendola implicitamente anche all’amministrazione interessata dall’azione sostitutiva del Commissario.”*<sup>16</sup>.

D'altronde, lo stesso Consiglio di Stato, in altra pronuncia più recente<sup>17</sup>, sia pur citando una sentenza del giudice di merito<sup>18</sup>, ha utilizzato proprio il quarto comma dell’art. 117 quale argomento per definire la natura di organo ausiliario del giudice del commissario *ad acta*.

---

*infatti proprio all’ipotesi del provvedimento sopravvenuto nel corso del giudizio, provvedimento che –in assenza di altre specificazioni della norma- può essere quello emanato tardivamente dall’amministrazione, ma anche quello adottato in executivis dall’ausiliario del giudice; in tutti questi casi, la norma è chiara nello stabilire che l’atto sopravvenuto “può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l’intero giudizio prosegue con tale rito”. Tra l’altro, anche volendo delimitare l’inciso dell’atto sopravvenuto al solo provvedimento tardivo della PA, non si capirebbe come mai potrebbe il giudice verificarne l’esatta adozione ai sensi del comma quarto, salvo poi imporsi all’interessato un autonomo onere impugnatorio nel successivo comma quinto”. Cfr., in senso conforme, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 luglio 2012, n. 6233. Dimentica tale giurisprudenza l’insegnamento consolidato secondo cui l’amministrazione può provvedere solo fino all’insediamento del commissario, essendo l’eventuale provvedimento successivo nullo (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975; Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1768; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3214; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 693). Pertanto, gli atti sopravvenuti cui si riferisce il quinto comma dell’art. 117 sono solo quelli adottati dall’amministrazione prima dell’insediamento del Commissario.*

16 Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 709.

17 Cons. Stato, Sez. IV, 13 gennaio 2015, n. 52. In questa sede i giudici di Palazzo Spada, argomentando in ordine al comma quarto dell’art. 117, hanno affermato che *“la P.a. non ha alcuna discrezionalità nel dare attuazione a quanto stabilito dal commissario ad acta conservando, semmai, la facoltà di sollecitare l’intervento del giudice qualora insorgano dubbi interpretativi circa la portata applicativa del provvedimento, così come delineato dal commissario ad acta, o di adire il giudice per il contrasto fra l’atto del commissario ad acta e la pronuncia che lo stesso è chiamato ad eseguire o, infine, per l’erroneo esercizio del potere discrezionale allo stesso attribuito.”*

18 TAR Puglia, Secce, Sez. I, 24 febbraio 2011, n. 367.

Altro argomento a sostegno della tesi che si prospetta è fornito ancora dalla lettera del quarto comma dell'art. 117, laddove si precisa che il giudice conosce di tutte le questioni relative all'“*esatta*” adozione del provvedimento richiesto. La delineazione dell'ambito di cognizione del giudice del silenzio, usando l'aggettivo “*esatta*” per qualificare l'adozione del provvedimento richiesto, testimonia il carattere necessariamente vincolato dell'attività propria dell'amministrazione (o del commissario che alla stessa si sostituisca) nella fase esecutiva del giudizio sul silenzio. Solo un'attività vincolata, infatti, può essere definita con esattezza nelle modalità di esecuzione (*quomodo*) e nei contenuti del provvedimento in cui si espliciti, grazie al raffronto con una norma giuridica che riconosca la pretesa e ne indichi, con precisione, i presupposti oggettivi e soggettivi. L'intenzione del Legislatore è viepiù chiara se si confronta tale norma con quella che disciplina il corrispondente ambito di cognizione del giudice dell'ottemperanza: “*Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza*” (art. 114, comma 6). Qui è evidente, invece, nell'eliminazione di ogni aggettivazione del termine “*ottemperanza*” –operata dal primo correttivo al codice<sup>19</sup>–, la volontà di lasciare piena cognizione al giudice dell'ottemperanza nel valutare l'esecuzione del giudicato anche negli spazi riservati alla discrezionalità dell'amministrazione, quale “*giudice naturale della conformazione dell'attività successiva al giudicato e delle obbligazioni che dal giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto*”,<sup>20</sup>.

Il Consiglio di Stato<sup>21</sup> ha tratto, dall'espunzione dell'aggettivo “*esatta*” dal comma 6 dell'art. 114, argomento per ritenere definitivamente superata la teoria della natura mista del commissario *ad acta*, organo ausiliario del giudice oppure organo straordinario dell'amministrazione a seconda dell'ampiezza, minore o maggiore, dello

---

19 L'art. 1, comma 1, lett. dd) n. 2 D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, ha sostituito l'originario sesto comma dell'art. 114 che invece disponeva “*Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti gli atti del commissario*”.

20 Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2. Continua l'Adunanza Plenaria: “*occorre che la p.a. attivi una leale cooperazione per dare concreta attuazione alla pronuncia giurisdizionale anche e soprattutto alla luce del fatto che nell'attuale contesto ordinamentale la risposta del giudice amministrativo è caratterizzata da un assetto soggettivo, inteso come soddisfazione di una specifica pretesa. E se è vero che la sua soddisfazione non può prescindere dall'ottimale assetto di tutti gli interessi coinvolti ivi compresi quelli pubblici, è anche vero che ciò non può e non deve costituire un alibi per sottrarsi al doveroso rispetto del giudicato*”.

21 Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4299.

spazio che il giudicato lascia alla sua azione. Con questo intervento il Legislatore avrebbe inteso concentrare dinnanzi al giudice dell'ottemperanza ogni questione sollevata dalle parti concernente gli atti commissariali, ancorché i vizi che vengano dedotti non si identifichino con i profili di contrasto rispetto alle pregressa statuizione giurisdizionale, ma siano relativi all'ambito di discrezionalità dell'azione del commissario *ad acta*<sup>22</sup>. Questa argomentazione conferma, *a contrario*, come il mantenimento dell'aggettivo "esatta", per qualificare l'adozione del provvedimento dell'amministrazione o del commissario successiva alla sentenza sul silenzio, stia ad evidenziare l'intenzione del legislatore di limitare l'azione sostitutiva del commissario *ad acta* alla sola adozione di provvedimenti vincolati.

Inoltre, l'art. 114 – non anche l'art. 117 - dispone che gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'art. 29 c.p.a., con il rito ordinario. E' evidente che la norma si riferisce a quegli atti del commissario che rappresentino esercizio del potere amministrativo discrezionale, tali da incidere sulle sfere giuridiche di terzi e, pertanto, sottoponibili dagli stessi al giudizio di legittimità del giudice amministrativo. Per atti come quelli del commissario nominato dal giudice del silenzio, (da ritenere quindi necessariamente) meramente esecutivi del *dictum* giudiziale relativo ad attività vincolata, il Legislatore non ha avvertito l'esigenza di prevedere analoga possibilità di azione<sup>23</sup>.

Ulteriore argomento testuale a favore della tesi prospettata è fornito dall'art. 34 c.p.a.. Questo, nel definire le sentenze di merito, distingue in due lettere: l'ordine all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine (lett. b) e l'azione

---

22 Non condivide le conclusioni della VI Sezione del Consiglio di Stato S. Valaguzza, *Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, fasc. 4, 1391 e ss.. L'Autrice, riprendendo considerazioni dell'Adunanza Plenaria, n. 2/2003, ritiene che continuino a dover essere impugnati con rito ordinario dalle parti del giudizio di ottemperanza i provvedimenti che esorbitino dalla dimensione oggettiva del giudicato amministrativo e involgano l'accertamento di vizi dell'atto impugnato che prescindono dall'adeguamento dell'azione amministrativa al *decisum*. Nello stesso senso cfr. R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1074. A favore del superamento della teoria mista: V. Lopilato, *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1067 e ss.; A. Falchi Delitala, *Il giudice dell'ottemperanza come gestore naturale dell'esecuzione della sentenza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1846 e ss.. Per la natura mista del commissario *ad acta* nominato dal giudice del silenzio si veda G.Mari, *L'azione avverso il silenzio*, cit., 250 e ss..

23 E' da ritenere che i terzi che si assumano lesi da provvedimenti del commissario *ad acta* esecutivi della sentenza sul silenzio possano proporre opposizione di terzo, avendo tali provvedimenti la stessa natura della sentenza di cui danno esecuzione.

di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, la quale è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio (lett. c)<sup>24</sup>. Quindi, il giudice può condannare l'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto solo in ipotesi in cui possa conoscere della fondatezza della pretesa. Nei casi, invece, in cui residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione o siano necessari ulteriori adempimenti istruttori, il giudice deve limitarsi, ai sensi della lett. b, ad ordinare all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine. D'altronde, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che – con la sentenza 23 marzo 2011 n. 3<sup>25</sup>, sia pur con un *obiter dictum* – aveva ammesso, nel silenzio del

---

24 Lettera introdotta dal D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (secondo correttivo al Codice del processo amministrativo), che codifica l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento, già ammessa dalla giurisprudenza successiva al codice ed in particolare dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3. In dottrina, tra coloro che hanno ritenuto ammissibile l'azione di adempimento, prima che il secondo correttivo al codice la disciplinasse esplicitamente, si vedano: A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 481 e ss.; E. Follieri, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 457 e ss.; R. Chieppa, *Azione di condanna*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 276 e ss.; M. Ramajoli, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna 2011, 573 e ss.; F. Patroni Griffi, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010; M.A. Sandulli, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amm., TAR*, 2010, LXV; L. Torchia, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2010, 1319.; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557.

25 La Plenaria, nella sentenza citata, ha affermato: “*il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio*”. Si è così sancita “*la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo data dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata*”. Sul punto, R. Villata ha osservato che “*un'azione di adempimento paralizzata dalla presenza di profili di 'discrezionalità amministrativa e tecnica (...) non pare costituire nella sostanza una novità epocale: oltre tutto, in caso di omissione o rifiuto dell'Amministrazione ad 'adempiere' si tornerà nuovamente alla necessità di promuovere un ricorso per*

codice, l'azione di adempimento nel giudizio di legittimità, aveva subordinato la stessa all'insussistenza di “*profili di discrezionalità amministrativa e tecnica*”<sup>26</sup>.

Anche il comma terzo dell'art. 117 fornisce un argomento alla tesi che qui si prospetta. Infatti, la norma testualmente recita: “*Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata*”. Ebbene, se il giudice potesse nominare il commissario anche quando residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione inerte, dovrebbe nominarlo sempre, non avendo altro modo per ovviare all'inerzia<sup>27</sup>. Non si comprenderebbe, allora, la ragione dell'inciso “*ove occorra*”. Del commissario vi sarebbe sempre necessità e dovrebbe essere quindi sempre nominato con la stessa sentenza che definisce il giudizio accertando il silenzio o, successivamente, perdurando l'inerzia, su istanza dell'interessato. L'inciso “*ove occorra*” è, invece, coerente con la lettura della norma che vuole la nomina possibile solo quando il giudice possa condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento (quindi, quando non residuino in capo alla stessa margini di discrezionalità). Solo in tali casi s'imporrebbe la nomina del commissario *ad acta* per consentire al giudice del silenzio, nell'esercizio della sua giurisdizione di legittimità, di sostituirsi all'amministrazione inerte adottando il provvedimento richiesto.

