

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E DI ATIPICITÀ DELLE AZIONI: L'AZIONE DI ACCERTAMENTO MERO

SOMMARIO: SEZIONE I. I TEMI – 1. Il codice del processo consacra l'atipicità delle azioni – 2. Si applica anche all'interesse legittimo la naturale atipicità del diritto di azione – 3. La sorprendente vitalità dell'interesse legittimo – 4. L'azione di accertamento mero – SEZIONE II. LA GIURISPRUDENZA – 1. Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15 ammette l'esperibilità dell'azione di accertamento mero in materia di d.i.a. e s.c.i.a.

SEZIONE I

I TEMI

1. Il codice del processo consacra l'atipicità delle azioni

Il bisogno di tutela dell'amministrato nei confronti della P.A. non è sempre stato un principio immanente nel nostro ordinamento. La maggiore preoccupazione del Legislatore post-unitario, lungi dall'essere quella di assicurare la tutela del cittadino nei confronti dell'autorità amministrativa, era, infatti, quella di dettare le “guarentigie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario”.

La scarsa considerazione che il nostro Legislatore aveva degli interessi legittimi è plasticamente rappresentata dalla celebre frase di Stanislao Mancini, pronunciata in occasione dei lavori parlamentari che hanno portato, nel 1865, all'approvazione della LAC: “sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, [...] sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi [...] che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni”.

La concezione autoritaria della P.A. ha poi influito su tutta la legislazione successiva, e, persino dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 ed il riconoscimento della funzione giurisdizionale della stessa del 1907, e fino a giorni relativamente vicini, l'interesse legittimo è stato considerato quale posizione meramente processuale o

quale oggetto di tutela solo indiretta ed occasionale da parte dell'ordinamento.

Non ci si può, dunque, meravigliare se la struttura del giudizio amministrativo sia stata concepita, anche dalla L. TAR, in chiave impugnatoria e rigorosamente tipica. Nell'alveo di un sistema imperniato su di una rigida tipicità delle tecniche di tutela, l'unica azione concessa era quindi quella tesa all'annullamento del provvedimento in relazione ai vizi riscontrati in base ad un controllo estrinseco che non consentiva, in omaggio al principio di separazione dei poteri, una sostituzione nella verifica della fondatezza della pretesa sostanziale.

La sentenza del giudice amministrativo non definiva quindi *au fond*, almeno per gli interessi pretensivi, la res litigiosa. Si può dire che la sentenza del G.A., nel limitarsi a verificare la presenza dei vizi denunciati in seno all'atto impugnato, senza tralasciare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato, verificava se l'amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione.

Al culmine di una lenta ma irresistibile evoluzione che ha impegnato ben più di un secolo, il legislatore e la giurisprudenza hanno ribaltato questa visione così angusta per abbracciare fino in fondo il principio della pienezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo al cospetto dei *vulnera* inferti dal non corretto esercizio del *public power*.

Importanti risposte sono venute dal **codice del processo amministrativo**, la cui architettura va letta in combinazione, a monte, con il dettato della legge delega (in particolare, l'apertura suggerita dall' art. 44, co. 2, lett. b, n. 4, della L. n. 69/2009 a tutele anche dichiarative e di condanna, oltre che costitutive, volte a soddisfare la pretesa sostanziale della parte vittoriosa); e, a valle, con la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dei Giudici territoriali che hanno dato linfa operativa alle novità positive.

Ebbene, il codice, così arricchito e integrato dai due decreti correttivi nn. 195/2011 e 160/2012, ci regala cinque certezze:

- 1) l'interesse legittimo è una posizione sostanziale direttamente tutelata dall'ordinamento giuridico;
- 2) l'interesse materiale al bene della vita, ha una rilevanza centrale nella struttura di questa posizione soggettiva;
- 3) la protezione dell'interesse legittimo si emancipa dal monopolio della tutela impugnatoria tesa alla decapitazione retroattiva dell'atto aggredito per conquistare le tutele dichiarativa e di condanna;
- 4) il giudizio amministrativo non è più solo un processo sull'atto, ma, ove non vi osti il residuo di sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica, assurge a giudizio sul rapporto, teso a scrutinare la relazione regolata dall'atto e, quindi, a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale onde regolare *au fond* la *res litigiosa*;

5) la tutela innanzi al G.A. conosce anche le azioni atipiche, ove necessarie per conferire idonea e piena protezione alla situazione soggettiva.