Infine, - decisivo e non superabile - l'argomento di carattere sistematico, ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza che, pur in assenza allora di limiti imposti dalla norma, ha ritenuto la cognizione del giudice del silenzio sulla fondatezza della pretesa circoscritta all'attività vincolata dell'amministrazione: il principio di separazione dei poteri (e della riserva di amministrazione) su cui è costruito il sistema

---

*l'ottemperanza*”, Id., *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 57.

<sup>26</sup> Cfr. M.A. Sandulli, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*. Libro dell'anno del Diritto 2013 in *Treccani.it*, 4. L'autrice sottolinea “*l'esigenza di valutare la sussistenza della discrezionalità in termini concreti (ammettendo quindi, in linea con l'insegnamento di F. Ledda, il potere di condanna all'adozione di un provvedimento in ogni caso in cui la discrezionalità, pur in astratto sussistente, sia in concreto esaurita)*”.

<sup>27</sup> Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 350: “*la nomina del commissario non è in alternativa ad un intervento diretto del giudice: nel caso del silenzio il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, ma deve sempre procedere alla nomina del commissario*”.

costituzionale della Giustizia Amministrativa<sup>28</sup>. Tale principio trova una delle sue espressioni nell'art. 34, comma 2, c.p.a., a mente del quale *“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi ancora non esercitati”*, ed ha come corollari processuali il divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione, ancorché marginali (art. 31, comma 3, c.p.a.)<sup>29</sup> e la tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art. 134 c.p.a.<sup>30</sup>.

---

28 Cons. Stato, Ad. Plen. 9 febbraio 2016, n. 2; Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8; Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85; 23 febbraio 2012, n. 40; Cass. Civ. Sez. Un, 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313. Si veda però in dottrina A. Cariola, *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, intervento svolto al Convegno di Catania, 11-12 novembre 2005, su *“Le nuove regole dell'azione amministrativa”* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): *“La riserva di amministrazione quale riserva di procedimento affinché la decisione sul caso singolo sia il frutto di valutazioni da condurre caso per caso, non è affatto espressione della separazione tra i poteri; essa vale nei confronti del potere legislativo, perché la decisione sulle singole vicende non venga assunta dalla legge, ma non vale nei confronti del potere giurisdizionale cui spetta di assicurare la legittimità del potere esercitato e, pertanto, il controllo sulle determinazioni assunte (Carlassare), per il principio di giustiziabilità delle proprie pretese che qualifica lo Stato costituzionale”*.

29 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015 cit.. La sentenza erroneamente indica tra parentesi l'”art. 30, co. 3”;

in realtà, trattando tale ultima norma la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi, la citazione sarebbe del tutto inconferente. Si tratta evidentemente di un refuso e la norma che l'Adunanza Plenaria ha voluto indicare come una delle declinazioni del principio di separazione dei poteri è proprio l'art. 31, comma 3, c.p.a., che limita all'attività vincolata la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta nel giudizio avverso il silenzio.

30 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2016 cit.. La sentenza dopo aver ribadito il consolidato insegnamento riportato nel testo, ne ha contraddetto la portata enunciando il principio: *“Il commissario ad acta può emanare il provvedimento di acquisizione coattiva previsto dall'articolo 42-bis D.P.R. 8 giugno 2011, n. 327 – Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità- (...) b) se nominato dal giudice amministrativo a mente dell'art. 117, comma 3, c.p.a., qualora l'amministrazione non abbia provveduto sull'istanza dell'interessato che abbia sollecitato l'esercizio del potere di cui al menzionato art. 42-bis”*. L'Adunanza Plenaria sembrerebbe, quindi, ritenere che il Giudice del silenzio possa ordinare all'amministrazione, nominando nella persistente inerzia della stessa un commissario *ad acta*, un provvedimento di amplissima discrezionalità amministrativa nell'*an*. Nella stessa sentenza l'Adunanza Plenaria afferma che la decisione circa l'acquisizione sanante *“deve emergere necessariamente da un percorso motivazionale – rafforzato, stringente e assistito da garanzie partecipative rigorose – basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come extrema ratio (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica “...eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione..”)*, per la tutela di siffatte imperiose esigenze pubbliche”. Si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3561, che dopo aver affermato che *“a tutela della riserva di amministrazione espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri (cfr. Cons. St., Ad. Plen. nn. 7 e 9 del 2014), il codice, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito (non ricorrente nella specie ex art. 134 c.p.a.), ha inibito al giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri mai esercitati da parte della p.a. ovvero, nel rito avente per oggetto il silenzio, sulla fondatezza della*

Ebbene, tra i casi di giurisdizione di merito, mentre figura il giudizio di ottemperanza, non viene invece menzionato il giudizio sul silenzio dell'amministrazione<sup>31</sup>, neanche nella sua fase esecutiva, come –si ritiene erroneamente- pur afferma autorevole dottrina<sup>32</sup>.

L'art. 134, comma 1, lett. a) indica tra le materie di giurisdizione estesa al merito “l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV”. Il riferimento è, quindi, al – solo- giudizio di ottemperanza, disciplinato proprio dal citato libro del codice.

Scindere in due periodi la frase, come fa la dottrina appena citata, enucleando la sola prima parte per far rientrare nella previsione della norma la fase esecutiva del giudizio sul silenzio<sup>33</sup>, è operazione che non regge a fronte di una esegesi sia letterale che logico-sistemica del testo.

---

*pretesa, salvo che l'azione amministrativa risulti interamente vincolata ovvero non debbano svolgersi, a cura della p.a., adempimenti istruttori; nel caso di specie, viceversa, è pacifico, da un lato, che la regione non ha mai esercitato il potere di individuazione dell'indennizzo, dall'altro, che per la liquidazione della somma è indispensabile svolgere attività procedimentale ed istruttoria”, ha ordinato alla regione di provvedere ed ha nominato “il Prefetto di Milano o un dirigente dallo stesso individuato, affinché scaduto il termine di cui alla precedente lettera a), quale commissario ad acta tenga conto dei medesimi criteri per l'emanazione del provvedimento conclusivo (ferma restando la competenza della regione, che – nell'esercizio dei propri poteri-doveri e delle proprie responsabilità – può provvedere entro la data in cui avrà altrimenti provveduto il commissario ad acta)”. Tale sentenza si segnala, oltre che per aver ribadito che il giudice del silenzio non possa pronunciare su poteri mai esercitati, e ciò nonostante affidi ad un commissario ad acta proprio l'esercizio di quei poteri che l'amministrazione non ha esercitato, anche per aver fissato nell'adozione dell'atto da parte del commissario il limite entro il quale l'amministrazione competente può provvedere, contro il consolidato indirizzo secondo cui tale limite sarebbe rappresentato invece dall'insediamento del commissario stesso.*

31 L'art. 7, comma 4, c.p.a. indica “le omissioni delle pubbliche amministrazioni” tra gli oggetti della giurisdizione generale di legittimità; l'art. 133, comma 1, lett. a) n. 3 indica il silenzio di cui all'art. 31 commi 1, 2 e 3 tra le materie assegnate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sembra qualificare la fase esecutiva del giudizio sul silenzio in termini di vera e propria ottemperanza A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento ed il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 253, laddove rileva che nel giudizio sul silenzio sono “allo stesso tempo ricompresi tre tipi di procedimenti: la fase cautelare o accelerata, poiché non è esclusa la possibilità di una tutela cautelare urgente; la fase della condanna ad adempiere, qualora il silenzio sia reputato illegittimo, e la fase dell'ottemperanza, come si desume dalla possibilità di nominare un commissario ad acta”.

<sup>32</sup>L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit., 963.

<sup>33</sup>Op. ult. cit., 963. L'Autore premette che “Le sole eccezioni, di “giurisdizione estesa al merito” nella quale “Il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione” (art. 7, comma 6, del Codice), sono tassativamente enumerate nell'art. 134 del Codice”, rilevando che “è peraltro annoverata “l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive”: lo

Invero, l'attuazione tanto delle pronunce giurisdizionali esecutive, quanto del giudicato è riferita all'ambito del giudizio di ottemperanza (“di cui al Titolo I del Libro VI”). L'uso dell'endiadi “delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato” si giustifica con la necessità di qualificare come esteso al merito il giudizio di ottemperanza, sia se azionato per l'attuazione di sentenze esecutive ma non ancora passate in giudicato<sup>34</sup>, che per pronunce per le quali il giudicato si sia formato<sup>35</sup>. Opinare diversamente, attribuendo valore disgiuntivo (invece che inclusivo) alla congiunzione “o”, per limitare il riferimento al giudizio di ottemperanza alla sola attuazione del giudicato, è operazione che non solo non trova alcun ancoraggio nella lettera della norma<sup>36</sup>, ma che sortisce effetti paradossali. Così facendo, infatti, si dovrebbe concludere che sarebbe esteso al merito il solo giudizio di ottemperanza delle sentenze passate in giudicato (non anche quello delle sentenze solo esecutive), e sarebbe del pari estesa al merito la fase esecutiva del giudizio sul silenzio, ma non altrettanto potrebbe dirsi del giudizio di ottemperanza di sentenze solo esecutive (non passate in giudicato) del giudice del silenzio. Non vi può essere dubbio, quindi, che l'art. 134, comma 1, lett. a) si riferisca al solo giudizio di ottemperanza.

---

*spartiacque tra amministrazione e giurisdizione è pertanto scardinato soltanto nella seconda fase del giudizio sul silenzio, quella esecutiva della sentenza ordinaria”. L'autore però cita solo una parte della lett a) dell'art. 134, omettendo la conclusione del periodo. Il testo nella versione integrale è infatti il seguente: “l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV”, nell'ambito cioè del giudizio di ottemperanza (quello appunto disciplinato dal titolo I del libro IV del Codice). Appare singolare che l'Autore, che pur afferma che l'art. 31, comma 3, del Codice è disposizione di stretta interpretazione “perché va letta in connessione sistematica con l'art. 34, comma 2, del Codice, ove si legge che “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” --- tanto da escludere la cognizione della fondatezza pretesa del giudice del silenzio anche in presenza di un mero accertamento di un fatto semplice richiesto alla amministrazione ---, operi poi un'interpretazione estensiva di una norma --per le medesime motivazioni--- eccezionale, come l'art. 134, comma 1, lett. a), che circoscrive letteralmente al solo giudizio di ottemperanza la giurisdizione di merito.*

<sup>34</sup> Sentenze del giudice amministrativo di primo grado non ancora impugnate, o impugnate ma non sospese dal Consiglio di Stato.