Qualche precisazione va svolta con riguardo a quest'ultimo punto.

La **prima versione del codice del processo amministrativo**, approvato dal Consiglio di Stato l'8 febbraio 2010, aveva provveduto ad implementare lo spettro delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, recependo in pieno il modello della pluralità delle azioni ed assicurando così anche all'interesse legittimo il bene incommensurabile della pienezza della tutela, in piena coerenza con l'auspicio formulato dal legislatore delegante (art. 44, co. 2, n. 4, L. 69/09).

In particolare, il disegno di legge aveva contemplato, accanto alla "classica" azione di annullamento, anche quelle di risarcimento, per equivalente e in forma specifica, di nullità, di accertamento-condanna in tema di silenzio, di accertamento mero, di condanna, di esatto adempimento ed esecutive. In molti casi, peraltro, il progetto di codice si limitava a regolare e razionalizzare le conclusioni già rassegnate dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di esperire davanti al G.A. azioni non esplicitamente previste dalla legge.

In sede di stesura della versione definitiva del codice, tuttavia, le norme relative alle azioni in discorso sono state espunte dal testo normativo. Il D.Lgs. n. 104/2010 si limita, quindi, a disciplinare espressamente le azioni di annullamento (art. 29), risarcitorie e di condanna (art. 30) nonché quelle avverso il silenzio amministrativo e in materia di nullità (art. 31).

Nonostante i silenzi del codice, confermati da due correttivi, che hanno rinunciato a priori ad interventi di carattere strutturale, l'esperibilità delle azioni non più riproposte in modo esplicito dalla legge delega non può essere revocata in dubbio.

Per la verità, l'originale versione del **secondo decreto correttivo**, come licenziato dalla Commissione costituita presso il Consiglio di Stato, introduceva nel codice una norma *ad hoc*, che enumerava le azioni esperibili nel processo amministrativo: il nuovo art. 28-bis, invero, rubricato "*Tipi di azioni*", con una formulazione che riecheggiava da vicino quella dell'art. 44 della legge delega, prevedeva che "*Nell'ambito della giurisdizione amministrativa le parti possono proporre le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*". In sede di emanazione definitiva del decreto, tuttavia, la norma in questione è stata espunta. Le ragioni di tale scelta, specificatamente individuate dalla relazione di accompagnamento al decreto, si sostanziano "*nell'esigenza di salvaguardare la flessibilità del sistema, evitando di introdurre elementi di rigidità da cui non discenderebbe un ampliamento delle tutele*".

2. Si applica anche all'interesse legittimo la naturale atipicità del diritto di azione

A seguito della penetrazione dei cogenti precetti costituzionali comunicati e CEDU, non si può più accedere ad una visione tutta processualistica dell'interesse legittimo, secondo cui la tipicità delle azioni proponibili e delle sentenze conseguentemente pronunciabili finisce per frustrare i bisogni di tutela non efficacemente placabili con dette azioni e, quindi, per incidere negativamente, dimidiandola, sulla struttura della posizione soggettiva.

Al contrario, l'adesione ad una nozione sostanziale dell'interesse legittimo precede e condiziona l'enucleazione dei bisogni di tutela passibili di soddisfacimento e, quindi, il novero ed il contenuto delle azioni proponibili e delle sentenze adottabili. Ne deriva che, a fronte di un interesse legittimo che vede al centro della sua architettura l'interesse materiale ad un bene della vita, devono essere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale.

Se ne ricava che sono proponibili tutte le azioni, anche atipiche, che siano necessarie per soddisfare esigenze di protezione che le tutele regolate non sono in grado di placare in modo adeguato.

La matrice sostanziale dell'interesse legittimo ne evidenzia la preesistenza logica e ontologica rispetto alle relative tecniche di tutela e implica l'estensione anche nei suoi riguardi del principio, sancito da una dottrina plurisecolare, della naturale atipicità del diritto di azione, figlia a sua volta della fisiologica strumentalità del processo.

È sufficiente, quindi, che l'ordinamento preveda una situazione soggettiva meritevole di protezione perché il relativo titolare possa agire in giudizio per la sua tutela senza la necessità di alcuna norma che autorizzi l'azione.

Emerge quindi, in modo plastico, quello che Proto Pisani definisce il valore dell'atipicità dell'azione, dell'azione come categoria generale atipica. Valore che, pur ideato con riferimento al diritto soggettivo, non può non sedurre anche l'interesse legittimo, che del diritto condivide la caratterizzazione sostanziale imperniata sulla centralità del bene della vita.

Detto valore è stato ben espresso da Andrioli, il quale, nella sua prolusione pisana del 1954, rileva che l'art. 24 della Costituzione, nel prevedere che *"tutti possono agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*, costituzionalizza il principio dell'atipicità del diritto di azione. Da tale norma si desume *"il fondamentale principio che chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo; l'art. 24 si presenta, dunque, come una sorta di norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali che attribuiscono diritti o interessi legittimi"*.

queste norme, anche se nulla dispongono (e il più delle volte nulla dispongono) sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art 24 Cost., che mettono automaticamente in moto.

Considerazioni simili sono estensibili all'art. 47, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, con precetto estensibile anche ai nostri interessi legittimi, ribadisce il carattere atipico dell'azione con lo stabilire che *“ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione sono stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice”*.

Alla luce di tali, imprescindibili canoni ermeneutici, dunque, si può affermare che l'interesse legittimo finisce di essere il “fratello minore” del diritto soggettivo per raggiungere il traguardo di una piena maturità, destinato a giovare ormai delle stesse tutele da sempre godute dal diritto soggettivo.

3. La sorprendente vitalità dell'interesse legittimo

Ciò detto in via generale, giova procedere all'esame della mappa delle tutele volte a nutrire questa posizione straordinariamente antica ma eccezionalmente moderna che è l'interesse legittimo.

Prima di passare all'esame delle singole tecniche di tutela azionabili innanzi al G.A. occorre fare una puntualizzazione importante.

La piena omologazione delle tecniche di tutela di diritto soggettivo ed interesse legittimo non implica l'illanguidimento dell'autonomia strutturale di quest'ultimo e, in definitiva, la trasformazione dello stesso in diritto soggettivo.

La tesi che predica tale metamorfosi confonde, infatti, i due piani, profondamente distinti, della misura della tutela e della struttura della posizione soggettiva. Si tratta di un errore di impostazione.

Un interesse legittimo pienamente tutelato non diventa, sol per questo, un diritto soggettivo. La conformazione di una posizione soggettiva è, infatti, un *prius*, logico e giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità.

Si deve convenire allora che la dilatazione della tutela accordata all'interesse legittimo lascia intatta l'“*essenza della posizione*”, che continua ad essere una posizione dialettica che dialoga con il potere precettivo, ad esercizio unilaterale, della P.A.. Detto in altre parole, il soddisfacimento dell'interesse al conseguimento (o alla protezione) del bene della vita non è accordato in via immediata dall'ordinamento giuridico, essendo a tal fine necessaria l'intermediazione dell'attività amministrativa all'uopo deputata. Ne deriva che l'interesse legittimo, pur se tutelato in modo pieno, resta una posizione che dialoga con l'esplicazione del pubblico potere.

A conferma di tali considerazioni si pone, a livello positivo, l'art. 34, co. 2, c.p.a., il quale prevede, quale limite generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. Il potere amministrativo, dunque, resta il *proprium* dell'interesse legittimo, che continua a dialogare con il *puissance publique*, e la cui tutela deve necessariamente transitare attraverso il suo esercizio. Il G.A. non è una pubblica amministrazione deputata all'esercizio del potere ma un organo volto a verificare la correttezza dell'esercizio del potere stesso: ne deriva che il sindacato giurisdizionale non potrà mai essere volto all'attribuzione immediata del bene della vita, mediante l'inammissibile esercizio diretto e sostitutivo del potere amministrativo, ma riguarderà sempre l'esercizio del potere pubblicistico, sia pure con un'intensità che, in caso di potere vincolato, si può tradurre nel riconoscimento della spettanza del bene della vita ingiustamente negato dalla P.A.

L'interesse legittimo conserva quindi, intatta, la sua identità e vede accresciuta la sua vitalità grazie al ventaglio delle tutele di cui il codice lo ha munito.

4. L'azione di accertamento mero

Sulla scorta delle osservazioni fin qui svolte è evidente come, ad oggi, non possa essere revocata in dubbio l'ammissibilità dell'azione di accertamento atipico, la quale si iscrive a pieno titolo nel novero degli strumenti processuali azionabili dal ricorrente nel processo amministrativo.