<sup>35</sup> L'art. 112 del c.p.a. dispone che l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo.

<sup>36</sup>La congiunzione “o” può avere sia valore disgiuntivo che inclusivo.



Su questi presupposti, pare evidente che, qualora si consentisse al giudice del silenzio di sostituirsi all'amministrazione per il tramite del commissario *ad acta* anche per l'adozione di provvedimenti connotati di discrezionalità, lo si abiliterebbe –al di fuori delle tassative eccezioni poste dall'art. 134 c.p.a.- a pronunciare con riferimento a poteri amministrativi ancora non esercitati e si trasformerebbe la sua giurisdizione in giurisdizione estesa al merito<sup>37</sup>.

Peraltro, si assisterebbe – come d'altronde si assiste - al paradosso di un giudizio esecutivo del giudice del silenzio ancora più ampio e libero del giudizio di ottemperanza. Infatti, l'ampiezza dell'accertamento sostanziale contenuto nella sentenza passata in giudicato condiziona l'azione successiva della pubblica

---

37 Cfr. V. Lopilato, *Articolo 117 – Ricorsi avverso il silenzio*, in F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano 2012, 1143: “*sussiste una stretta correlazione tra la previsione di una giurisdizione estesa al merito e la configurazione della natura dell'attività del commissario: solo ritenendo che il giudice abbia penetranti poteri gli stessi potrebbero “trasferirsi” al commissario che diventa un suo ausiliario*”. Sulla base di tali considerazioni, gli autori citati ritengono che il Giudice del silenzio eserciti, quando rimetta al commissario l'esercizio di poteri discrezionali, una giurisdizione estesa al merito, ancorché non esplicitamente prevista dal codice del processo: “*Detto ciò, deve, però, rilevarsi come tale previsione imponga di ritenere che il giudice amministrativo, in presenza di tali fattispecie, eserciti una giurisdizione estesa al merito, abbia cioè gli stessi poteri del giudice dell'esecuzione di una sentenza emessa all'esito del rito ordinario. (...) E' bene aggiungere che, così opinando, la scelta del legislatore con si sarebbe limitata ad estendere a questa fase le prerogative di 'merito' dell'ordinario processo esecutivo, ma avrebbe creato una nuova ipotesi di giurisdizione di merito*”. Così opinando, però, si opera un'applicazione analogica di una norma eccezionale, contravvenendo ad un fondamentale canone ermeneutico. Anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2016 cit., che pur –come detto- ribadisce la “*tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art. 134 c.p.a.*”, opera un parallelismo tra la fase esecutiva del giudizio sul silenzio ed il giudizio di ottemperanza, riconoscendo al commissario nominato nei due ambiti i medesimi poteri. Per la qualificazione in termini di giurisdizione estesa al merito dell'ottemperanza speciale prevista nel rito sul silenzio nella disciplina previgente al codice (art. 21-bis della legge TAR, introdotto dalla legge n. 205/2000) si veda G. Montedoro, *Ottemperanza speciale “contra silentium” ed ottemperanza anomala nel processo amministrativo*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 8/2001, 892-893: “*In materia di silenzio-rifiuto l'attività esecutiva sarà prevalente le quante volte il giudizio di condanna, per la natura del potere sindacato, vincolato in alcuni suoi aspetti, verterà sul contenuto dell'atto amministrativo rifiutato mentre, in presenza di un nucleo di discrezionalità rimasto non vagliato dal giudizio di condanna, solo successivamente, nella fase eventuale del processo successiva alla sentenza – nella quale, in presenza della perdurante inerzia dell'amministrazione, si può presentare un'istanza per la nomina del commissario ad acta – la cognizione del giudice amministrativo potrà dirsi pienamente estesa al merito ed il profilo cognitorio dell'attività potrà dirsi prevalente sul profilo esecutivo*”. L'autore, quindi qualifica come di merito la giurisdizione del giudice del silenzio ogni qual volta questi si sostituisca all'amministrazione, attraverso il commissario, nell'esercizio del potere discrezionale. “*La mancanza dell'atto di esercizio del potere in presenza della sentenza di condanna determina il trasferimento di competenza in capo all'organo straordinario nominato dal giudice e fonda la giurisdizione di merito integrativo-attuativa, anche nello spazio di valutazione del merito amministrativo....*”.

amministrazione e, in sostituzione di essa, del commissario *ad acta*<sup>38</sup>. Mentre, come riconosce pacificamente la giurisprudenza, l'attività del commissario nominato dal giudice del silenzio si sostanzia nella pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente e non ha nella pronuncia giudiziale alcun criterio direttivo e conformativo, limitandosi questa ad accertare l'obbligo di provvedere e l'inerzia ingiustificata dell'amministrazione medesima<sup>39</sup>.

Pertanto, quando è richiesta l'attività vincolata della pubblica amministrazione, il giudice, conoscendo della fondatezza della pretesa, imparte prima all'amministrazione e poi, persistendo l'inerzia della stessa, al commissario le prescrizioni da osservare nell'adozione del provvedimento, quando invece è in gioco la discrezionalità amministrativa il giudice si limiterebbe a nominare il commissario lasciandolo libero nelle sue determinazioni successive.

Alla cognizione minima corrisponderebbe la massima libertà di esplicazione dei poteri del commissario.

L'irragionevolezza di tale costruzione è -ad avviso dello scrivente- di tutta evidenza<sup>40</sup>.

#### **4. Natura di ausiliare del giudice del commissario *ad acta*, nominabile nel rito sul silenzio solo quando il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa.**

Se così è, gli atti del commissario sono sempre espressione della giurisdizione del giudice ed il commissario è lo strumento con il quale il giudice si sostituisce all'amministrazione.

Corollario di ciò è che nel rito sul silenzio il giudice possa sostituirsi all'amministrazione, nominando il commissario *ad acta*, solo per atti vincolati o

---

38 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. N. 2/2013 cit.: *“l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa”*.

39 *Ex multis*, Cons. Stato Sez. VI, n. 567/2016 cit..

40 Cfr. per analoghe considerazioni, ancorché riferite al regime previgente il codice ed al rapporto tra fase esecutiva del giudizio sul silenzio ed esecuzione dell'ordinanza cautelare, G. Greco, *L'art. 2, della l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1, il quale rileva che *“nel caso dell'art. 2, poiché la nomina del Commissario ad acta non è accompagnata da alcuna altra precisazione da parte del Giudice, è chiaro che le modalità, i contenuti, e – quanto meno – i criteri del provvedere devono essere già stati precisati nella sentenza che conclude il giudizio di cognizione. Diversamente opinando, si relegherebbe il giudizio ex art. 2 ad un ruolo cognitorio e decisorio più riduttivo dello stesso giudizio cautelare: il che non è giustificabile sotto nessun punto di vista”*.

qualora risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Tale è infatti l'ambito di cognizione del giudice del silenzio, come definito dall'art. 31 comma 3, del codice<sup>41</sup>.

Con la norma citata il Legislatore ha codificato l'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971, e rimasto prevalente anche dopo le innovazioni introdotte dall'art. 3, comma 6-*bis*, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80. A mente di tale ultima norma il giudice adito con ricorso avverso il silenzio inadempimento poteva conoscere della fondatezza dell'istanza. Il Legislatore non aveva specificato i caratteri dell'attività amministrativa richiesta, se vincolata o discrezionale. La giurisprudenza assolutamente prevalente ha però limitato l'ambito dell'accertamento del giudice all'attività vincolata dell'amministrazione, affermando che diversamente si finirebbe per ammettere una completa sostituzione del giudice alla p.a., in contrasto sia con i principi generali riguardanti i poteri del giudice amministrativo, sia con la natura semplificata del giudizio sul silenzio e della decisione che deve definirlo e che essere succintamente motivata<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup>Cfr. E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 13-14. L'illustre Autore, argomentando sulla base delle norme immediatamente previgenti al codice aveva prospettato la possibilità, nel giudizio sul silenzio, di "un esame della fondatezza della pretesa anche con riferimento a procedimenti connotati da istruttoria complessa e valutazioni discrezionali", anche in ragione della considerazione che altrimenti vi sarebbe stato, nel giudizio sul silenzio, la rottura di uno "schema generale del processo amministrativo" basato sull'identità di poteri tra giudice che nomina il commissario *ad acta* e quest'ultimo (ottemperanza di giudicato, esecuzione di sentenze, esecuzione di misure cautelari) qualora al giudice adito *contra silentium* si riconoscesse, a fronte di poteri discrezionali o tecnico-discrezionali, il solo potere di ordinare all'amministrazione di provvedere, mentre il commissario risulterebbe investito del potere di sostituirsi *in toto* all'amministrazione inadempiente, esercitando tutti i relativi poteri, comprensivi degli apprezzamenti riconducibili al merito amministrativo.

<sup>42</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5843; TAR Lazio, Sez. I *ter*, 12 maggio 2010, n. 10900; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 settembre 2008, n. 10204; TAR Veneto, Venezia, Sez. III, 21 agosto 2008, n. 2573; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 4 giugno 2008, n. 5490. E' questo un orientamento che origina dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 10 marzo 1978, n. 10, la quale ha innovato rispetto all'insegnamento tradizionale secondo cui l'esame del giudice del silenzio avrebbe dovuto consistere soltanto nell'accertare, calendario alla mano, l'esistenza di un obbligo dell'Amministrazione di provvedere e l'inosservanza ingiustificata di tale obbligo da parte della stessa. L'impostazione dell'Adunanza Plenaria ha avuto una battuta di arresto con la sentenza della stessa Adunanza Plenaria 9 gennaio 2002, n. 1, che ha interpretato restrittivamente l'art. 21-*bis*, introdotto nel corpo della legge sui TAR dall'art. 2 L. n. 205/2000. L'orientamento in questione ha ripreso vigore, affermandosi come prevalente, dopo le innovazioni portate dall'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 35/2005, convertito in legge n. 80/2005, che pur hanno assegnato alla cognizione del giudice del silenzio la

Si può quindi concludere affermando che, in ipotesi in cui residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione, il giudice amministrativo adito con il ricorso avverso il silenzio dovrebbe limitarsi ad accertare l'esistenza dell'obbligo di provvedere e la mancanza di giustificazioni per l'inerzia dell'amministrazione e ordinare alla stessa di provvedere entro un termine, ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett. b). Sarà poi il giudice dell'ottemperanza adito con nuovo ricorso, nel caso persista l'inerzia dell'amministrazione, a dare attuazione alla sentenza (anche di primo grado, non sospesa) del giudice del silenzio, potendo conoscere nel merito la fondatezza dell'istanza e sostituirsi all'amministrazione nominando, nel caso, un commissario *ad acta*<sup>43</sup>.

---

conoscenza della fondatezza dell'istanza, senza distinguere tra il carattere vincolato o discrezionale dell'attività di competenza dell'amministrazione inerte. Non sono mancate, comunque, in questa fase, pronunce favorevoli ad allargare l'accertamento giudiziale anche in caso di attività discrezionale (Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2006, n. 1332) o, addirittura, a riconoscere in materia la sussistenza della giurisdizione di merito (C.g.a.r.S., 10 maggio 2007, n. 364; id. 4 novembre 2005, n. 726).

<sup>43</sup> Sembra arrivi alla stessa conclusione A. De Roberto, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Roma, 2015, 74---75. L'Autore, qualifica il giudizio sul silenzio "strumento per assicurare all'interessato una sentenza di accertamento dell'obbligo pubblicistico rimasto inadempito: un accertamento dell'inadempienza proteso verso l'esecuzione, comportante – ove l'adempimento resti inesequito – l'adozione, in sede di esecuzione, del provvedimento da adottare. Una pronuncia, quella resa dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza del silenzio---rifiuto, caratterizzata da un diverso contenuto a seconda che l'atto da adottare sia in toto vincolato o abbia ad oggetto un provvedimento in relazione al quale l'obbligo dell'Amministrazione è solo quello di pronunciare, restando rimesso alle valutazioni discrezionali dell'autorità amministrativa il contenuto da assegnare al provvedimento. Mentre nella prima ipotesi l'atto vincolato non potrà che essere – come prevede l'ordinamento – un atto favorevole all'interessato, nei casi in cui sussista, invece, obbligo di pronuncia con discrezionalità nei contenuti, il giudice amministrativo dovrà limitarsi a sancire l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, restando salva la potestà di quest'ultima di definire, nell'esercizio di poteri discrezionali, il contenuto dell'atto da emanare. Sia nella prima che nella seconda ipotesi, se l'Amministrazione non proceda spontaneamente all'adempimento della sentenza, vi provvederà, ad istanza di parte, il giudice dell'ottemperanza con l'ausilio del commissario *ad acta*. Nel caso di atto vincolato sarà adottata la determinazione favorevole disposta dalla sentenza; nell'ipotesi di atto discrezionale nei contenuti, sarà assunto dal giudice (con l'ausilio del commissario *ad acta*) il provvedimento, favorevole o sfavorevole, imposto dalle circostanze". Non è chiaro,

invero, se l'illustre Autore parli di giudizio di ottemperanza riferendosi alla fase esecutiva del giudizio sul silenzio, nel qual caso –contrariamente alla tesi prospettata dallo scrivente-- andrebbe annoverato tra gli studiosi che ritengono tale rito esteso al merito. Farebbe propendere per tale interpretazione la circostanza che nel testo viene qualificata come ottemperanza anche l'adozione dal parte del commissario del provvedimento vincolato (ipotesi che dovrebbe normalmente verificarsi –sussistendo l'istanza della parte interessata--- nella fase esecutiva del giudizio sul silenzio). Sennonché,

lo stesso Autore, nel trattare la giurisdizione di merito, oltre a ricordare che l'art. 7, comma 6, c.p.a. precisa che la giurisdizione "con cognizione estesa al merito" può operare solo nelle controversie indicate dalla legge e nell'art. 134, indica come esempio di

Discorso a parte va fatto per il caso in cui siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Se la norma venisse sul punto interpretata secondo il dato meramente letterale, mancando normalmente, quando l'amministrazione è inerte, ogni (o comunque parte della) attività istruttoria, il giudizio sul silenzio non potrebbe garantire una soddisfazione piena dell'interesse fatto valere neanche in ipotesi di attività vincolata dell'amministrazione. Sarebbero, in buona sostanza, rarissimi i casi in cui, con un unico giudizio, si potrebbe ottenere l'accertamento della fondatezza della pretesa, la condanna al rilascio del provvedimento e la sostituzione dell'amministrazione per il tramite del commissario *ad acta*, persistendo l'organo competente nell'inerzia<sup>44</sup>.

La norma va invece interpretata, con autorevole dottrina<sup>45</sup>, distinguendo tra valutazioni tecniche e meri accertamenti. Mentre le prime richiedono un giudizio rimesso all'amministrazione, non sostituibile, i secondi si risolvono in accertamenti di c.d. fatti semplici, suscumbibili nell'alternativa secca: esistenza – insussistenza; fatti documentabili dal privato con certificazioni o dichiarazioni sostitutive. Quando, quindi, residuino adempimenti istruttori che, però, si risolvano in meri accertamenti, il giudice potrà conoscere della fondatezza della pretesa e conseguentemente condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento, nominando un commissario che si sostituisca alla stessa, qualora persista nell'inerzia oltre il termine fissato<sup>46</sup>.

---

adozione da parte del giudice dell'ottemperanza di atti discrezionali il caso dei “*giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto sentenze che dichiarano l'illegittimità del c.d. silenzio rifiuto*”, cfr. op. cit. 16---17.

44 Ciò potrebbe avvenire solo nelle ipotesi in cui, compiuta l'istruttoria, manchi solo l'adozione del provvedimento vincolato.

45 M.A. Sandulli, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, cit., 4.

46 Sul punto la dottrina prevalente ritiene che il codice non abbia innovato rispetto alla disciplina previgente portata dall'art. 3, comma 6–*bis*, d.l. n. 35/2005, così come interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria, la quale ha ritenuto che la conoscenza della fondatezza della pretesa da parte del giudice del silenzio fosse preclusa solo (oltre che dalla discrezionalità amministrativa) dall'apprezzamento di *fatti complessi*. Cfr. in questo senso: N. Paolantonio, *I riti speciali*, in F.G. Scoca (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 529; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 216; V. Lopilato, *Articolo 31 - Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit. 383-384. *Contra*, L. Bertozzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit. 960-964, il quale ritiene che sia precluso al giudice del silenzio anche l'accertamento di fatti semplici. L'Autore argomenta che “*l'art. 31, comma 3, del Codice è disposizione di stretta interpretazione, sia perché contiene l'avverbio “solo” (significativo della volontà legislativa di circoscrivere il potere giudiziale in questione entro i limiti rigorosamente individuati), sia perché va letta in connessione sistematica con l'art. 34, comma 2, del Codice, ove si legge che “in nessun caso il giudice può pronunciare con*

## 5. Giudizio sul silenzio ed effettività della tutela.

E' evidente che, stante il regime ancora vigente della segnalazione certificata di inizio attività e del silenzio-assenso (artt. 19 e 20 L. n. 241/1990)<sup>47</sup>, le ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione abbia natura vincolata, e ciò nonostante vi sia necessità di autorizzazione espressa della stessa, sono assolutamente marginali<sup>48</sup>. In particolare, la

---

riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". *L'art. 31, comma 3. Cit. reca bensì una deroga all'art. 34, comma 2, cit.: ma proprio per questo necessita di un'interpretazione strettamente letterale, aliena da malcerte e problematiche velleità estensive*". M. Occhiena – F. Fracchia, Commento all'art. 31 in R. Garofoli – G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit. 527-528, colgono il profilo problematico rappresentato, sul punto, dalla lettera del nuovo art 31, ma avvertono "*la necessità di uno sforzo interpretativo per rendere compatibile la limitazione*", disposta dal Codice al potere giudiziale di cognizione della fondatezza della pretesa del ricorrente, con l'indirizzo giurisprudenziale precedente, ritenuto preferibile in una prospettiva di maggiore "*effettività della tutela*".

47 L'art. 5, Legge 7 agosto 2015, n. 125, ha molto opportunamente delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 L. n. 241/1990, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Sui profili problematici dell'istituto del silenzio-assenso si veda M.A. Sandulli, *Le novità in tema di silenzio*, Libro dell'anno di diritto 2014, in *Treccani.it*. L'Autrice ha evidenziato che tale istituto, nato come strumento di semplificazione, "*si è però, ben presto rivelato un'arma a doppio taglio, che finisce col riversare sull'istante la responsabilità della verifica dell'effettiva sussistenza dei presupposti per l'effettiva formazione del titolo, viepiù grave a fronte di un contesto normativo e giurisprudenziale tutt'altro che chiaro ed univoco*". Cfr. anche A. Travi *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n.5/2016, "*L'adozione di formule generali, anziché di elenchi tassativi, avrebbe dovuto comportare il capovolgimento di certe logiche che caratterizzavano i processi decisionali delle amministrazioni; in realtà non è stato così. Fra l'altro in vari casi alle formule generali utilizzate per definire la portata degli istituti di semplificazione sono corrisposte altrettante formule generali per individuare le relative deroghe, e ciò, come d'altronde era prevedibile, ha subito determinato margini concreti di incertezza sul regime applicabile*". L'Autore evidenzia, però, anche i limiti del ricorso agli elenchi, i quali "*costituiscono sempre il risultato di operazioni di selezione rispetto alla quale gli argomenti tecnici finiscono inevitabilmente per cedere a quelli politici*". Si veda anche, da ultimo, G. Vesperini, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2016, 153 e ss.

48 Cfr. A. Cariola, *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, intervento svolto al Convegno di Catania, 11-12 novembre 2005, su "*Le nuove regole dell'azione amministrativa*" in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): "*l'idea che il giudice possa indicare all'amministrazione l'atto da adottare – o addirittura adottarlo direttamente – solo nei casi di attività vincolata è prossima alla tesi che, in generale, lo strumento dell'art. 21-bis sia adoperabile in vicende tutto sommato ai confini dell'attività amministrativa, laddove, appunto, la legge prescrive pressoché per intero caratteristiche e modalità del potere pubblico da esercitare e dove, di conseguenza, risulta di fatto vanificata l'intermediazione di quest'ultimo al fine di assicurare tutela alla situazione giuridica soggettiva*".

generalizzazione del silenzio-assenso operata dall'art. 20 della L. n. 241 del 1990, lascerebbe spazio al silenzio non significativo solo nelle ipotesi indicate dal quarto comma dello stesso articolo, per le quali il principio fissato dal primo comma non trova applicazione: cioè nelle materie c.d. sensibili, generalmente caratterizzate da alto tasso di discrezionalità soprattutto tecnica<sup>49</sup>.

Conseguentemente solo in ipotesi assai limitate il giudizio sul silenzio si svilupperebbe nelle fasi di cognizione, di condanna e di esecuzione, garantendo piena tutela all'interesse fatto valere<sup>50</sup>. Ciò potrà avvenire quando la discrezionalità in capo all'amministrazione, pur esistente in astratto, sia in concreto esaurita, essendosi compiuta l'istruttoria (acquisite valutazioni e pareri) di modo che non residui margine di discrezionalità ai fini della decisione finale<sup>51</sup>. Normalmente, invece, il giudizio si

---

49 Per la compatibilità con l'ordinamento interno e comunitario, oltre che con lo stesso art. 20 cit., delle ipotesi di silenzio-assenso eccezionalmente previste dal Legislatore in procedimenti relativi a materie sensibili, ma a basso contenuto di discrezionalità, sia consentito rinviare a F. Scalia, *Rimessione all'Adunanza del contrasto giurisprudenziale sull'attuale vigenza del silenzio assenso sull'istanza di nulla osta dell'Ente Parco*, in *Giustamm.it* n. 3 del 2016; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*", in *Urbanistica ed appalti*, n. 1/2016, 11 e ss..

50 Questa constatazione, unita alla considerazione che la generalizzazione del silenzio assenso è stata introdotta con la stessa legge (la n. 80/2005) che ha ridefinito il rito del silenzio disponendo che il giudice conosce della fondatezza della pretesa, ha rappresentato uno degli argomenti che hanno convinto E. Sticchi Damiani a rivedere il proprio precedente avviso (espresso in E. Sticchi Damiani, *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 3365 e ss.) e a sostenere l'ipotesi di un giudizio sul silenzio "potenzialmente inclusivo di un accertamento della fondatezza dell'istanza che involga anche provvedimenti discrezionali o provvedimenti vincolati subordinati ad un'istruttoria complessa". E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit., 4-9.

51 Sulla c.d. discrezionalità esaurita si veda V. Lopilato, *Articolo 31 - Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, cit., 412 "tra di due poli del provvedimento interamente vincolato e interamente discrezionale spesso si collocano attività che partecipano, in vario modo, per la complessità dei procedimenti, di entrambe le caratterizzazioni che connotano l'azione della p.a.. Se, in ipotesi, l'amministrazione procedente ha già esercitato le scelte discrezionali (e ciò risulta formalmente, ad esempio, dal contenuto di un atto istruttorio) deve essere consentito al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa". Cfr. anche V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 482-483; A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 240 e ss.; Id, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1499 e ss., secondo cui "si introduce così nel nostro ordinamento il concetto, caro alla giurisprudenza tedesca, del Ermessensreduzierung auf Null, cioè l'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative nel caso concreto (cd. 'discrezionalità esaurita')"; per la nozione di discrezionalità esaurita nella giurisprudenza tedesca si veda: C. Fraenke-Haeberle, *Il silenzio dell'amministrazione: echi d'oltralpe*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1055. In giurisprudenza si veda TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428: "anche una attività in limine

concluderebbe semplicemente con l'ordine all'amministrazione di provvedere entro un termine.

Questa constatazione porta a chiedersi se la ricostruzione dell'istituto che si è sopra operata sia compatibile con la garanzia costituzionale<sup>52</sup> ed europea<sup>53</sup> dell'effettività della tutela giurisdizionale del giudice amministrativo, consacrata dal primo articolo del codice.

---

*litis connotata da discrezionalità (può), a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del giudice, oramai 'segnata' nel suo sviluppo".*

52 Artt. 24 e 103 Cost.; cfr. Corte Cost. 11 maggio 2006, n. 191: “l'art. 24 (...) esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e resa in tempi ragionevoli”; Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204: “l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare”; Corte Cost. 1 aprile 1982, n. 63 “effettività della tutela giurisdizionale (...) vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione”. Cfr. in dottrina, A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011, Milano 2013, 7: “l'art. 24 della Costituzione, con il richiamo paritario ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi, sottolinea che la distinzione fra le situazioni soggettive non può giustificare una tutela di per sé insufficiente e l'art. 24 costituisce la chiave di volta per leggere poi gli artt. 102, 103 e 113 Cost., sulla giurisdizione”.

53 Artt. 6 e 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ed art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Inoltre, l'art. 19, comma 1, secondo paragrafo, del Trattato sull'Unione Europea dispone che “Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”. Si veda, sul tema, E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in A. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014, Napoli, 2014, 183 e ss.. Per la giurisprudenza, in particolare, si veda Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220: “I principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, direttamente applicabili nel sistema nazionale, impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio ‘The domestic remedies must be effective.’”; Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755: “Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli artt. 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal Codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale. (...) In applicazione del principio sancito dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo (sulla 'tutela piena ed effettiva'), il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale”.



Il tema dell'effettività della giurisdizione amministrativa ha impegnato la migliore dottrina, protesa ad estendere al processo amministrativo il principio enunciato da Chiovenda circa la necessità che il giudizio assicuri “*a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*”<sup>54</sup>.

Non è questa la sede per dar conto dell'evoluzione della dottrina sul tema<sup>55</sup>, se non – senza alcuna pretesa di esaustività – per le sue declinazioni con riguardo al giudizio sul silenzio. Si deve però evidenziare, nel citare alcuni dei testi fondamentali di questo percorso<sup>56</sup>, come sia stata proprio la forza e la profondità degli argomenti

---

54 G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 81. Si veda anche, Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 33: “*La funzione pubblica che si svolge nel processo consiste nella attuazione della volontà concreta della legge, relativamente ad un bene della vita che l'attore pretende da questa volontà garantita. Compito degli organi giurisdizionali è di affermare e attuare quella volontà di legge che essi ritengono esistente come volontà concreta, dati i fatti che essi considerano come esistenti*”.

55 Si veda per un'ampia trattazione del tema, con ricchezza di richiami della dottrina e giurisprudenza, G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione ed ottemperanza*, Napoli, 2013.

56 A.M. Sandulli, *Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto*, in *Stato sociale*, 1960, I, 3; P. Piovani, *Effettività (principio di)*, in *Enc. Dir.* Milano, Vol. XIV, 1965, 420 e ss.; M.S. Giannini e A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.* Milano, Vol. XIX, 229 e ss.; E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)*, in E. Capaccioli, *Diritto e processo – Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 465 ss.; M. Nigro, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 1978, 249 e ss.; G. Roehrsen, *I problemi della giustizia amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1980, II, 629 e ss.; M. Nigro, *E' ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.* 1983, V, 249 e ss.; S. Cassese, *Le ingiustizie della giustizia italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 422 e ss.; M. Nigro, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.* 1985, V, 121 e ss.; F. Merusi e G. Sanviti, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, 421 e ss.; A.M. Sandulli, *La giustizia nell'Amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Napoli, vol. V, 1990; *ibidem*, dello stesso Autore: *Problemi della giustizia amministrativa in Italia prima e dopo le leggi di riforma del 1971*, 611 e ss. e *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, 1073 e ss.; G. Greco, *L'effettività della giustizia italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, 797 e ss.; G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 989 e ss.; M. Protto, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, Milano 1997; M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali ed influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 499 e ss.; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze delle giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 e ss.; F. Patroni Griffi, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in G. Paleologo (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998, 285 e ss.; E.M. Barbieri, *La giustizia amministrativa sulla via dell'effettività*, in *Foro amm.*, 2000, 1551; G. Paleologo, *Il giudizio amministrativo oggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 621 e ss.; F. Cintioli, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 58 e ss.; D. De Pretis, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 683 e ss.; F. Satta, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Milano, vol. VI, aggiorn.

posti da tale dottrina, tradotti dal giudice costituzionale ed amministrativo<sup>57</sup> in principi del processo, ad aver fissato regole poi recepite nel codice del processo amministrativo<sup>58</sup>.

La dottrina che si è cimentata sul giudizio sul silenzio, prima ancora che l'art. 2 della legge n. 205/2000 ne disciplinasse il rito, introducendo nella legge n. 1034/1971 l'art. 21-bis, ha ritenuto in larga prevalenza, in ragione del principio di effettività, nonché di economia dei mezzi processuali, che il giudice amministrativo fosse chiamato non solo a pronunciarsi sull'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, quanto anche, sia pure nel solo caso di atti vincolati, a verificare la fondatezza della pretesa e definire il contenuto del provvedimento che avrebbe

---

2002; F. Cintioli, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2779 e ss.; M.A. Sandulli, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parlamentare*, 2003, 128; M.E. Schinaia, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'amministrazione*, in *Foro amm.- CdS*, 2003, 3465 e ss.; G. Romeo, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 e ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano 2005; P. De Lise, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme*, in *Giustamm.it*, 2006; A. Pajno, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Giorn. Amm.* 2006, 456 e ss.; M.A. Sandulli, relazione tenuta presso la sede del Consiglio di Stato nel maggio 2008 per la presentazione del Manuale di giustizia amministrativa di F. Caringella, R. De Nictolis, R. Giovagnoli e V. Poli, ora in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2013, Vol. I, 16 e ss.; M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *federalismi .it* n. 18/2010; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit..

57 Sul ruolo avuto dalla giurisprudenza "pretoria" nel colmare le numerose lacune del sistema legislativo previgente al codice si veda: F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 27-29. Più in generale, sull'evoluzione del processo amministrativo determinata dalla giurisprudenza si veda E. Follieri, *Gli effetti retroattivi del principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato tra certezza del giudicato e effettività dell'ordinamento giuridico*, Relazione tenuta al Convegno sui Profili evolutivi della giustizia amministrativa, svoltosi il 14 aprile 2015 presso l'Università degli Studi dell'Aquila.

58 Per quanto, in uno dei primi commenti al ddl sul processo amministrativo si è affermato che in esso vi è un "notevole arretramento" sul piano delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Cfr. G. Verde, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 800. In tale sede l'Autore rilevava criticamente "che continua ad occhieggiare il principio della separazione dei poteri, che, nel rapporto fra giudice amministrativo e Amministrazione, non ha ragione di essere affermato, vuoi perché il giudice ha da sempre avuto anche la possibilità di sostituirsi all'Amministrazione (nell'area della giurisdizione di merito), vuoi perché oramai, e dopo che la Consulta nel 2006 ha dato sepoltura all'art. 103, comma 2, Cost., il giudice amministrativo non è più giudice dell'Amministrazione, ma è giudice nell'Amministrazione"; op. ult. cit., 799.

dovuto essere adottato<sup>59</sup>. Peraltro, non è mancato chi, traendo spunto dagli sviluppi intervenuti in tema di risarcibilità dei danni da lesione di interesse legittimo e di risarcimento in forma specifica, ha ritenuto che fosse consentito il sindacato giurisdizionale sulla spettanza del bene della vita anche quando il provvedimento amministrativo richiesto fosse espressione di discrezionalità amministrativa<sup>60</sup>.

Successivamente alla modifica introdotta dall'art. 2 della legge n. 80/2005<sup>61</sup> dell'art. 2 L. n. 241 del 1990, con la previsione del potere del giudice di conoscere della fondatezza dell'istanza (senza altra specificazione) nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 21-*bis*, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, la dottrina si è divisa tra chi ha continuato a ritenere tale giudizio limitato all'attività vincolata dell'amministrazione<sup>62</sup> e chi, invece, ha ricompreso nello stesso anche l'azione discrezionale<sup>63</sup>.

---

59 Cfr. E. Cannada Bartoli, *Inerzia a provvedere della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro padano*, 1956, n. 2; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 26 e ss.; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1 e ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981, 23 e ss.; Id, *Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1984, III, 137 e ss.; G. Sala, *Oggetto del giudizio e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 147 e ss.; G. Abbamonte, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 20 e ss.; E. Follieri, *Silenzio della P.A. e tutela degli interessi diretti all'acquisizione di un vantaggio (c.d. interessi pretensivi)*, in *Foro amm.*, 1987, I, 2195 e ss.; V. Todaro, *Spunti innovativi in materia di tutela contro il silenzio*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 552-553; M.A. Sandulli, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. Civ.*, 1994, II, 485; F.G. Scoca e M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 451.

60 Cfr. L.V. Moscarini, *Risarcibilità da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 803 e ss.

61 Di conversione in legge dell'art. 3, comma 6-*bis*, D.L. 14 marzo 2005, n. 35.

62 R. De Nictolis, *I riti speciali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1151; G. Virga, *La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della P.A.*, in *Lexitalia.it.*, n. 2/2006; C. Nassis, *Il silenzio della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: lineamenti evolutivi*, in *Giustamm.it.*, 2006; R. Giovagnoli, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2004*, Milano, 2005.

63 E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale* cit., 1 e ss.. L'Autore, però, non ritiene che il giudizio del giudice del silenzio sulla fondatezza della pretesa in ipotesi in cui il provvedimento richiesto abbia carattere discrezionale integri un'ipotesi di giurisdizione di merito: "quale che sia la natura, discrezionale o vincolata, del provvedimento richiesto all'amministrazione inerte, al giudice è attribuito il ruolo di giudice della legittimità del provvedimento stesso, inteso come provvedimento virtuale, all'amministrazione è attribuito l'obbligo di conformarsi a tale giudizio di legittimità salvo l'esercizio di un residuo potere di merito, al commissario sono espressamente attribuiti gli stessi poteri originariamente previsti in capo all'amministrazione persistentemente inerte". Op.ult.cit. 21. A. Cariola, *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali* cit.: "Appare naturale riconoscere che, mentre nei confronti dell'attività posta in essere da organi di estrazione politica, può correttamente limitarsi il sindacato giurisdizionale (sia per

Anche dopo l'avvento del codice, con la limitazione dell'ambito oggettivo del giudizio sul silenzio in esso definita, parte della dottrina ritiene che una lettura costituzionalmente orientata della norma porti ad estendere la cognizione del giudice anche al potere discrezionale non esercitato e a qualificare l'intervento del commissario *ad acta* nominato dal giudice come pieno ed esteso al merito<sup>64</sup>.

Si sostiene, in particolare, che essendo la tutela del silenzio non più un giudizio speciale, come nella legge TAR, ma oggetto della giurisdizione amministrativa (art. 7), le limitazioni imposte dall'art. 31 c.p.a. colliderebbero con l'art. 113 Cost., a mente del quale la giurisdizione non può essere “*esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*”. A questo si aggiungerebbe un problema di compatibilità con il principio di effettività e completezza della tutela giurisdizionale, il quale deve riguardare anche il silenzio. Su tali presupposti, la dottrina citata offre una ricostruzione dell'art. 31 c.p.a. in ragione della quale il giudice amministrativo potrebbe sostituirsi all'amministrazione inerte con una sorta di “*anticipazione*”: “*il giudice anticipa il provvedimento che l'amministrazione ha ommesso di adottare, ma non determina il contenuto e il come, non invade la scelta di merito. Però assorbe l'an*”. L'ordine di provvedere sarebbe dotato di un vincolo conformativo, senza però assorbire il potere amministrativo di valutare il merito, “*giacché l'amministrazione ha il potere di riprovedere sull'affare in modo diverso, ma con un vincolo di motivazione che verterà sul distacco dal vincolo delineato dal giudice*”. Vi sarebbe nel rapporto tra giurisdizione ed amministrazione, non una riserva, bensì “*una preferenza di amministrazione*”. Questa anticipazione “*o giudizio di fondatezza dovrebbe però avere portata generale e quindi riguardare tutti i procedimenti: a iniziativa di parte e d'ufficio; tutte le situazioni giuridiche del*

---

*la diversa forma di responsabilità cui soggiacciono gli stessi soggetti, sia) al fine di evitare la politicizzazione della giurisdizione, nei confronti degli atti e dei comportamenti adottati dall'organizzazione burocratica il controllo del giudice può farsi assai più penetrante, se non altro perché si tratta in ogni caso di assicurare l'osservanza della legge e di recuperare la 'comune' sottoposizione di giurisdizione e amministrazione al parametro di legittimità, che non a caso già H. Kelsen ricomprendeva della legis executio a fronte della legislatio*”. Si veda anche A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 216.

64 Cfr. A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 170-173. Cfr. anche: A. Police, *Spigolature in tema di giurisdizione di merito e di giurisdizione piena del giudice amministrativo nel contesto europeo*, in P. Portaluri (a cura di) *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, cit., 219; G. Montedoro, *Diritti fondamentali e sindacato di merito*, *ibidem*, 207 e ss.; V. Lopilato, *Art. 117 - Ricorsi avverso il silenzio*, in F. Caringella – M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., 1143.

*soggetto – diritti o interessi; e soprattutto riguardare anche i procedimenti in cui siano aperti i margini discrezionali nel come e negli adempimenti istruttori. Quest’ultima estensione è sì in contraddizione con la disposizione dell’art. 31, comma 2, ma è il risultato della lettura adeguatrice, per assicurare la legittimità della norma”.* Infine l’intervento posteriore del commissario *ad acta* sarebbe esteso al merito e pieno<sup>65</sup>.

Questa ipotesi ricostruttiva appare, però, non solo –come riconosciuto dallo stesso Autore- in aperta contraddizione con la lettera della norma, ma anche non giustificata da una lettura costituzionalmente orientata della disciplina sul silenzio in funzione dell’effettività della tutela accordata.

Vero è che il codice del processo amministrativo favorisce la concentrazione della tutela disponendo che *“Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”* (art. 7, comma 7 c.p.a.). Ciò, in particolare, si sostanzia nell’attribuzione al giudice della cognizione del potere di adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.) e di nomina di un commissario *ad acta* con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza (art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a.). Tanto che in dottrina si è rilevato il sostanziale superamento della teoria del giudicato a formazione progressiva, strutturato in un percorso necessariamente bifasico (giudizio di cognizione – giudizio di ottemperanza), ad opera di una possibile anticipazione al giudizio di cognizione di

---

65 A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nella legge sull’azione amministrativa* cit., 170-171. Si veda anche, per il possibile superamento ad opera della giurisprudenza dei limiti posti dall’art. 31, comma 3, c.p.a., E. Follieri, *Le azioni di condanna*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 195. L’Autore ritiene che le condizioni poste dall’art. 31, comma 3, c.p.a. all’azione di adempimento non siano *“del tutto in linea con il sistema processuale e, soprattutto, con la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo formatasi sull’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e che richiede la full jurisdiction nel processo amministrativo per compensare la mancanza di garanzie nel procedimento amministrativo (...). L’art. 6 Cedu e la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo si applicano nel nostro ordinamento quale norma costituzionale interposta ai sensi dell’art. 117, comma 1, della Costituzione, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in attesa che entrino a far parte del diritto comunitario a seguito dell’adeguamento al trattato europeo di Lisbona”*. Conclude, quindi, l’Autore sul punto: *“E’ un’apertura verso l’azione di adempimento e la giurisprudenza potrà farle acquisire una matura e più efficiente configurazione, riducendo i limiti stabiliti dalla legge con interpretazione volta a rendere più effettiva la tutela degli interessi legittimi pretensivi”*.

statuizioni soddisfattive (conformative ed esecutive) tradizionalmente proprie della fase dell'ottemperanza<sup>66</sup>.

Significativa in questa direzione è la disciplina del giudizio cautelare, con l'attribuzione al giudice di cognizione del potere di emanare le misure che appaiano, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 55) e di disporre le opportune misure attuative, quando i provvedimenti cautelari non siano eseguiti (art. 59)<sup>67</sup>.

In questo senso si pone l'attribuzione al giudice amministrativo di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica<sup>68</sup>.

Ma probabilmente l'ipotesi più avanzata di attrazione nella giurisdizione di legittimità di poteri e statuizioni tradizionalmente ritenuti propri della giurisdizione di merito è rappresentata dalla soluzione che il codice ha delineato per l'annosa contrastata questione della sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Invero, gli artt. 121 e 122 c.p.a. prevedono due distinte possibilità

---

66 Cfr. M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, in federalismi .it* n. 18/2010: "il principio di effettività delineato dal legislatore offre importanti argomenti per verificare l'attuale spazio operativo della teoria del giudicato a formazione progressiva, nella parte in cui impoverisce la decisione di cognizione. Ora, di regola, è la sede di cognizione che può e deve contemplare, in modo esaustivo, l'insieme delle determinazioni necessarie per soddisfare la pretesa della parte vittoriosa" (pag. 23).

67 Si è osservato in dottrina che, in ragione dell'evoluzione conosciuta, la tutela cautelare può quasi considerarsi un caso legislativamente non previsto di giurisdizione di merito, avendo progressivamente acquisito i caratteri tipici di tale giurisdizione e la capacità di operare in sostituzione dell'amministrazione. Cfr. A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 2499. Si veda anche M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1137, e ss., ove si rileva come il "legame tra cautela e merito non soltanto non incide sulla progressiva evoluzione della tutela cautelare da mera sospensione interinale dell'efficacia del provvedimento impugnato a strumento atipico di salvaguardia immediata delle posizioni soggettive con effetti anticipatori della decisione di merito ma ne è, in un certo senso, la necessaria conseguenza (...) proprio la possibilità che, in una fase di cognizione sommaria, il giudice abbia anche un potere conformativo (come avviene con la tecnica del remand) e che l'amministrazione abbia l'obbligo di adeguarsi alle relative statuizioni ... rende oltremodo opportuno uno stretto legame con il giudizio di merito".

68 Già prima del codice, l'Adunanza Plenaria rilevava che "Nella giurisdizione amministrativa, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce, infatti, una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio che ne completa i poteri, in armonia con l'art. 24 Cost., concentrando l'intera protezione del cittadino in un unico giudice, idoneo ad offrire la piena tutela oltre agli interessi legittimi, anche ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti se coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa (Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140)". Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2008, n. 9.

di intervento del giudice di legittimità sull'efficacia del contratto che sia stato sottoscritto dall'amministrazione con chi sia poi risultato, in giudizio, illegittimamente aggiudicatario della gara. Nella prima ipotesi (aggiudicazioni avvenute senza previa pubblicazione di un bando od avviso di gara e contratti stipulati senza il rispetto della clausola del c.d. *stand still*) il giudice dovrà – salvo che non ricorrano esigenze imperative connesse ad un interesse generale – dichiarare l'inefficacia del contratto (art. 121); nella seconda ipotesi (ovvero nei casi di annullamento dell'aggiudicazione per motivi diversi da quelli indicati dall'art. 121), il giudice *potrà* dichiarare l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto però, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto. Un'ampiezza di apprezzamento tale da indurre parte della dottrina ad individuare in detta ipotesi un caso di giurisdizione di merito attribuita al giudice amministrativo<sup>69</sup>; mentre altra dottrina<sup>70</sup>, correttamente l'ha ricompresa nell'ambito della giurisdizione di legittimità, anche –ma non solo<sup>71</sup>– per la considerazione che, come conferma l'art. 7, comma 6, c.p.a., “*i casi di giurisdizione di merito hanno carattere tassativo e coincidono, pertanto, con le sole ipotesi indicate dalla legge*”<sup>72</sup>.

---

69 Cfr. E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 240 e ss.; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. n. 53/2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); R. Caponigro, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in.

70 D. Vaiano, *Sindacato di legittimità e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, cit. 31 e ss.; F. Saitta, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

71 Lo stesso parere reso sul punto dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nominata al fine di valutare le prime bozze dei decreti delegati recanti il codice del processo amministrativo, precisava che non dovesse confondersi il piano delle valutazioni di opportunità e di convenienza amministrativa con quello delle valutazioni giuridiche che vengono rimesse al giudice al fine di garantire la legalità dell'azione amministrativa, chiarendo che “*la scelta demandata in questi casi al giudice non costituisce l'esercizio di un potere di merito ma l'esito di una valutazione effettuata in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore*”.

72 D. Vaiano, *Sindacato di legittimità e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, cit., 37. Si veda, per un'applicazione in termini generali dei principi posti dagli artt. 121 e 122 c.p.a. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755: “*dagli artt. 121 e 122 del Codice emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria*

Sennonché, lo stesso codice è perentorio nel limitare l'azione di adempimento alle sole ipotesi in cui l'attività richiesta all'amministrazione sia vincolata, o non risultino ulteriori margini di discrezionalità e non debbano essere compiuti adempimenti istruttori (art. 34, comma 1, lett. c)<sup>73</sup>.

Solo entro questi limiti può essere proposta l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio. Solo entro questi limiti, quindi, potrà aversi la concentrazione in un unico giudizio delle fasi della cognizione, condanna ed esecuzione<sup>74</sup>.

Né tale soluzione - in particolare per il giudizio sul silenzio - sembra contraddire il canone dell'effettività della tutela, che deve essere valutato avendo riguardo al complesso degli strumenti apprestati al titolare dell'interesse fatto valere in giudizio. Ebbene, il Legislatore ha inteso assicurare al privato nei confronti dell'amministrazione inerte un giudizio caratterizzato dalla rapidità della definizione<sup>75</sup>

---

*pronuncia. Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, per le ragioni di seguito esposte, va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento”.*

<sup>73</sup> Tale limitazione ha fatto dire a R. Villata che *“se può anche affermarsi che l'azione di adempimento è entrata nel Codice, tuttavia si tratta di un'azione ben diversa da quella esercitabile in via autonoma e avente un contenuto atipico tratteggiata dalla precedente giurisprudenza e dottrina maggioritarie”*, Id., *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, cit., 55.

<sup>74</sup> Cfr. V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni*, cit. 481 e ss..

L'illustre Autore, qualifica l'azione avverso il silenzio innanzitutto come azione di accertamento (*“il primo accertamento che si chiede al giudice ha ad oggetto l'obbligo che in quel caso avrebbe avuto o meno l'Amministrazione, di rispondere, di provvedere (non come provvedere) con riferimento all'istanza presentata”*); solo laddove il giudice si possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente *“l'azione può avere anche un altro (più incisivo) contenuto di accertamento e può tradursi anche (...) in azione di condanna”*. Quindi, l'azione di adempimento (*“con terminologia ancora una volta di origine tedesca”*), o meglio (*“stando alla lettera delle nostre leggi”*) l'azione di condanna all'adozione di un provvedimento è *“misura idonea a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (art. 34, 1° co., lett. c), anche mediante la nomina di un commissario ad acta, (art. 34, 1° co., lett. e), una volta che risultino le condizioni di cui all'art. 31, 3° co.”*.

<sup>75</sup> M.A. Sandulli definisce il giudice amministrativo *“il giudice naturale dell'economia”* per i delicatissimi settori economici rimessi alla sua giurisdizione esclusiva, evidenziando che *“il nuovo ‘giudice dell'economia’ deve assicurare una tutela certa, rapida ed effettiva, contribuendo a garantire la competitività del paese”*. Cfr. relazione tenuta presso la sede del Consiglio di Stato nel maggio 2008 per la presentazione del Manuale di giustizia amministrativa di F. Caringella, R. De Nictolis, R. Giovagnoli e V. Poli, ora in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2013, Vol. I, 2-3.



(dimezzamento dei termini processuali, decisione in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata). Il giudice, nei limitati e rigorosi confini indicati, può anche conoscere della fondatezza della pretesa, condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto entro un termine, di norma, non superiore a trenta giorni e nominare un commissario *ad acta*, che provveda in sostituzione della stessa, nel caso perduri l'inerzia. Qualora, però, residuino in capo all'amministrazione margini di discrezionalità, il giudice deve limitarsi ad accertare l'obbligo di provvedere ed emanare il relativo ordine; sarà il giudizio di ottemperanza, esperibile già all'esito del rapido giudizio di primo grado, nel caso in cui la sentenza non venga sospesa dal giudice d'appello, a garantire piena tutela alla pretesa sostanziale del ricorrente, grazie alla "polisemicità"<sup>76</sup> di tale giudizio. E' nella combinazione dei due mezzi la garanzia dell'effettività della tutela: rapidità di decisione nel giudizio di legittimità; pienezza di tutela nel giudizio di merito.

E' stato evidenziato in dottrina<sup>77</sup> che, "*in funzione delle domande e delle diverse statuizioni, può variare, anche sensibilmente, la distribuzione tra il processo di cognizione e il giudizio di ottemperanza delle statuizioni dirette alla realizzazione della pretesa affermata dall'interessato*". Una sentenza di cognizione che si estenda alla statuizione delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio e nomini un commissario *ad acta* con effetto dalla scadenza del termine assegnato per l'esecuzione (ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e)) potrebbe eliminare la necessità di agire poi per l'ottemperanza o esaurire la stessa nella mera esecuzione del *dictum* giudiziale. Per converso, una sentenza che si limiti ad accertare ed affermare in capo all'amministrazione l'obbligo di provvedere, disponendo il relativo

---

76 Il termine è usato dall'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 2/2013 cit., per indicare la pluralità di azioni esperibili con il ricorso per l'ottemperanza, "*talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato (o comunque immediatamente esecutiva, n.d.a.), e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.*".

77 M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, cit. 48. D. Vaiano, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 19, parla, invece, di "*dequotazione" della giurisdizione di merito, la cui esistenza viene bensì confermata dall'art. 7, comma 6, c.p.a. (e dall'art. 134 cui esso rinvia) ma la cui rilevanza viene fortemente sminuita proprio dal potenziamento e dalla più generale riconfigurazione dei poteri cognitori e decisori riconosciuti al giudice amministrativo sia nella giurisdizione generale di legittimità che in quella esclusiva*".

ordine, sarà destinata ad un sensibile e sostanziale completamento della parte dispositiva e di accertamento nella sede processuale dell'ottemperanza<sup>78</sup>.

## **6. Considerazioni conclusive *de jure condendo*.**

Si può quindi concludere, sulla base delle considerazioni sin qui esposte, che quando residuino margini di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, il giudice del silenzio non possa nominare un commissario *ad acta* per sostituirsi alla stessa. In tali ipotesi, l'interessato deve proporre, all'esito del giudizio sul silenzio, perdurando l'inerzia dell'amministrazione, il ricorso per l'ottemperanza, ai sensi degli artt. 112 e ss. c.p.a.. In questa sede il giudice, proprio per l'essenzialità della decisione di cognizione, potrà esplicare amplissimi poteri di sindacato nel merito, accertando la fondatezza della pretesa e determinando il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo, emanandolo in luogo dell'amministrazione o nominando, per sostituirsi ad essa, un commissario *ad acta*. Potrà, inoltre, qualora il provvedere richieda una complessa istruttoria, sovrintendere alla stessa, delegando al commissario i singoli adempimenti istruttori. Anzi, in tale ipotesi gli apporti valutativi delle amministrazioni competenti potranno essere recuperati. Si pensi al caso in cui sia mancata del tutto la fase istruttoria ed è il commissario nominato dal giudice del silenzio che convoca la conferenza di servizi ed acquisisce, in quella sede, gli avvisi delle amministrazioni preposte alla cura degli interessi coinvolti dal provvedimento richiesto.

E' vero che il Legislatore poteva (e può ancora) disporre diversamente e concentrare nell'azione di adempimento la piena cognizione della fondatezza della pretesa, la condanna e l'esecuzione.

Mario Nigro, nel delineare le "*Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*", invocava già nel 1978 come urgente l'introduzione nel

---

<sup>78</sup> Sulla base delle considerazioni svolte appare incomprensibile la *ratio* della decisione del TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 28 febbraio 2011, n. 491. Il giudice, che aveva in precedenza condannato l'amministrazione a provvedere accogliendo il ricorso avverso il silenzio del proprietario di un terreno, che chiedeva la qualificazione urbanistica di un'area bianca (attività chiaramente discrezionale), ha convertito il successivo ricorso per l'ottemperanza, proposto per l'attuazione della sentenza, rimanendo l'amministrazione inerte, in "*domanda di nomina di un commissario ad acta che, in sostituzione dell'Amministrazione inadempiente, proceda all'adozione dell'atto, così come configurato dalla sentenza n. 1628/09 di questa stessa Sezione*", ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a.. Non si comprende perché di fronte ad una specifica richiesta di esame nel merito della questione involgente i poteri discrezionali dell'amministrazione, per il tramite del giudizio di ottemperanza, il giudice abbia ricondotto la domanda nell'ambito del giudizio sul silenzio.

nostro sistema dell'azione di adempimento, ritenendo insufficiente il tentativo pretorio di adattare il giudizio di impugnazione all'esigenza di tutelare il diritto contro l'inerzia dell'amministrazione, coniando l'istituto del silenzio-rifiuto. L'illustre autore definiva tale rimedio *“scarsamente efficiente, soprattutto perché esige per la tutela piena contro il comportamento passivo dell'amministrazione un triplice giro di attività giurisdizionale: l'annullamento del rifiuto di provvedere (rectius, la dichiarazione di illegittimità di esso e dell'inadempimento dell'amministrazione al suo obbligo di provvedere); l'ordine all'amministrazione, in sede di giudizio ex art. 27 n. 4, di provvedere; e finalmente, in un secondo giudizio di questo tipo, l'assunzione dell'atto o la somministrazione di disposizioni che ne rendano concretamente possibile l'emanazione”*<sup>79</sup>.

Ancor prima, nel 1970, studiosi del calibro di Massimo Severo Giannini ed Aldo Piras denunciarono i difetti ed i limiti, sul punto dell'effettività della tutela, della giurisdizione di legittimità<sup>80</sup>, tanto da chiedersi *“se la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi non richieda sempre – quanto meno in primo grado – la predisposizione di strumenti giurisdizionali di merito”*<sup>81</sup>.

Occorre però, come gli illustri autori citati chiedevano, che il Legislatore disponga espressamente in tal senso. Invece, come noto, l'azione di adempimento, nella formulazione predisposta dalla Commissione nominata con decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 23 luglio 2009 al fine di redigere una bozza del codice del processo amministrativo<sup>82</sup>, è stata inizialmente cassata dal Governo (e per

---

79 M. Nigro, *Lineamenti di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, cit., 254-255.

80 M.S. Giannini e A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit. 260: *“Non basta infatti superare lo schema del giudizio sull'atto (adottato dagli autori della legislazione del 1889), non basta riconoscere che la giurisdizione amministrativa si eserciti sui rapporti, ha per oggetto il rapporto amministrativo concreto: per andare incontro alle mutate esigenze di tutela, si devono dare al giudice i poteri (istruttori) necessari per conoscere realmente del fatto, occorre – soprattutto concedere al magistrato una giurisdizione piena sul rapporto, il potere cioè di sostituirsi all'amministrazione anche nella disposizione degli interessi pubblici in giuoco. Ma per far questo occorre una modifica della legislazione vigente, una riforma del sistema in vigore”*.

81 Op. ult. cit., 263.

82 L'art. 42 del testo provvisorio licenziato dalla Commissione prevedeva che: *“1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta ai sensi dell'art. 47, comma 2. 2. L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento od avverso il silenzio entro i*

esso da “*un anonimo sforbiciatore*”<sup>83</sup>), e poi reintrodotta dal secondo correttivo al codice<sup>84</sup>, ma nei limiti rigorosi di cui si è sopra detto.

Non si vedono ostacoli a che il giudice amministrativo, quale giudice naturale dell'amministrazione – con la funzione di assicurare la giustizia nell'amministrazione<sup>85</sup> - si sostituisca ad essa, rimasta inerte anche rispetto all'ordine di provvedere impartito dal giudice stesso. E' necessario, però, che ciò sia consentito dal Legislatore con la previsione dell'azione adempimento anche in ipotesi in cui il provvedimento richiesto abbia carattere discrezionale<sup>86</sup> e con l'indicazione del giudizio sul silenzio – o quanto meno della sua fase successiva alla scadenza del termine posto dal giudice all'amministrazione - tra i casi di giurisdizione di merito.

---

*termini previsti per tali azioni”.* L'art. 47 del medesimo testo provvisorio stabiliva che “*Se è stata proposta anche l'azione di adempimento e se ritiene che sussistano i presupposti per una decisione sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, condanna l'amministrazione all'emanazione, entro un termine, del provvedimento rifiutato o omesso*”. Anche tale testo provvisorio precisava però che “*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio quando di tratta di attività vincolata o accerta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*”.

83 F. Merusi, *In viaggio con Laband*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

84 Art. 1, comma 1, lettera e), D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

85 Cfr. Corte Cost. 3 maggio 2006, n. 191, che qualifica il giudice amministrativo “*organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione*”.

86 Con la nota sentenza n. 2755 del 10 maggio 2011, la sesta Sezione del Consiglio di Stato ha -di fatto- condannato l'amministrazione (nel caso la Regione Puglia) all'adozione di un provvedimento discrezionale (il piano faunistico venatorio) entro un termine (10 mesi) “*nel rispetto delle precedenti considerazioni e anche esercitando i poteri sostitutivi che le spettano, nei tempi da essa determinati, nel caso di inadeguata collaborazione di altre pubbliche amministrazioni. Qualora il termine di dieci mesi decorra in assenza di determinazioni regionali, nel caso di proposizione del giudizio di ottemperanza la Sezione potrà valutare tutte le circostanze ed esercitare i poteri previsti dal Codice del processo amministrativo, anche quelli riguardanti le misure dissuasorie della eventuale inottemperanza*”. Si veda la nota critica di E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 e ss.. L'Autore ha criticato il Giudice per aver trasformato un'azione di annullamento in un'azione di condanna “*ad uno specifico fare*”, quando “*Questo tipo di pronuncia e di azione è disciplinato nel codice del processo amministrativo ed il ricorrente può proporre una tale domanda ed il giudice adottare la correlata sentenza, per cui è assicurata, sotto questo profilo, la tutela piena ed effettiva*”’. Si deve però evidenziare che sia la sentenza che il commento critico sono di epoca anteriore all'introduzione ad opera del secondo correttivo al codice dell'azione di adempimento nei limiti ricordati. Si veda su tali temi dello stesso Autore, più recentemente, *Le azioni innanzi al giudice amministrativo*, in E. Follieri, E. Sticchi Damiani, L. Perfetti, A. Meale (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione*, Napoli, 2014, 11 e ss.

Potrebbe, in buona sostanza, disporsi che il giudice adito con il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione, accertato l'obbligo di questa, la condanni a provvedere entro un termine, nominando un commissario *ad acta* che, alla scadenza del termine, provveda in luogo della stessa. Il giudice nella fase di cognizione, si limiterebbe ad accertare l'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere, con ciò garantendo rapidità di decisione; rimanendo l'amministrazione inerte per il tempo assegnato dal giudice, questi potrebbe svolgere un vero giudizio di merito, valutando la fondatezza della pretesa e sostituendosi all'amministrazione anche nell'esercizio dei poteri discrezionali con l'ausilio del commissario *ad acta*.

Non sembra che questa soluzione incontri un ostacolo insuperabile nel principio di divisione dei poteri. La riserva di amministrazione deve poter non essere garantita quando chi è tenuto a provvedere non lo faccia neanche nel termine impostogli dal giudice. La nozione di discrezionalità, tipica espressione di un diritto amministrativo autoritario, "*luogo di esercizio della sovranità*", è stata ridimensionata dalla sottoposizione alla legge del potere pubblico e dalla funzionalizzazione del medesimo per il perseguimento degli interessi affidati alla cura dell'amministrazione<sup>87</sup>. Il giudice amministrativo esercita pacificamente un sindacato penetrante sull'esercizio della discrezionalità amministrativa attraverso l'esame – sempre più incisivo – dell'eccesso di potere, ponendo, nel giudizio ordinario di legittimità, le regole e i criteri conformativi per la riedizione del potere<sup>88</sup>. Non si vede

---

87 Così A. Cariola, *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, cit. 5.

88 Si veda ancora Cons. Stato, Ad. Plen. N. 2/2013 cit. "*Anzitutto, poiché il cpa abilita all'utilizzo di mezzi di accertamento relativi alla esistenza dei presupposti della pretesa e non alle mere modalità di esercizio dell'azione amministrativa, consegue che sempre di più l'azione davanti al giudice amministrativo sia qualificabile come avente ad oggetto direttamente il fatto, senza doversi limitare all'esame tramite il prisma dell'atto (cfr., in questo senso, C.d.S., adunanza plenaria, 23 marzo 2011, n. 3) (...) Da ciò discende che l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa (di recente C.d.S., VI, 19 giugno 2012, n. 3569 ha affermato che l'ampiezza dell'accertamento sostanziale contenuto nella sentenza passata in giudicato condiziona gli spazi di applicabilità anche della normativa sopravvenuta) (...) Ma anche là dove non siano i fatti ad essere messi in discussione bensì la loro valutazione (...), non va dimenticato che alla stregua del principio ribadito anche dall'art. 112, comma prima, del codice, su tutte le parti incombe l'obbligo di dare esecuzione ai provvedimenti del giudice; e ciò vale specialmente per la pubblica amministrazione, in un'ottica di leale ed imparziale esercizio del munus publicum, in esecuzione dei principi costituzionali scanditi dall'art.97 Cost. e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ove il diritto alla esecuzione della pronuncia del giudice è considerato quale inevitabile e qualificante complemento della tutela offerta dall'ordinamento in sede giurisdizionale) ". Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 2755/2011 cit.: "*Alla luce dei principi del giusto processo e di effettività della tutela giurisdizionale,**

perché lo stesso giudice non possa andare oltre, esplicando una piena giurisdizione di merito, quando l'amministrazione insista nel disattendere al proprio dovere di provvedere.

Perché tutto ciò sia possibile, però, è necessario che il Legislatore compia un nuovo passo nella direzione della garanzia della piena effettività della tutela dell'interesse sostanziale fatto valere in giudizio.

Sia consentito concludere con le parole di uno dei Maestri del diritto amministrativo: *“Se molto si è fatto sul cammino dello Stato di diritto, ancora molto, dunque, si può e si deve fare. (...) La democrazia è conquista di ogni giorno, nelle istituzioni come nelle coscienze”*<sup>89</sup>.

---

*nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, il giudice amministrativo può anche non statuire gli effetti di annullamento degli atti impugnati e disporre unicamente gli effetti conformativi ordinando che i medesimi atti conservino effetti sino a che la parte soccombente non li modifichi o sostituisca”*

89 A.M. Sandulli. *Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto*, in *Stato sociale*, n.1/1960, 8.