Detta conclusione, già affermata dalla giurisprudenza degli ultimi anni (Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717; Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139) è stata definitivamente consacrata dalla **decisione dell'Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15**, da ultimo confermata dalle sentenze 31 gennaio 2012, n. 472 e 27 novembre 2012, n. 6002 della V Sezione del Consiglio di Stato.

Secondo tale orientamento, l'assenza di una previsione legislativa espressa non osta all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte essa sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo.

Si deve infatti ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento, non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Costituzione al fine

di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113).

Anche per gli interessi legittimi, infatti, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice, oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della L. n. 69/2009.

Sul punto, invero, è stato acutamente osservato che il principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 100 c.p.c., operante nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39 c.p.a., funziona non soltanto come presupposto processuale dell'azione di annullamento e di condanna ma, ai sensi dell'art. 24 Cost., come fatto di legittimazione generale ad agire, che abilita il soggetto all'azione di accertamento. Ne deriva che il soggetto che non ha più interesse, per effetto di impedimenti o sopravvenienze, al conseguimento del bene della vita, ben può limitarsi a chiedere il *minus* dell'accertamento invece del *quid pluris* dato dalla sentenza di annullamento o di condanna.

La soluzione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice, le quali prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, co. 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, co. 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità ove sia persista il solo interesse al risarcimento), 34, co. 5 (sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, co. 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità per violazione od elusione del giudicato).

Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, co. 2, c.p.a., secondo cui "*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*". Detta disposizione, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla P.A. esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Essa non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto (od omesso) esercizio del potere amministrativo.

Si aggiunga che, come ben evidenziato nella citata sentenza 6002/2012 della V Sezione del Consiglio, alla stregua degli artt. 113, ult. co., Cost. e

2908 c.c., il connotato della tipicità riguarda le sentenze costitutive mentre la tutela dichiarativa, al pari di quella di condanna, è naturalmente atipica.

Tracciate queste premesse, **va riconosciuta la proponibilità di un'azione meramente dichiarativa quando l'esercizio del potere amministrativo, necessario ai sensi del citato art. 34, co. 2, c.p.a., sia idoneo ad ingenerare situazioni di incertezza sulle quali si fonda l'interesse ad ottenere una pronuncia che dissipi le nubi e spazzi via una *res dubia*, ex se pregiudizievole.**

Assume un rilievo pregnante, in questa prospettiva, l'esigenza, mutuabile dai canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., con particolare riguardo all'interpretazione complessiva, di esplorare la portata di un atto alla luce del comportamento tenuto, anche successivamente alla sua adozione, dalla P.A. emanante.

Si deve convenire con la migliore dottrina, sensibile alle sirene dell'immediatezza dell'accesso alla giustizia, che il titolare dell'autorizzazione non può essere costretto ad attendere, per agire in giudizio, un eventuale provvedimento restrittivo che escluda sul piano dell'*an* o limiti la portata del provvedimento ampliativo ma può esercitare un'azione di accertamento, alla quale ha indubbio interesse in relazione all'attività che intende esercitare, tesa ad ottenere una pronuncia che dichiari l'esistenza e la portata del provvedimento permissivo.

SEZIONE II

LA GIURISPRUDENZA

1. Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15 ammette l'esperibilità dell'azione di accertamento mero in materia di d.i.a. e s.c.i.a.

Nel codice del processo amministrativo l'azione di accertamento, che non è espressamente disciplinata, può scaturire da un'interpretazione sistematica delle norme dallo stesso dettate, che prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli art. 31, comma 4, 34, comma 3, 34, comma 5, 114, comma 4, lett. b, nonché dall'art. 34, co. 2, che, prevedendo che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", non può che riferirsi all'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

Il terzo che subisce da una denuncia di inizio attività una lesione in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio della P.A. può esperire innanzi al G.A. un'azione di accerta-

mento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di d.i.a. con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti alla P.A.

Omissis

6. Appurato che la denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge, si devono ora analizzare [...], gli strumenti di tutela a disposizione del terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata e dal mancato esercizio del potere inibitorio.

6.1. Secondo una tesi in passato maggioritaria il terzo potrebbe invocare la tutela dell'interesse legittimo pretensivo di cui è titolare con l'esercizio dell'azione nei confronti del silenzio rifiuto (o inadempimento), oggi disciplinata dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo [...].

Una prima impostazione, inquadrabile in questa linea di pensiero, reputa che detto silenzio rifiuto (o inadempimento) si configuri con riferimento all'esercizio del doveroso potere inibitorio. Ad avviso di un'altra lettura, invece, il terzo, decorso senza esito il termine per l'esercizio del potere inibitorio, sarebbe legittimato a richiedere all'Amministrazione l'adozione dei provvedimenti di "autotutela", attivando, in caso di inerzia, il rimedio di cui alle richiamate norme del codice del processo amministrativo. Non manca, infine, chi fa riferimento al silenzio rifiuto maturato in ordine all'esplicazione del potere sanzionatorio di cui all'art. 21 L. n. 241/1990.

Nessuna delle esposte ricostruzioni risulta dogmaticamente ineccepibile e, soprattutto, idonea a garantire al terzo, titolare di una situazione giuridica differenziata e qualificata, una tutela piena, immediata ed efficace.

6.1.1. L'applicazione del rito del silenzio all'omesso esercizio del potere inibitorio doveroso è resa problematica dalla circostanza che il silenzio rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo, mentre, nella specie, lo spirare del termine perentorio di legge implica la definitiva consumazione del potere in esame. In altre parole, nel silenzio inadempimento lo spirare del termine di legge non conclude il procedimento ma accentua il dovere della P.A. di porre fine all'illecito comportamentale permanente, al contrario di quanto accade nel caso di specie dove l'inerzia dell'amministrazione che si protragga oltre i confini di cui all'art. 19, co. 3, L. n. 241/1990, conclude il procedimento estinguendo il potere amministrativo di divieto. Ne consegue che, anche a voler ritenere che l'azione nei confronti del silenzio rifiuto sia proponibile, in conformità all'ampio tenore letterale dell'art. 31, co. 1, c.p.a., con riguardo ad un potere ufficioso, nel caso

in esame il decorso del tempo non configura una mera inerzia nell'esercizio di un potere ancora esistente - ossia una violazione del permanente obbligo di definizione della procedura, stigmatizzabile con un ricorso, proposto nel termine annuale di cui all'art. 31, co. 2, c.p.a., al fine di sollecitare una risposta esplicita dell'amministrazione ancora titolare del potere - ma produce un esito negativo della procedura, sotto il profilo della definitiva preclusione dell'esercizio del potere inibitorio.

La protrazione del silenzio amministrativo dà luogo, quindi, ad un esito negativo del procedimento che produce la lesione dell'interesse pretensivo del terzo al conseguimento della misura inibitoria (con correlato consolidamento della legittimazione del denunciante a porre in essere l'attività), non tutelabile con il rimedio congegnato dal legislatore con riguardo al silenzio inadempimento.

6.1.2. Non è persuasiva neanche la ricostruzione che, proprio prendendo le mosse da tali considerazioni, reputa praticabile il rimedio avverso il silenzio non significativo mantenuto dall'amministrazione a fronte dell'istanza proposta dal terzo al fine di eccitare l'esercizio del potere di autotutela di cui si è detto.

Anche questa soluzione non coglie nel segno perché non è idonea a tutelare in modo efficace la sfera giuridica del terzo.

Innanzitutto, questi avrebbe l'onere, prima di agire in giudizio, di presentare apposita istanza sollecitatoria alla P.A., così subendo una procrastinazione del momento dell'accesso alla tutela giurisdizionale, e, quindi, specie con riguardo alla d.i.a. ad efficacia immediata, un'incisiva limitazione dell'effettività della tutela giurisdizionale in spregio ai principi di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Inoltre, e soprattutto, l'istanza sarebbe diretta ad eccitare non il potere inibitorio di natura vincolata (che si estingue decorso il termine perentorio di legge), ma il c.d. potere di autotutela evocato dall'art. 19, co. 3, L. n. 241/1990 tramite il richiamo ai principi sottesi agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*. Tale potere, tuttavia, è ampiamente discrezionale in quanto postula la rammentata ponderazione comparativa, da parte dell'amministrazione, degli interessi in conflitto, con precipuo riferimento al riscontro di un interesse pubblico concreto e attuale che non coincide con il mero ripristino della legalità violata. Nell'eventuale giudizio avverso il silenzio rifiuto, quindi, il giudice amministrativo non potrebbe che limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, senza poter predeterminare il contenuto del provvedimento da adottare. Evidente risulta, allora, la compressione dell'interesse del terzo ad ottenere una pronuncia che impedisca lo svolgimento di un'attività illegittima mediante un precetto giudiziario puntuale e vincolante che non subisca l'intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale.