

Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell'atto tardivo

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'importanza del fattore “tempo” nel diritto in generale e nel diritto amministrativo in particolare. – 2. Il Decreto Semplificazioni e la rinnovata attenzione per i “tempi” delle pubbliche amministrazioni. – 3. Delimitazione dell'ambito di indagine: il “tempo” del procedimento (da concludersi necessariamente con un provvedimento espresso). – 4. Dalla ragionevole durata del processo alla ragionevole durata del procedimento. – 5. Approfondimento specifico su procedimento amministrativo e *ius superveniens*. – 6. Conclusioni. Il giudice amministrativo “signore” degli atti tardivi.

1. *Introduzione: l'importanza del fattore “tempo” nel diritto in generale e nel diritto amministrativo in particolare*

Il fluire del tempo, inteso come progresso, mutamento o avanzamento storico e sociale, costituisce l'impulso per la creazione del diritto e la sua trasformazione¹. Il diritto si genera e si sviluppa per “organizzare” la “storia” nella sua evoluzione², per regolare i rapporti nel tempo, adeguandosi e contestualizzandosi alle dinamiche sociali³; è per natura mutevole e si aggiorna costantemente, garantendo così la sua modernità⁴.

¹ L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 4, 579; L. Cuocolo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, 2009, Milano, 40.

² Il tema è stato trattato anche nella prospettiva filosofica; tra tanti, G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, per il quale «Ogni sistema giuridico rappresenta una determinata fase nella storia dell'umanità. [...] La norma giuridica ha sempre le sue radici esistenziali in una determinata situazione storica». Il diritto, infatti, «si collega regolarmente a cose della realtà sociale che sono date prima del diritto», ma, sebbene gli eventi della vita non costituiscano invenzioni del diritto, è comunque possibile intravedere un processo di creazione. Infatti, «venendo sottoposte all'idea del diritto, le cose della realtà sociale subiscono una trasformazione strutturale. Le cose del diritto formano una propria categoria di oggetti dell'esperienza umana» (20-21).

³ M. d'Orta, *Diritto e tempo. L'idea di “progresso” del diritto dall'antichità alla modernità*, Torino, 2012, 21, per il quale «le sinergie tra la progressione della storia e quella che del diritto appaiono salde, così che [...] potrebbe supporre attendibile l'assimilazione, alle categorie della storia e del diritto, di una ulteriore categoria, ‘categoria di relazione’ di storia e diritto, legittimata da una coerenza intrinseca confortata nella spazialità del tempo».

⁴ M. d'Orta, *Diritto e tempo*, cit., 21.

Di conseguenza, nonostante non dispongano – generalmente – che per l'avvenire (ad eccezione di quelle retroattive), le norme giuridiche sono tutte temporalmente limitate, pur non essendo possibile prevedere in anticipo e con certezza quale sarà il momento in cui cesseranno di avere valore⁵. Esse hanno fondamento e mantengono vigore finché restano attuali le condizioni sociali che ne hanno determinato l'esistenza⁶ (a conferma l'antico brocardo *lex posterior derogat priori*).

Anche il diritto delle amministrazioni pubbliche è frutto del suo tempo.

Basti pensare, sul profilo dell'organizzazione, all'esistenza stessa degli enti pubblici, numericamente determinata dalla molteplicità di interessi considerati meritevoli di tutela in quel determinato momento storico. Parimenti, l'"azione" amministrativa, intesa come il concreto esercizio del potere attribuito alle amministrazioni in vista della tutela di uno specifico interesse pubblico, è influenzata dalle connessioni tra tempo – storicamente inteso – e diritto. Di ciò è espressione il principio del *tempus regit actum*, in forza del quale il diritto che le amministrazioni applicano è quello in vigore al momento in cui si compie l'azione.

Il tempo che regola il contenuto della decisione amministrativa, infatti, sarebbe quello del suo perfezionamento, del momento in cui l'atto è completo di tutti i suoi elementi costitutivi. Al contempo, a partire da quella data, il provvedimento resta immune da eventuali modifiche normative⁷.

Tuttavia, se dall'adozione del provvedimento non rilevano più le novità legislative, fino a quel momento esse potrebbero incidere sul contenuto del provvedimento, che, per tale ragione, non è esattamente prevedibile alla data della presentazione dell'istanza ovvero dell'avvio d'ufficio del procedimento. Il provvedimento finale, nonché gli atti endoprocedimentali, dovrebbero conformarsi alla legge vigente al momento della loro emanazione, anche quando diversa da quella in vigore al momento dell'avvio del procedimento⁸.

⁵ G. Husserl, *Diritto e tempo*, cit., 20-21: «di regola le leggi parlano come se possedessero validità per ogni tempo. Ma anche quando una norma non ha una fine giuridicamente stabilita, la sua esistenza ha un limite temporale, anche se non è univocamente determinabile in anticipo».

⁶ F. Siciliano, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, 21.

⁷ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 1° settembre 2015, n. 4059, per cui «la legittimità del provvedimento va accertata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, con conseguente irrilevanza di provvedimenti successivi, i quali in nessun caso possono legittimare o delegittimare *ex post* precedenti atti amministrativi». Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, si v., *infra*, § 5.

⁸ Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1313, per cui «la P.A. è tenuta ad applicare la normativa in vigore al momento dell'adozione del provvedimento definitivo, ancorché sopravvenuta, e non già quella in vigore al momento dell'avvio del procedimento, salvo che espresse disposizioni normative stabiliscano diversamente [...] Il principio del *tempus regit actum* [...] comporta che la P.A. deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio». In dottrina, A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, secondo il quale tutti gli atti «vanno posti in essere nel concorso delle circostanze, e nel rispetto di tutte le esigenze, fissate dalla legge nel tempo in cui si realizzano». E ciò vale tanto con riferimento agli atti preparatori che a quelli costitutivi. L'ulteriore conseguenza che discende dalla regola del *tem-*

Ecco, allora, che la durata dei procedimenti amministrativi potrebbe riflettersi sul paradigma legale del provvedimento finale, non potendosi trascurare le ripercussioni, spesso significative, di un'eventuale riforma che intervenga nel corso dell'esercizio del potere sugli interessi coinvolti. Il tempo "esterno" all'amministrazione dialoga necessariamente con quello "interno"⁹ e un eccessivo (e irragionevole) scostamento tra i due mina inevitabilmente la prevedibilità dell'azione amministrativa, nonché le esigenze di certezza dei soggetti interessati.

I tempi eccessivamente lunghi dei procedimenti¹⁰, insieme alla complessità delle procedure e alla cavillosità delle regole¹¹, costituiscono alcune delle criticità più rilevanti per il funzionamento dell'apparato istituzionale¹², tra le principali fonti di frustrazione per la componente imprenditoriale nonché, più in generale,

pus regit actum è, dunque, l'insensibilità degli atti già compiuti alle successive modifiche normative. «Quale che possa essere la modificazione apportata da una legge nuova, in relazione, poniamo, alle esigenze formali, la forma di un atto posto in essere nella veste, la quale, al tempo della sua emissione, era conforme alle esigenze del diritto, non viene a perdere la suscettibilità di esprimere validamente, nel tempo soggetto alla legge nuova, l'azione che attraverso essa tende a esplicarsi».

⁹ Sulla distinzione tra un tempo esterno e uno interno dell'azione amministrativa, si v. G.D. Comporti, *Tempus regit actum. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, per il quale il tempo esterno «appartiene al fluire delle vicende umane e alla mutevole configurazione degli equilibri istituzionali che ne sono la risultante: esso appare, dunque, come un continuo divenire e si riflette nel principio della inesauribilità della funzione legislativa e normativa in generale. Il secondo è un tempo interno all'amministrazione, da questa stessa individuato in funzione dei singoli settori problematici di intervento, e rappresenta la cifra ed il segno esteriore atto a ricomprendere in unità diacronica tutte le sequenze istruttorie in cui si articola un procedimento» (20 ss).

¹⁰ Senza pretesa di esaustività, si v. A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; M. Mazzamuto, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; L. Cesarini, *I tempi del procedimento ed il silenzio*, in B. Cavallo (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000; M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 291; F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2004, 575; G. Bottino, *La riforma della conclusione del procedimento amministrativo tra obbligo di provvedimento espresso e modalità di determinazione dei termini finali (la l. n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 2, l. n. 241 del 1990)*, in *Foro amm. Tar*, 4, 2005, 1345; G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 251; A. Colavecchio, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, in *Nuove autonomie*, 2010, 2, 315; M. Immordino, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 57; S.S. Scoca, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*; M. Corradino, *Termini, efficacia e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, *ivi*; D. Vese, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 779; se si vuole, S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in questa *Rivista*, 2015, 2, 403.

¹¹ B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, *passim*.

¹² «Ognun vede come l'adottare un atto amministrativo in un momento anziché in un altro, il ritardare l'emanazione, l'esecuzione, o, addirittura, l'omettere ogni determinazione su di esso costituiscano, per l'Amministrazione, un ventaglio di alternative idonee ad assicurarle una incidenza notevole ed effettiva sulla gestione, tanto dell'interesse primario affidato alle sue cure, quanto degli altri interessi eventualmente coinvolti nel procedimento». Così A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., 13.

per i cittadini che si rapportano con le pubbliche amministrazioni. D'altro canto, la certezza temporale costituisce un elemento imprescindibile ai fini della programmazione delle attività umane¹³ e la tempestività dell'azione amministrativa si pone quale fattore indispensabile per garantire la competitività dell'Italia nel panorama europeo e internazionale¹⁴.

Il "tempo" costituisce un parametro determinante per ogni operazione d'investimento¹⁵, oltre che un elemento da considerare nel valutare le scelte che incidono sulla sfera personale. In un momento di grande dinamicità dei mercati e di rapidità delle trasformazioni sociali, è importante, dunque, che le amministrazioni assicurino risposte certe e in tempi brevi¹⁶.

A ciò si aggiunge che il tempo è altresì uno "strumento" di cui il diritto si serve per garantire la certezza dei rapporti all'interno dell'ordinamento, data la capacità del suo fluire talvolta di consolidare, talaltra di affievolire le pretese. L'elemento cronometrico, infatti, incide sulle dinamiche di produzione degli effetti giuridici, poiché il mero decorso del tempo è spesso idoneo a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche, come provano i vari termini disciplinati sia dal diritto privato sia dal diritto pubblico¹⁷.

Con particolare riguardo al diritto amministrativo, il riferimento va oggi, oltre che al termine di conclusione dei procedimenti, specialmente (ma non solo) ai limiti posti al potere di autotutela nei confronti dei provvedimenti più idonei a consolidare l'affidamento dei privati, nonché alla previsione, introdotta dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" (c.d. Decreto Semplificazioni)¹⁸, convertito, con modificazioni, con l. 11 settembre 2020, n. 120, secondo la quale gli atti dalla stessa individuati sarebbero inefficaci ove adottati tardivamente. Ed è proprio prendendo spunto dalle riforme varate con il Decreto Semplificazioni che muoverà la ricerca.

¹³ S. Osella, *La centralità del "tempo" nella valutazione della correttezza della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 649.

¹⁴ In questo senso, F. Patroni Griffi, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corriere giuridico*, 3, 2011, 301, per il quale non si può più negare il riconoscimento del tempo in termini di bene autonomamente meritevole di tutela. Il tempo rappresenta, infatti, «uno degli indicatori più rilevanti di misurazione dei costi delle attività e uno degli indicatori che contribuiscono a peggiorare i graduarci nelle classifiche internazionali» (307).

¹⁵ P. Quinto, *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo: le perplessità del legislatore e l'incertezza del giudice*, in *Giustamm.it*.

¹⁶ F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 527, per il quale «nello Stato del mercato la Pubblica Amministrazione è una componente del mercato. Non solo deve essere efficiente come gli operatori privati per partecipare allo sviluppo economico, ma, soprattutto, deve dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia, giuridicamente, la concorrenza».

¹⁷ G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 8, conferma che «ruolo pubblico e ruolo privato sono strettamente connessi sotto l'usbergo della certezza del diritto».

¹⁸ Si v. in proposito l'editoriale di M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in questa *Rivista*, 2020, 2.

2. *Il Decreto Semplificazioni e la rinnovata attenzione per i “tempi” delle pubbliche amministrazioni*

Negli ultimi trent'anni, le modifiche normative sui “tempi” dell'azione amministrativa si sono succedute a cadenza regolare e non vi è stata riforma più “strutturale” che non si sia interessata anche della durata dei procedimenti amministrativi per promuoverne un'accelerazione¹⁹.

L'attenzione ai “tempi” dell'azione amministrativa non è mancata nemmeno con la riforma introdotta con il Decreto Semplificazioni, che affronta in più punti la questione, incidendo su profili diversi che meritano di essere richiamati, ancorché rapidamente, anche al fine di delimitare l'ambito di indagine del presente lavoro.

La prima previsione da esaminare è contenuta nell'art. 12, co 1, lett. a), che modifica l'art. 2, l. 241/1990, inserendo i commi 4-*bis* e 8-*bis*. Il primo dispone che «le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione “Amministrazione Trasparente”, i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo».

La disposizione mette in evidenza lo “scostamento” che si registra nella prassi tra i termini di conclusione dei procedimenti stabiliti dalla (o per) legge e i tempi effettivi che le amministrazioni solitamente impiegano per adottare il provvedimento finale²⁰. Nonostante, infatti, per ogni procedimento amministrativo, come noto, sia previsto uno specifico termine di conclusione, pena l'applicazione di quello residuale di trenta giorni disciplinato dall'art. 2, l. 241/1990, assai rara-

¹⁹ Per una rapida, ancorché non esaustiva, rassegna, in ogni caso limitata agli interventi sulla l. 241/1990, a partire dall'introduzione generalizzata del termine di conclusione dei procedimenti già in sede di adozione della legge, si pensi alle continue variazioni che hanno visto modificare il termine residuale indicato dall'art. 2, dai trenta giorni originari, ai novanta giorni previsti con la l. 80/2005, per poi tornare ai trenta giorni attuali con la l. 69/2009. Ancora, non possono non assumere rilievo l'introduzione, per opera della medesima l. 69/2009, dell'art. 2-*bis* sul danno da ritardo e le riforme del 2012, con l'introduzione del provvedimento in forma semplificata per la conclusione dei procedimenti avviati a fronte di istanze manifestamente inammissibili, irricevibili, improcedibili o infondate (su cui sia consentito rinviare a S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017) e del meccanismo della sostituzione “interna”, tramite un apposito responsabile, attivabile dal soggetto interessato una volta decorso infruttuosamente il termine di conclusione del procedimento. A tali misure si è aggiunta la previsione di un indennizzo da ritardo per opera dell'articolo 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, disciplinato all'art. 2-*bis*, co. 1-*bis*.

²⁰ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

mente le amministrazioni riescono a rispettare tali termini, adottando in ritardo i provvedimenti, con conseguenze spesso assai gravose per i soggetti interessati.

A ben guardare, il Decreto Semplificazioni, con specifico riguardo al tema della durata dei procedimenti amministrativi, si limita a imporre una sorta di “censimento” dei tempi effettivi occorrenti per la conclusione dei procedimenti “di maggiore impatto” per le imprese e per i cittadini, favorendo, peraltro, una “pericolosa” gerarchia tra procedimenti (che dovrebbe essere stilata dalle amministrazioni, secondo le modalità e i criteri da determinarsi con DPCM). Sebbene non si spinga oltre la promozione di un “controllo generalizzato” del rispetto dei termini²¹, la disposizione ha senz'altro il merito di “puntare” nuovamente l'attenzione sulla tempestività dell'azione amministrativa, la cui rilevanza è confermata dalla contestuale modifica dell'art. 29, co. 2-*bis*, l. 241/1990, che riconduce l'obbligo di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti ai livelli essenziali delle prestazioni *ex art.* 117, co. 2, lett. *m*), Cost.

Invero, dalla lettura dell'intero Decreto Semplificazioni, emerge in generale una certa attenzione per i “tempi” dell'azione amministrativa anche rispetto all'ulteriore profilo, richiamato nel paragrafo introduttivo, che vede nel fattore temporale uno “strumento” per garantire la certezza dei rapporti. Occorre soffermarsi, allora, sulla seconda previsione introdotta dall'art. 12 del Decreto Semplificazioni all'art. 2, l. 241/1990, ossia il nuovo comma 8-*bis*, ai sensi del quale «le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-*ter*, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

La norma “sanziona” con l'inefficacia gli atti adottati successivamente alla scadenza dei termini previsti dalla relativa disciplina che, conseguentemente, devono essere considerati perentori. Al fine di valutare l'effettiva portata della disposizione, dunque, è opportuno esaminare gli atti disciplinati dalla l. 241/1990 cui fa riferimento il comma 8-*bis*.

²¹ La portata più innovativa della disposizione sembra consistere, invero, nella forma di pubblicità, che consente un “controllo” della tempestività dell'azione amministrativa a prescindere dall'interesse in un dato procedimento. Allo scarto tra il termine di conclusione previsto e il tempo effettivamente impiegato, infatti, sebbene esclusivamente in caso di procedimenti a istanza di parte, è già attribuito rilievo ai sensi dell'art. 2, co. 9-*quinquies*, l. 241/1990, a mente del quale «nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte sono espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato».

Innanzitutto, si richiamano le determinazioni relative all'oggetto della conferenza di servizi semplificata che devono essere rese dalle amministrazioni coinvolte entro il termine comunicato dall'amministrazione procedente, invero classificato come perentorio già dall'art. 14-*bis*, co. 2, lett. c). Il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2, chiarendo che l'atto adottato oltre il termine è inefficace, conferma tale perentorietà.

L'inefficacia è altresì disposta ove siano adottati in ritardo gli atti disciplinati dall'art. 17-*bis*, commi 1 e 2, ossia gli atti di assenso, concerto o nulla-osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici da acquisire in vista dell'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche e che, secondo quanto previsto dall'articolo 17-*bis*, si intendono acquisiti una volta scaduto infruttuosamente il termine per gli stessi previsto. Ancora, sono inefficaci gli atti emanati all'esito della riunione, nell'ambito della conferenza di servizi simultanea di cui all'art. 14-*ter*, oltre il termine stabilito, poiché anche in quel caso il legislatore ha attribuito un significato all'assenza o alla partecipazione non attiva delle amministrazioni, prevedendo che sia acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Di maggiore impatto, il richiamo agli atti adottati a seguito della formazione del silenzio assenso ai sensi dell'art. 20, ossia nell'eventualità in cui l'amministrazione non abbia adottato un provvedimento di diniego ovvero indetto una conferenza di servizi entro il termine di conclusione del procedimento. La nuova previsione chiarisce che quando la legge attribuisce valore al silenzio, la sua formazione impedisce alle amministrazioni competenti di intervenire tardivamente perché il silenzio è già produttivo dei medesimi effetti del provvedimento²²: la previsione del silenzio significativo, infatti, non fa venire meno il dovere di provvedere²³ (e, dunque, di condurre un'istruttoria completa²⁴) e la tutela è assicurata tramite l'azione di annullamento.

In particolare, ai sensi dell'art. 20, l. 241/1990, il silenzio mantenuto oltre il termine previsto per esprimersi produce i medesimi effetti di un atto di assenso, pertanto all'amministrazione è precluso riesercitare il potere, esaurito al pari

²² F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, afferma nella premessa del suo lavoro che non si pone un problema di inerzia e, quindi, di tutela quando è la stessa legge a equiparare il silenzio al provvedimento amministrativo; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. a cura di F. Fracchia, Milano, 2020, 556, per il quale il provvedimento di rifiuto costituisce esercizio di un potere.

²³ A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, *passim*; M. Renna, F. Figorilli, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2009.

²⁴ V. Parisio, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio n. 80*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 7-8, 2798.

di quanto sarebbe accaduto in caso di adozione del provvedimento espresso²⁵. Un ulteriore intervento sarebbe ammesso solamente in presenza dei presupposti e delle condizioni per l'esercizio del potere di autotutela.

Tuttavia, la norma non consente di superare i dubbi applicativi concernenti l'istituto del silenzio-assenso²⁶, che, pur non potendo essere esaminati nel dettaglio in questa sede, non consentono di valutare il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 come risolutivo delle principali criticità registrate nella prassi²⁷. La previsione dell'inefficacia degli atti adottati successivamente alla scadenza del termine *ex art.* 20, in particolare, non risolve il problema dell'incertezza in cui versano gli interessati rispetto all'intervenuta formazione del silenzio produttivo dei medesimi effetti di un provvedimento di accoglimento²⁸, vuoi perché, nonostante il tentativo di censire i procedimenti oggetto di silenzio-assenso²⁹, il suo ambito di applicazione resta non esattamente circoscritto, vuoi perché, la giurisprudenza amministrativa, almeno con riguardo alla fattispecie in materia edilizia, ha chiarito che, ai fini della formazione del silenzio-assenso, non è sufficiente il mero decorso del termine di conclusione del procedimento, ma è comunque necessaria la sussistenza dei requisiti e dei presupposti di legge³⁰.

²⁵ M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, 288.

²⁶ Cfr., fra tanti, A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit.; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, XIV, 156; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario Giuridico di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5550; Id., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996., 150; M. Occhiena, F. Saitta, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 5, 399.

²⁷ M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*.

²⁸ Id., *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *Giustiziainsieme.it*.

²⁹ Si v. in proposito il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, recante "Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124" (c.d. SCIA 2), su cui si v. E. Boscolo, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazione e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2016, 601.

³⁰ *Ex multis*, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 giugno 2020, n. 185; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1730; sez. VIII, 6 maggio 2020, n. 1654; Tar Perugia, sez. I, 4 maggio 2020, n. 187; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2020, n. 634; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 marzo 2020, n. 690; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173; Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 49; Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, che ha riformato la sentenza di primo grado con cui era stata accolta l'azione di accertamento della formazione del silenzio assenso su un'istanza di permesso di costruire, chiarendo che «la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia presa in esame e sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie da cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista».

Ne deriva che ove l'amministrazione intervenga tardivamente, l'inefficacia del provvedimento, in ogni caso rimessa all'accertamento di un giudice³¹, potrebbe essere messa in discussione dall'incertezza sull'intervenuta formazione del silenzio-assenso³², ad eccezione delle ipotesi in cui l'interessato abbia "giocato d'anticipo", esercitando un'azione (atipica) di accertamento del silenzio-assenso³³ che, in tal caso, parrebbe idonea a "vincolare" l'amministrazione anche rispetto all'eventuale esercizio del potere di autotutela³⁴.

A meno di non ritenere che il nuovo comma 8-*bis* abbia inteso confermare, in maniera indubbiamente più sistematica (e superando l'orientamento giurisprudenziale dominante almeno con riguardo alla fattispecie edilizia), che per la formazione del silenzio-assenso sia sufficiente il mero decorso del termine, a prescindere dall'effettiva sussistenza dei requisiti e presupposti di legge³⁵. Le amministrazioni, dunque, una volta formatosi il silenzio assenso non potrebbero che intervenire in autotutela, con il rischio, tuttavia, che le stesse siano disincentiva-

³¹ Peraltro, come meglio si dirà, l'inefficacia parrebbe una conseguenza dell'invalidità e, in particolare, della nullità del provvedimento amministrativo, ponendosi, pertanto, anche un tema di giurisdizione, superabile, rispetto alla fattispecie in esame, alla luce della previsione dell'art. 20, co. 5-*bis*, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'applicazione dell'articolo, come confermato anche dall'art. 133, co. 1, lett. a-*bis*), c.p.a.

³² Interessante, a tal proposito, la previsione dell'art. 20, co. 8, D.P.R. 380/2001, come modificata dalla l. 120/2020 di conversione del d.l. 76/2020, a mente della quale «fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti».

³³ Si v. ancora Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, che ha chiarito che l'assenza di un'azione generale di accertamento nel c.p.a. «non preclude la possibilità di una tecnica di tutela che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di protezione non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme, immediatamente precettive, dettate dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., cui si ispira l'art. 1 del c.p.a.». Nel caso di specie, l'azione era stata proposta proprio al fine di far accertare l'intervenuta formazione del silenzio-assenso, tuttavia, negata dal giudice d'appello, in riforma della sentenza di primo grado, per la mancata conformità della fattispecie rappresentata al paradigma normativo.

³⁴ Vero è, infatti, che l'accertamento giudiziale della situazione giuridica finale, intesa come quella incisa dall'esercizio del potere, «non può quindi coprire i successivi episodi di esercizio del potere che, non essendo ancora avvenuti, non consentono di considerare attuale la relativa situazione effettuale». Tuttavia, vi sarebbe un temperamento nel fatto che «risultano comunque coperti dal giudicato i fatti già considerati nella precedente decisione, in adesione alla teoria dell'efficacia portante della motivazione»: così A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I – Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 169.

³⁵ Come pure è stato sostenuto in giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 5034, che chiarisce che «alla luce del chiaro disposto dell'art. 87, comma 9, d.lgs. n. 259/2003, deve ritenersi che l'autorizzazione si sia perfezionata per silenzio-assenso sull'istanza congiunta presentata il 4 agosto 2014, non ostandovi la dedotta violazione del limite distanziale, la quale andava verificata all'interno della fase istruttoria e nel termine di 90 giorni, e, una volta spirato tale termine, poteva tutt'al più formare oggetto di provvedimento di annullamento in autotutela, il quale nella specie non solo mai risulta essere stato adottato, ma i cui presupposti sono stati positivamente esclusi con la nota del 24 maggio 2016, e per il resto, doveva essere dedotto quale vizio di legittimità entro il termine decadenziale fissato per la proposizione del ricorso giurisdizionale».

te dall'adottare anche gli atti confermativi³⁶, che avrebbero quantomeno il merito di accertare l'intervenuta formazione del silenzio assenso e tutelare maggiormente il privato.

Terminata la digressione, che tornerà utile nella parte conclusiva del lavoro, occorre accennare agli altri atti inefficaci, ai sensi del nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2, ossia quelli adottati dall'amministrazione competente una volta decorsi i termini disciplinati dai commi 3 e 6-*bis* dell'art. 19 della medesima l. 241/1990, in materia di segnalazione certificata di inizio attività. Anche in tal caso, la disposizione conferma la perentorietà del termine che poteva già evincersi, invero, dalla previsione del comma 4 dell'art. 19, a mente del quale, decorso il termine previsto per l'eventuale adozione degli atti inibitori, l'amministrazione competente può adottare i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e rimozione degli effetti dannosi solamente in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*³⁷.

In tutti i casi contemplati dal nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 si fa riferimento, dunque, a fattispecie in cui il termine è perentorio ovvero la legge attribuisce "valore" al silenzio³⁸. Di conseguenza, esulano dall'ambito di applicazione della disposizione i casi in cui il silenzio serbato dall'amministrazione oltre il termine di conclusione del procedimento si configuri quale mero fatto, come inadempimento del dovere, sancito dall'art. 2, l. 241/1990, di concludere con un provvedimento espresso i procedimenti che conseguono obbligatoriamente a un'istanza ovvero che debbano essere avviati d'ufficio³⁹.

Inoltre, la norma si riferisce esclusivamente a fattispecie in cui la legge fa derivare dal silenzio i medesimi effetti di un atto di assenso. Restano esclusi, dunque, anche i casi di silenzio-diniego, cui la legge riconduce i medesimi effetti di un provvedimento di rifiuto; esclusione che potrebbe giustificarsi accogliendo la

³⁶ Invero, accogliendo la tesi della consumazione del potere in caso di formazione del silenzio-assenso, gli atti tardivi sarebbero meramente confermativi e, dunque, per loro stessa natura improduttivi di effetti, tanto da non potere essere impugnati autonomamente (cfr. ancora Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 5034, in cui si chiarisce che la nota adottata dall'amministrazione successivamente alla formazione del silenzio assenso *ex art. 87, co. 9, d.lgs. 259/2003*, costituisce un «atto meramente confermativo della legittimità del provvedimento autorizzatorio in precedenza perfezionatosi, e non già di un nuovo titolo abilitativo ad autonoma valenza lesiva»). Ove il provvedimento fosse il risultato di una «nuova» istruttoria, invece, si tratterebbe di un atto di conferma, espressione del potere di riesame (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 555).

³⁷ Tra tanti, W. Giulietti, N. Paolantonio, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 902, spec. 929; R. Bertoli, *S.C.I.A. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2017, 1381; M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*; M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ivi*.

³⁸ In virtù di una *fiction iuris* che consente di considerare adempiuto il dovere di provvedere alla scadenza del termine del procedimento: cfr. A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 715; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), cit.

³⁹ Sia consentito rinviare a S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., *passim*.

tesi secondo la quale il diniego non determinerebbe l'esaurimento del potere⁴⁰. Tesi, tuttavia, non troppo coerente dal punto di vista sistematico, in virtù dell'equiparazione, anche in tal caso, degli effetti del silenzio a quelli del provvedimento, e comunque "sbilanciata" in favore del soggetto istante, a discapito di eventuali controinteressati.

L'esclusione troverebbe, però, sostegno nell'orientamento giurisprudenziale che riconosce all'amministrazione il potere di intervenire successivamente alla formazione del silenzio-diniego, ad esempio, con riguardo alle istanze di accesso *ex art. 25, co. 4, l. 241/1990*⁴¹, oppure nei casi di richiesta di permesso in sanatoria, *ex art. 36, co. 3, D.P.R. 380/2001*⁴².

⁴⁰ Si v. M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 248. Per F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 110, la pronuncia formale di rigetto è volta principalmente a rendere conoscibile il risultato della valutazione svolta dall'amministrazione circa l'opportunità di adottare o meno un dato provvedimento. Secondo l'A., infatti, il contenuto del dovere di provvedere non è l'esercizio del potere ma «l'agire per l'esercizio (eventuale) del potere».

⁴¹ Tar Veneto, Venezia, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 44, chiarisce che «in materia di accesso il legislatore attribuisce una valenza significativa di rifiuto all'inerzia dell'Amministrazione, dal quale decorre il termine di decadenza, per l'istante, per impugnare il diniego implicito, ma ciò non implica che il decorso del predetto termine comporti anche la consumazione del potere non ancora esercitato, con la conseguenza che la domanda di accesso può legittimamente essere accolta o respinta con un provvedimento espresso anche dopo il decorso del termine, dato che un tale provvedimento, pur se tardivo, è idoneo a far venir meno gli effetti del silenzio significativo (cfr. Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 11 febbraio 2010, n. 544). Pertanto, analogamente a quanto accade con riguardo al silenzio relativo al ricorso gerarchico previsto dall'art. 6 del DPR 24 novembre 1971, n. 1199, deve ritenersi che l'eventuale accoglimento tardivo della domanda, pur impugnabile da parte dei terzi, non sia da questi censurabile per tardività (cfr. relativamente al ricorso gerarchico, cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1989, n. 17)»; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2015, n. 3442; Latina, sez. I, 7 novembre 2013, n. 839, che osserva come «oggetto del giudizio di cui all'art. 116 c.p.a. non sia la verifica della legittimità del diniego sull'istanza di accesso, quanto la valutazione della fondatezza di detta istanza: perciò, da un lato, il silenzio diniego va visto come mero fatto di legittimazione processuale, dall'altro lato, la P.A. non perde il potere di pronunciarsi esplicitamente sull'istanza stessa (il che è poi pacificamente ammesso per il caso di un suo tardivo accoglimento). Dunque, un diniego esplicito che, come nella fattispecie per cui è causa, sia fondato su una motivazione espressa, in esito all'istruttoria compiuta ed alla valutazione effettuata, non può assumere le caratteristiche di un atto meramente confermativo di un precedente silenzio con valore legale tipico di diniego, ma costituisce atto di conferma a carattere rinnovativo, il quale modifica la realtà giuridica e riapre i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale (cfr. C.d.S., Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115)».

⁴² Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 11 luglio 2013, n. 2059; Tar Basilicata, Sez. I, 21 giugno 2012, n. 306, in cui si chiarisce che «al di là del valore che si voglia assegnare al perfezionarsi della fattispecie di silenzio indicata nel terzo comma del citato art. 36 (se silenzio rigetto, dando valore al tenore letterale della norma o silenzio inadempimento), l'Amministrazione, in seguito al decorso del termine indicato, non perde il potere di provvedere espressamente sull'istanza di sanatoria. Nell'ipotesi, difatti, in cui la stessa invece di richiamare l'intervenuto silenzio rigetto, provvede espressamente sulla domanda, si forma un nuovo e autonomo provvedimento, avente piena efficacia, soggetto al normale regime di impugnazione. Anche in seguito al formarsi del silenzio-rigetto sulla domanda di accertamento di conformità, difatti, l'Amministrazione conserva il potere di provvedere in via esplicita in ordine alla conformità delle opere e, in ipotesi di rigetto dell'istanza medesima, l'atto in quanto emesso a seguito di istruttoria e dotato di motivazione esplicita, non può intendersi come meramente confermativo del diniego formatosi in via tacita (T.A.R. Napoli Campania, sez. IV, 3 aprile 2012, n. 1542; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 13 luglio 2010, n. 6689)»; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 9 settembre 2004, n. 11896.

Tornando, invece, alle novità introdotte dal Decreto Semplificazioni, l'“ossessione” per i “tempi” dell'azione amministrativa emerge anche da altre disposizioni che, sebbene meno rilevanti ai fini del presente lavoro, meritano di essere quantomeno richiamate. L'attenzione per la tempestività dell'azione amministrativa si evince, in particolare, dall'art. 13 del Decreto che, seppur temporaneamente, ossia fino al 31 dicembre 2021, consente alle amministrazioni procedenti, in tutti i casi in cui debba essere indetta una conferenza di servizi decisoria, di adottare lo strumento della conferenza semplificata, cui si applicano ulteriori misure di accelerazione⁴³.

Ancora, il Decreto Semplificazioni è intervenuto sulla specifica materia dei contratti pubblici, rispetto alla quale si avverte forte il “peso” dei tempi delle amministrazioni pubbliche. A tal proposito, si distinguono misure temporanee, volte a favorire un'accelerazione nella conclusione delle procedure a evidenza pubblica e nell'esecuzione dei lavori in via d'urgenza⁴⁴, per favorire il rilancio del

⁴³ Ai sensi del richiamato art. 13, co. 1, «a) tutte le amministrazioni coinvolte rilasciano le determinazioni di competenza entro il termine perentorio di sessanta giorni; b) al di fuori dei casi di cui all'articolo 14-*bis*, comma 5, l'amministrazione precedente svolge, entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per il rilascio delle determinazioni di competenza delle singole amministrazioni, con le modalità di cui all'articolo 14-*ter*, comma 4, della legge n. 241 del 1990, una riunione telematica di tutte le amministrazioni coinvolte nella quale prende atto delle rispettive posizioni e procede senza ritardo alla stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi verso la quale può essere proposta opposizione dalle amministrazioni di cui all'articolo 14-*quinqües*, della legge n. 241 del 1990, ai sensi e nei termini ivi indicati. Si considera in ogni caso acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione ovvero, pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione, ovvero abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza». Ai sensi del comma 2, «ove si renda necessario riconvocare la conferenza di servizi sul livello successivo di progettazione tutti i termini sono ridotti della metà e gli ulteriori atti di autorizzazione, di assenso e i pareri comunque denominati, eventualmente necessari in fase di esecuzione, sono rilasciati in ogni caso nel termine di sessanta giorni dalla richiesta».

⁴⁴ Si v. in particolare l'art. 8 del Decreto Semplificazioni, ai sensi del quale «1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2021: a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura; b) le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare; c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti; d) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a

Paese, specie a seguito della situazione emergenziale cagionata dalla diffusione del virus Covid-19, e misure “definitive” o “ordinarie”, che confermano la rilevanza dei “tempi” non soltanto per non pregiudicare gli interessi privati, ma anche, e soprattutto, per la cura dell’interesse pubblico. Tra queste ultime, è di particolare interesse la disposizione dell’art. 4 del Decreto Semplificazioni, rubricato “Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali”, nella parte in cui ha modificato il comma 8 dell’art. 32, d.lgs. 50/2016, la cui formulazione attuale prevede, tra l’altro, che l’eventuale differimento della stipulazione del contrat-

condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell’emergenza da COVID-19. 2. In relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall’articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all’adozione dell’eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020. 3. In relazione agli accordi quadro di cui all’articolo 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, efficaci alla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e fermo quanto previsto dall’articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 2020 provvedono, entro la data del 31 dicembre 2020, all’aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all’esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54. 4. Con riferimento ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del presente decreto: a) il direttore dei lavori adotta, in relazione alle lavorazioni effettuate alla medesima data e anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo stato di avanzamento dei lavori entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Il certificato di pagamento viene emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall’adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento viene effettuato entro quindici giorni dall’emissione del certificato di cui al secondo periodo; b) sono riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell’intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d’asta, i maggiori costi derivanti dall’adeguamento e dall’integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e all’articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, e il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all’approvazione dell’aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi; c) il rispetto delle misure di contenimento previste dall’articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall’articolo 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 nonché dai relativi provvedimenti attuativi, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell’articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all’esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all’Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni previsti dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell’articolo 107 del decreto legislativo n. 50 del 2016». Ancora, ai sensi del comma 6-bis, «in considerazione dell’emergenza sanitaria da COVID-19 e delle conseguenti esigenze di accelerazione dell’iter autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull’ambiente, sulle città o sull’assetto del territorio, sino al 31 dicembre 2023, su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici, le regioni, ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale, previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, possono autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico di cui all’articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e al relativo regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76, consentendo alle medesime amministrazioni aggiudicatrici di procedere direttamente agli studi di prefattibilità tecnico-economica nonché alle successive fasi progettuali, nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

to, concordato con l'aggiudicatario, debba comunque essere giustificato «dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto». Inoltre, «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto», a ulteriore dimostrazione di quanto sarà oggetto di approfondimento nei prossimi paragrafi, sull'importanza che i tempi dell'amministrazione, anche a prescindere da specifici termini, siano ragionevoli e comunque giustificati alla luce degli interessi coinvolti.

3. *Delimitazione dell'ambito di indagine: il "tempo" del procedimento (da concludersi necessariamente con un provvedimento espresso)*

Nonostante i richiamati interventi del Decreto Semplificazioni su alcuni profili temporali dell'azione amministrativa, come anticipato, resta "aperta" la questione della "sorte" del provvedimento tardivo, adottato dopo la scadenza del termine previsto per il relativo procedimento, nelle ipotesi in cui occorra un atto espresso, vuoi perché la presenza di interessi sensibili impedisce la formazione del silenzio assenso, vuoi perché il procedimento deve essere iniziato d'ufficio. Invero, quantomeno implicitamente, il Decreto Semplificazioni, nella parte in cui, da un lato, elenca puntualmente gli atti che, se adottati successivamente alla scadenza del relativo termine, devono essere considerati inefficaci, dall'altro, dispone che siano misurati e resi pubblici, ai sensi del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 2, i termini effettivi di conclusione dei procedimenti, sembra confermare che l'amministrazione non "perda" il potere di adottare il provvedimento finale in ritardo⁴⁵.

Senonché, l'assenza di conseguenze sulla validità del provvedimento, in caso di violazione del termine di conclusione del procedimento, almeno secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante che ne esclude finanche l'illegittimità⁴⁶, le posizioni restrittive che la giurisprudenza continua a esprimere rispetto

⁴⁵ In questo senso muove altresì la possibilità per l'amministrazione di adottare il provvedimento tardivo nelle more del giudizio avverso il silenzio ovvero in forza della sostituzione procedimentale, ossia a seguito del ricorso a quei rimedi che presuppongono l'intervenuta scadenza del termine di conclusione applicabile al procedimento.

⁴⁶ Sia consentito rinviare a S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit., per la ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sulla validità dell'atto tardivo. Nonostante la tesi prevalente, non si può non richiamare il contributo di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 172 ss., per il quale gli effetti della scadenza del termine sulla validità del provvedimento sono diversi a seconda che il procedimento sia su istanza di parte o d'ufficio. Nel primo caso, il superamento del termine non pregiudicherebbe la validità del provvedimento, prevalendo l'interesse del destinatario a ottenere comunque l'atto, ancorché tardivo. Nel secondo caso, invece, il termine si porrebbe quale limite esterno all'esercizio del potere, con conseguente nullità del provvedimento adottato tardivamente. L'A. chiarisce, peraltro, che, ove si accogliesse la tesi dell'annullabilità del provvedimento tardivo, cambierebbero soltanto i meccanismi processuali da attivare, poi-

alla tutela risarcitoria per danno da ritardo⁴⁷ e, oggi, la specifica previsione per cui le amministrazioni, quantomeno per i procedimenti aventi un maggiore impatto per imprese e cittadini (*sic!*), sono tenute a misurare e rendere pubblici i tempi effettivi dei procedimenti, invitano a interrogarsi sull'esistenza di un "altro tempo" dell'amministrazione, diverso da quello stabilito dalla (o per) legge.

L'attenzione "puntata" sui "tempi effettivi", anziché sui termini di conclusione applicabili ai singoli procedimenti⁴⁸ (a ben guardare effettivamente "utili" solamente per determinare la formazione dei silenzi significativi, nonché il momento a partire dal quale è possibile attivare i rimedi, giurisdizionali e non, avverso il silenzio inadempimento), rende più promettente soffermarsi sulla "ragionevole durata" del procedimento, anche sulla scia delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Lo scopo è di offrire una soluzione interpretativa che prenda più attentamente in considerazione gli effetti delle lungaggini procedurali sugli interessi privati e pubblici coinvolti, muovendo dal presupposto che non è accettabile, per la cura dell'interesse pubblico, prima ancora che per la tutela degli interessi privati, la "sostanziale arbitrarietà temporale" di cui dispongono le amministrazioni pubbliche nella definizione dei procedimenti amministrativi.

L'analisi che ci si propone di svolgere, anche tenendo conto della rilevanza dell'elemento temporale per le conseguenze che un'eccessiva durata del procedimento amministrativo potrebbe avere con riguardo alla disciplina applicabile al provvedimento, in virtù della regola del *tempus regit actum*, si concentra sul concetto di "ragionevolezza" del "tempo" del procedimento amministrativo, per sostenere, secondo una soluzione che si intende meditatamente riproporre⁴⁹, che, una volta scaduti i termini stabiliti per i singoli procedimenti, l'amministrazione dovrebbe adottare il provvedimento finale alle condizioni previste dall'art. 21-*nonies* per la convalida, ossia entro un tempo ragionevole, sussistendone l'interesse pubblico e, in analogia con quanto previsto per l'annullamento d'ufficio,

ché in ogni caso la violazione del termine non sarebbe sanabile da parte dell'amministrazione. Per F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990*, cit., invece, la violazione del termine di conclusione del procedimento dovrebbe essere causa di illegittimità del provvedimento, senza distinzioni rispetto alla natura su istanza o d'ufficio del procedimento. Di recente, quest'ultima tesi è stata accolta da M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 272, mentre la tesi di Clarich è stata riproposta da D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit.

⁴⁷ Da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 24 dicembre 2020, n. 8306; sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 1° ottobre 2020, n. 583; Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 3 ottobre 2019, n. 11517. Ancora S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

⁴⁸ Non si può escludere che la disposizione "anticipi" una riforma dei termini di conclusione dei procedimenti per renderli più adeguati a quelli effettivi. In una prospettiva meno promettente, essa si limita a promuovere un controllo generalizzato sulla tempestività dell'azione, estendendo quello già consentito, nei procedimenti a istanza di parte, ai soggetti interessati, secondo il disposto del richiamato art. 2, co. 9-*quinquies*, l. 241/1990.

⁴⁹ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Parametri che potrebbero essere sindacati dal giudice in caso di impugnazione del provvedimento tardivo e che, del resto, in caso di ricorso avverso il silenzio, sarebbero valutati dal giudice nello stabilire il “termine” per adempiere, solamente “di norma” non superiore a trenta giorni.

Se è vero che, così, si “riduce” la rilevanza del termine di conclusione del procedimento, la cui violazione non comporterebbe necessariamente l’illegittimità del provvedimento, è altrettanto vero che, secondo la ricostruzione che si propone, la validità del provvedimento dovrebbe essere valutata non soltanto rispetto al “ragionevole” ritardo, ma anche alla luce dell’interesse pubblico all’adozione dell’atto, ancorché tardiva, e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati⁵⁰. In tal modo, da un lato, si “sfuggirebbe” alle rigidità della perentorietà del termine (si pensi al provvedimento adottato con un solo giorno di ritardo), dall’altro, sarebbe annullabile il provvedimento emanato a distanza di un irragionevole lasso di tempo dall’avvio del procedimento⁵¹, ove non si dimostrasse il particolare interesse pubblico all’adozione tardiva dell’atto (specialmente in caso di provvedimenti d’ufficio) ovvero non si desse conto del dovuto bilanciamento tra gli interessi del destinatario e degli eventuali controinteressati⁵² (in particolare nei procedimenti su istanza di parte).

Per restare ancorati al tema che più interessa in questa sede, tuttavia, ossia il “tempo” del procedimento, nei prossimi paragrafi si valuterà la possibilità di estendere il concetto di “ragionevole durata”, tipico del processo, al procedimento amministrativo, esaminando la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, tenendo sempre a mente che per i procedimenti amministrativi, a differenza di quanto avviene per i processi, sono già previsti specifici termini di conclusione⁵³.

⁵⁰ Si ritiene, infatti, di non potere condividere la tesi di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 27 ss., che fa derivare dalla violazione del termine conseguenze diverse a seconda che il procedimento sia su istanza di parte o d’ufficio, perché, rispetto ai provvedimenti ampliativi, non sembra attribuire il giusto rilievo agli interessi dei controinteressati, per i quali le esigenze di certezza sottese alla promozione di un’azione amministrativa tempestiva sono parimenti importanti. Sull’inesistenza di un «principio di favore per il privato titolare dell’interesse legittimo pretensivo» anche M. Trimarchi, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 274.

⁵¹ Emblematica in tal senso la pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 aprile 2013, n. 395, che ha annullato il provvedimento tardivo chiarendo che, nonostante il termine di conclusione del procedimento di 150 giorni non assumesse esplicitamente la qualifica di perentorio, «la stessa così lunga ed ingiustificata durata del procedimento di specie ne declini, per ciò solo, la sua permeante illegittimità (CdS 5413/012). Infatti una simile durata è del tutto irragionevole, fuori da ogni logica, abnorme ed ingiustificata».

⁵² È interessante notare che la già richiamata sentenza del Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 aprile 2013, n. 395, è stata resa nel giudizio di impugnazione promosso dal controinteressato avverso un provvedimento di AIA tardivo, rilasciato più di quattro anni dopo l’avvio del procedimento.

⁵³ L’analisi non comprenderà, invece, le misure emergenziali, pure riguardanti i tempi procedimentali, adottate per fare fronte, temporaneamente, ai rallentamenti causati dalla diffusione del virus Covid-19, tro-

4. *Dalla ragionevole durata del processo alla ragionevole durata del procedimento*

La tempestività dell'azione amministrativa parrebbe costituire un valore tutelato anche dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵⁴. Una premessa si rende necessaria, tuttavia, dal momento che la Convenzione, nella parte che qui interessa, si riferisce espressamente all'attività giudiziaria e non a quella amministrativa: l'art. 6, dedicato al giusto processo, prevede, infatti, tra l'altro, che il giudizio debba concludersi entro un termine ragionevole⁵⁵.

vando giustificazione nelle difficoltà operative in ogni settore riscontrate nella fase più acuta della pandemia. Il riferimento va a quanto disposto dall'art. 103 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, con l. 24 aprile 2020, n. 27, su cui si v. M.A. Sandulli, N. Posteraro, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103*, in *Federalismi.it*; G. Vercillo, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 (e ss.mm.): una possibile lettura*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 29; G. Strazza, *Il "tempo" del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, *ivi*, 2020, 2, 107.

⁵⁴ La Convenzione è immediatamente applicabile nel nostro ordinamento quale norma interposta che integra quanto previsto a livello costituzionale dall'art. 117, c. 1: si v. le importanti pronunce della Corte cost. del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, I, 40, con note di R. Romboli e A. Travi. Tra i numerosi commenti, si v. C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *www.giurcost.org*; M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3573 e ss; F. Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre del 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, 1, 10 e ss.; A. Ruggieri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sent. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in *ForumCostituzionale.it*; A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Federalismi.it*; T.F. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *ForumCostituzionale.it*; C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3518; F. Giuffré, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 6 Cedu, «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

Sennonché analoghe considerazioni parrebbero valere per il procedimento amministrativo alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo⁵⁶. Nonostante la formulazione letterale dell'art. 6 propenda per una lettura processuale della disposizione, la Corte ha fornito un'interpretazione sostanziale, ad esempio per attribuire ai termini "tribunale", "accusa penale" e "diritti e obbligazioni di carattere civile" un significato autonomo, più ampio di quello riconosciuto dai singoli ordinamenti nazionali, con il preciso intento di evitare facili elusioni delle previsioni in materia di giusto processo. Da qui l'estensione della nozione di "tribunal" ad alcune autorità amministrative⁵⁷ e la conseguente necessità di assicurare l'osservanza dell'art. 6 CEDU almeno tutte le volte in cui sia possibile ricondurre la fattispecie amministrativa a quelle prese in considerazione dalla norma in termini di "accuse penali" e "diritti civili"⁵⁸, guardando all'effettiva

⁵⁶ Si v. in particolare lo studio di M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

⁵⁷ Con riferimento al termine "tribunale" l'attenzione è stata rivolta non tanto ai profili organizzativi, quanto a quelli funzionali, per cui può essere inteso come tale qualsiasi autorità pubblica dotata di poteri decisorii idonei a incidere sulla sfera giuridica dei privati. Ciò che rileva è l'effetto della decisione, ossia la modificazione della realtà giuridica prodotta, indipendentemente dalla qualificazione nazionale dell'organo che ha adottato la determinazione. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre interpretato, quindi, la nozione di tribunale in maniera estensiva, al di là del significato formale attribuito dai singoli ordinamenti, essendo sufficiente che la decisione assunta fosse vincolante per i destinatari, cosa che certamente avviene quando l'amministrazione esercita il potere, incidendo significativamente sulla situazione giuridica soggettiva del privato. Non è necessario che sia pendente una vera e propria causa, ma ciò che conta è che la decisione che deve essere assunta abbia una portata decisiva per il privato, come avviene nel caso delle determinazioni amministrative. A tal proposito, è utile richiamare, fra tutte, la decisione della Corte EDU sul caso *Ringeisen v. Austria* del 16 luglio 1971, in cui i giudici di Strasburgo, pur negando nel caso di specie la violazione dell'art. 6 CEDU, ne affermano l'applicabilità anche alle decisioni assunte da un "administrative body": *«for Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case ("contestation") it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, which is the view of the majority of the Commission and of the Government. The wording of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), is far wider; the French expression "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text "determination of... civil rights and obligations", confirms this interpretation. The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence. In the present case, when Ringeisen purchased property from the Roth couple, he had a right to have the contract for sale which they had made with him approved if he fulfilled, as he claimed to do, the conditions laid down in the Act. Although it was applying rules of administrative law, the Regional Commission's decision was to be decisive for the relations in civil law ("de caractère civil") between Ringeisen and the Roth couple. This is enough to make it necessary for the Court to decide whether or not the proceedings in this case complied with the requirements of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), of the Convention»*. Si v. anche *Kolb and Others v. Austria*, 17 aprile 2003; *Entleiner v. Austria*, 1° agosto 2000; *Stallinger and Kuso v. Austria*, 23 April 1997; *Ettl and Others v. Austria*, 23 April 1987; 19 aprile 1974, *Vieira Sramek v. Austria*, in cui si legge che deve intendersi per "tribunal" qualsiasi organo la cui funzione sia *«to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner»*. Per un approfondimento, S. Mirate, *Il fattore tempo nel procedimento e nel processo amministrativo*, in www.articolo111.it.

⁵⁸ Sul punto, si v. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., per la quale «se l'idea di fondo è che le garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU debbano essere assicurate ogni qual volta una posizione soggettiva sia incisa dall'esercizio di un "potere", è evidente che ciò può avvenire sia nel corso di un processo giurisdizionale sia, a maggior ragione ed in ogni caso preliminarmente, nell'ambito di un procedimen-

natura della situazione giuridica fatta valere, anziché al tipo di qualificazione o di disciplina dettata dall'ordinamento interno⁵⁹.

Con riguardo specifico al tema della tempestività dell'azione amministrativa, è interessante richiamare la pronuncia del 30 ottobre 1991, *Wiesinger v. Austria*, in cui i giudici, nel valutare se vi fosse stata violazione della disposizione sul termine ragionevole, hanno tenuto in considerazione anche la fase procedimentale, poiché il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6 nell'ambito di un procedimento di ricomposizione fondiaria che, tra la fase amministrativa e quella processuale, era durato oltre dieci anni. La Corte di Strasburgo in quell'occasione ha affermato che, al fine di valutare la ragionevole durata, doveva tenersi conto del procedimento nella sua interezza, tanto più che la lunghezza del processo giurisdizionale era stata causata, a monte, dalla eccessiva durata del procedimento amministrativo per la pianificazione urbanistica territoriale.

Secondo la Corte EDU, in particolare, il ricorso davanti al giudice amministrativo era stato rigettato perché ancora non era stato adottato il piano definitivo, a dimostrazione dell'intreccio di una serie di procedimenti, amministrativi e giurisdizionali, che andavano considerati congiuntamente per verificare il rispetto ovvero la violazione della ragionevole durata prescritta dall'art. 6 CEDU⁶⁰.

to amministrativo. Infatti, la necessità di difesa delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della p.a. sorge innanzitutto sul piano sostanziale» (45). Si v. anche S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 177, per cui diversamente opinando si rischierebbe di creare una disparità di trattamento tra i cittadini, posto che il singolo ordinamento potrebbe evitare l'applicazione della norma semplicemente qualificando alcuni ambiti materiali come rientranti nel diritto pubblico o amministrativo. Tra le pronunce più significative in argomento, si v. Corte EDU, *König v. Germany*, 28 giugno 1978. In questo senso, si v. anche *Geraguyun Khorhurd Patgamavorakan Akumb v. Armenia*, 11 maggio 2009, in cui si legge che «*the Court reiterates that the concept of civil rights and obligations has an autonomous meaning and cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State. The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequences. Whether or not a right is to be regarded as civil within the meaning of this expression in the Convention must be determined by reference to the substantive content and effects of the right – and not its legal classification – under the domestic law of the State concerned. The court further reiterates that the Article 6.1 to be applicable to a case it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons. Furthermore, if the case concerns a dispute between an individual and a public authority, whether the latter had acted as a private person or in its sovereign capacity is not conclusive*».

⁵⁹ *Geraguyun Khorhurd Patgamavorakan Akumb v. Armenia*, 11 maggio 2009.

⁶⁰ Si legge nella sentenza che «*as to the end of the period, the Government argued that the Austrian authorities had in fact dealt with several separate sets of proceedings, all of which were completed within a reasonable time. The Court is unable to accept this argument. It considers, like the Commission, that the various interim proceedings were inter-related, in that they all bore on questions that were preliminary to the main contentious issue, namely the compensation to which the applicants were entitled after the redesignation of their former land (see paragraph 37 above). The applicants' request of August 1982 was rejected by the Administrative Court on 19 November 1985 because the definitive allocation of the land had not yet been decided (see paragraph 20 above). The object of the second set of proceedings instituted by the applicants was precisely to secure the prompt adoption of the final consolidation plan (see paragraph 21 above). Again, their objections and appeals subsequent to publication of the plan on 16 July*

D'altronde, è evidente come l'inerzia o comunque il ritardo della pubblica amministrazione incida sul tempo complessivamente necessario per la soddisfazione del privato. Interessante, a tal proposito, la pronuncia *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, 19 aprile 2007, in cui, sempre agganciandosi all'art. 6, la Corte chiarisce che «*in civil matters the reasonable time may begin to run, in some circumstances, even before the issue of the writ commencing proceedings before the court to which the plaintiff submits the dispute [...] this is the situation on the applicants' case, since they could not seize the County Administrative Court before receiving, on their rectification request, a decision which could be appealed against [...]. Consequently, in the present case, the reasonable time stipulated by Article 6 § 1 started to run on the day the applicants lodged their application with the County Administrative Board*».

In altre decisioni, la Corte ha fatto derivare dal ritardo delle amministrazioni pubbliche la violazione di altri diritti tutelati dalla Convenzione. Il riferimento va, in particolare, al diritto di proprietà, garantito dall'art. 1. Tramite un'interpretazione estensiva del concetto di bene, comprensiva non solo di quelli reali, ma anche dei valori patrimoniali, la Corte ha avuto modo di affermare la violazione del diritto di cui al richiamato art. 1, a causa del ritardo con cui una pubblica amministrazione aveva portato a termine un procedimento.

Nel caso *Plalam s.p.a. v. Italia*, 8 febbraio 2011, infatti, il ricorrente, poi risultato vittorioso, denunciava la violazione del diritto di proprietà per avere subito una perdita economica consistente nel minore sussidio ricevuto a causa dell'applicazione di una normativa più restrittiva sopravvenuta nelle more del procedimento. In particolare, l'Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno aveva calcolato il finanziamento sulla base di una normativa entrata in vigore due anni dopo la fine dei lavori e, dunque, l'inizio del periodo utile per la verifica dell'investimento effettuato. I giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione del diritto di proprietà nella perdita patrimoniale subita dal ricorrente per l'applicazione della normativa sopravvenuta in luogo di quella che sarebbe stata applicabile laddove l'Agenzia avesse effettuato l'ispezione per accertare le condizioni per l'erogazione del sussidio subito dopo la fine dei lavori e non quattro anni dopo⁶¹.

L'irrinunciabile esigenza di un'azione amministrativa tempestiva parrebbe suffragata, dunque, anche sul piano sovranazionale⁶²; esigenza che, tuttavia, acco-

1986 were likewise directed at the determination of the compensation issue (see paragraphs 24-28 above). In these circumstances, the consolidation proceedings in question have to be considered as a whole».

⁶¹ S. Mirate, *Il fattore tempo nel processo e nel procedimento amministrativo*, cit., e Corte EDU, *Di Belmonte c. Italia*, 16 marzo 2010.

⁶² Vi sono anche altre disposizioni dalle quali si ricava l'obiettivo di tempestività dell'azione amministrativa: si pensi all'art. 41 della Carta di Nizza che sancisce il diritto a una buona amministrazione, prevedendo, in particolare, che «ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Cfr. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del principio del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2009.

gliando la tesi della natura meramente ordinatoria e acceleratoria dei termini di conclusione del procedimento, sarebbe inevitabilmente frustrata, salvo ammettere che, quantomeno, occorra rispettare un “tempo ragionevole”.

La circostanza in base alla quale l'azione amministrativa, a differenza di quanto avviene per il processo, è assoggettata a un termine finale⁶³ impone, però, considerazioni ulteriori. Infatti, delle due l'una: o si ritiene “irragionevole” qualsiasi conclusione del procedimento successiva alla scadenza del termine per lo stesso previsto, ma in tal caso si dovrebbe necessariamente “ripensare” la natura del termine finale e superare la tesi della validità del provvedimento tardivo (nelle ipotesi in cui il silenzio non assume alcun significato)⁶⁴, oppure, nella consapevolezza della ulteriore “svalutazione” che da ciò deriverebbe del termine di conclusione del procedimento⁶⁵, l’“irragionevolezza” del tempo del procedimento dovrebbe essere altrimenti valutata.

In sostanza, come l'ordinamento giudiziario non “permette” l'imposizione di un termine, sicché la ragionevole durata dei processi è valutata sulla base di parametri diversi, allo stesso modo il potere amministrativo, anche “conoscendo” un termine generale di conclusione del procedimento, in virtù della sua finalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, non ammetterebbe di essere “compresso” entro uno specifico termine. Salvo che, espressamente o implicitamente, in funzione della sua specifica finalità, il termine assuma caratteri perentori, come, ad esempio, nel caso dell'annullamento d'ufficio per i provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, rispetto ai quali la limitazione temporale, infatti, parrebbe il frutto di una valutazione di prevalenza dell'interesse del beneficiario del provvedimento.

⁶³ D'altronde, «costringere il processo entro tempi rigidamente predefiniti in funzione di interessi puramente economici e rinunciare al tempo 'ragionevolmente necessario' per consentire a tutte le parti e ai giudici di acquisire piena conoscenza dei diversi elementi e per valutarli in modo adeguato significa rinunciare alla funzione stessa del procedimento decisorio e, dunque, alla piena tutela delle posizioni giuridiche; e, per l'effetto, alla garanzia del diritto di difesa». Così M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*.

⁶⁴ Si v. nota 46.

⁶⁵ Questo è il rischio paventato da L. Medina Alcoz, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Cizur Menor (Spagna), 2005, seppure con riguardo all'ordinamento spagnolo. Secondo l'A., «el término legal tiene un valor obligatorio inequívoco», per cui «no pueda trasladarse al procedimiento administrativo la doctrina del “plazo razonable” desarrollada por el TEDH, construida a partir del artículo 6.1 del CEDH, en el que se establece que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial” [...] Este Tribunal aplica el criterio en cuestión para poner límite a la pasividad de órganos que, normalmente, no tienen un plazo máximo legal de terminación, pero no para degradar a mero índice los plazos efectivamente establecidos. Se corre así el peligro de convertir el término legal en una simple sugerencia, en una indicación con valor meramente programático que sirve de poco a los fines de eficacia, pues la Administración podría superarlo dentro del ambiguo límite de lo razonable; y que tampoco ayuda a los fines de garantía, pues el administrado no podría conocer ex ante la duración máxima de los procedimientos ni, consecuentemente, orientar adecuadamente sus decisiones en una u otra dirección» (327).

Negli altri casi, però, si è detto, almeno secondo l'orientamento prevalente, il termine di conclusione del procedimento manterrebbe una funzione acceleratoria o ordinatoria, di conseguenza è necessario riferirsi ad altri parametri per verificare la ragionevolezza del tempo del procedimento, secondo la tesi prospettata. A tal fine, è utile tenere conto, ancora una volta, degli insegnamenti della Corte di Strasburgo, che consente di "recuperare" in sede processuale le tutele che non siano state assicurate in sede procedimentale⁶⁶, a condizione che il giudice disponga di una *full jurisdiction*, ossia della capacità di riesaminare tutti gli aspetti, vuoi di fatto vuoi di diritto, della decisione adottata⁶⁷. In particolare, applicando gli stessi parametri utilizzati dalla Corte di Strasburgo per verificare la ragionevole durata, occorrerebbe tenere conto almeno di tre fattori: la complessità del caso, il comportamento delle altre autorità coinvolte e quello delle parti⁶⁸.

Non si può prescindere cioè dal considerare le specificità del caso concreto, posto che il "tempo" deve essere proporzionato e adeguato alla fattispecie. Si tratterebbe, dunque, in parte, degli stessi criteri che, a ben guardare, la giurisprudenza nazionale applica per accertare le responsabilità connesse al ritardo nell'adozione dei provvedimenti amministrativi, in cui i giudici paiono valutare un "tem-

⁶⁶ A tal proposito, si v. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., che chiarisce come, secondo la Corte di Strasburgo, questa "compensazione" possa avvenire soprattutto con riferimento ai diritti civili, «in ragione della presunta minore afflittività, in senso assoluto, dei procedimenti determinativi di carattere civile, rispetto a quelli sanzionatori» (238).

⁶⁷ Si pensi al caso *Bryan v. United Kingdom*, del 25 novembre 1995, in cui i giudici di Strasburgo, pur ammettendo che non era stata pienamente garantita l'imparzialità dell'organo decidente nell'ambito di un procedimento "quasi-judicial", hanno negato la violazione dell'art. 6 CEDU laddove il procedimento fosse seguito da un giudizio rispettoso dei principi dell'equo processo. Tuttavia, la possibilità data dalla Corte di recuperare in sede processuale le garanzie non riconosciute in fase procedimentale potrebbe essere ammessa solo laddove sia ammessa una *full jurisdiction*. Solo attribuendo al giudice il potere di incidere sulla decisione amministrativa e, quindi, in sostanza di adottarne una nuova, è possibile assicurare le garanzie imposte dall'art. 6 nella fase in cui la decisione viene assunta. Ciò che rileva, infatti, ai fini della Convenzione è la possibilità di riesercitare il potere, così da garantire le tutele non concesse al momento dell'azione della prima decisione (quella procedimentale) nella fase successiva processuale. Tuttavia, dall'analisi delle sentenze della Corte EDU sembra si possa ammettere anche un'interpretazione meno rigida. E invero, la *full jurisdiction* deve essere interpretata in senso sostanziale e non formale, il che significa che, indipendentemente dalla qualificazione formale di sindacato di mera legittimità, ciò che rileva è la possibilità, in concreto, di riesaminare compiutamente la fattispecie. Si deve valutare se nel caso specifico è possibile per il giudice conoscere nuovamente di tutto quanto già deciso dall'amministrazione; per cui, ad esempio, se il ricorrente si limita a far valere vizi relativi alla irragionevolezza della decisione ovvero derivanti dalla violazione di legge, anche la generale giurisdizione di legittimità può essere considerata un'ipotesi di *full jurisdiction*. Si v. in proposito il caso *Valico s.r.l. v. Italy*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 marzo 2006, 70074/01, in cui si legge che non è rilevante la qualificazione formale, ma il fatto che «the administrative courts examined the various factual and legal submissions made by the applicant company».

⁶⁸ Sul punto si v. *Allenet de Ribemont v. Francia*, 10 febbraio 1995, secondo cui «the reasonableness of the length of proceedings is to be determined in the light of the circumstances of the case and with reference to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case and the conduct of the applicant and of the competent authorities». Si v. anche il già citato caso *Ringeisen v. Austria*, del 16 luglio 1971, e, più di recente, *Lupeni greek Catholic Parish and others v. Romania*, 29 novembre 2016; *Kravchenko v. Ucraina*, 30 settembre 2016; *Bujković v. Montenegro*, 6 luglio 2015.

po” che non coincide con il termine di conclusione applicabile al procedimento. Infatti, senza tornare sulla già indagata questione della risarcibilità del danno da ritardo⁶⁹, di frequente si “giustifica” il superamento del termine per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l’incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto⁷⁰.

Inoltre, come anticipato, secondo la Corte EDU, sulla valutazione dovrebbero incidere altresì le condotte tenute dai soggetti coinvolti nel procedimento, pubblici e privati⁷¹. Se così è, nel valutare la ragionevolezza del tempo effettivamente impiegato dall’amministrazione per giungere all’adozione del provvedimento finale, il giudice dovrebbe tenere conto anche degli eventuali rimedi attivati dal privato per sollecitare la conclusione del procedimento⁷², valorizzando, ad esempio, la sostituzione procedimentale *ex art. 2, co. 7*, nella prassi sostanzialmente inutilizzata⁷³.

D’altro canto, come ormai espressamente chiarito dall’art. 1, co. 2-*bis*, l. 241/1990, occorre che i rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni siano improntati ai principi della collaborazione e della buona fede⁷⁴, fermo restando che, accogliendo la tesi che si propone, il primo onere graverebbe senz’altro in capo all’amministrazione precedente che, una volta scaduto il termine del procedimento, potrebbe adottare un provvedimento valido solo se assistito da una motivazione “rafforzata”, idonea a dare conto della “ragionevolezza” del ritardo, dell’attualità dell’interesse pubblico alla sua emanazione e del bilanciamento degli interessi coinvolti⁷⁵.

Ove, invece, fosse proposto un ricorso avverso il silenzio, il giudice adito dovrebbe valutare quale sia il termine “ragionevole” (alla luce degli “insegnamen-

⁶⁹ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

⁷⁰ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 25 maggio 2020, n. 3269; sez. V, 10 settembre 2018, n. 5284; 21 aprile 2016, n. 1584; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 novembre 2014, n. 473; Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1651.

⁷¹ Si v. nota 68.

⁷² Interessante, a tal proposito, la già più volte richiamata sentenza del Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 aprile 2013, n. 395, che, come ricordato, ha annullato il provvedimento autorizzatorio tardivo impugnato dal controinteressato, puntualizzando altresì che «non si può ignorare che, nello specifico caso, sono trascorsi ben 4 anni e più di sei mesi dall’inizio alla fine. E, d’altro canto, non si può non osservare che nessun soggetto interessato alla relativa conclusione del procedimento medesimo si è mai fatto parte attiva per sollecitare la conclusione medesima dello stesso».

⁷³ A. Police, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31, spec. 37.

⁷⁴ Peraltro, rispetto alla necessità di tenere conto della condotta delle parti, suggerita dalla Corte di Strasburgo, non può non intravedersi un’analogia con quanto previsto dall’art. 30, co. 3, c.p.a., secondo cui «nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti».

⁷⁵ Si v. le considerazioni di M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894, sulla necessità di “riscoprire” la motivazione come strumento di legittimazione e razionalizzazione del potere pubblico.

ti» CEDU, magari tenendo conto del “momento” in cui è stata esercitata l’azione, fermo il rispetto del termine decadenziale⁷⁶), ai sensi dell’art. 117 c.p.a. «non superiore, di norma, a trenta giorni», entro cui l’amministrazione è tenuta a provvedere.

5. *5. Approfondimento specifico su procedimento amministrativo e ius superveniens*

A supporto dell’opportunità di “tornare” sui tempi dei procedimenti amministrativi, per “denunciarne” l’eccessiva lunghezza e promuoverne un’accelerazione, come anticipato, vi è un ulteriore argomento, che pure impattando più raramente, è comunque meritevole di attenzione: la permeabilità del procedimento amministrativo alle sopravvenienze normative. La regola del *tempus regit actum*, infatti, conferma la rilevanza del «tempo esterno» per l’azione amministrativa, poiché impone alle amministrazioni di applicare al provvedimento la legge in vigore al momento della sua adozione, sicché il contenuto del provvedimento risulta determinato dal momento storico in cui è emanato.

Logica conseguenza è che, tanto più lunga sarà la durata del procedimento, tanto più vi sarà il rischio di un mutamento normativo, favorevole o meno al soggetto interessato⁷⁷. Vero è, infatti, che emendamenti normativi potrebbero intervenire anche entro il termine di conclusione del procedimento (in una situazione, per così dire, “fisiologica”), ma è altrettanto vero che, in caso di inosservanza del termine applicabile a quel dato procedimento, per un verso, non sarebbe possibile prevedere un limite temporale allo *ius superveniens*, per altro verso, si porrebbe il tema della liceità del comportamento dell’amministrazione⁷⁸.

Invero, l’applicazione di una nuova disciplina, più svantaggiosa per il privato, sarebbe probabilmente “accettata” ove intervenuta entro il termine di conclusione del procedimento, non altrettanto quando, a causa di una condotta potenzialmente colposa (volendo escludere la remota eventualità del dolo), si sia atteso

⁷⁶ Ai sensi dell’art. 31, co. 2, c.p.a., «L’azione può essere proposta fintanto che perdura l’inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento».

⁷⁷ Secondo P.L. Portaluri, *La regola estrosa: note sul procedimento amministrativo e ius superveniens*, in *Foro amm. Tar*, 5, 2013, 1807, l’esigenza di stabilità sottesa all’avvio del procedimento collide con il trascorrere inarrestabile del tempo, rendendo incerto il quadro fino all’adozione del provvedimento conclusivo, per cui «in questo lasso di tempo l’esposizione al “rischio” dello *ius superveniens* è massima».

⁷⁸ Interessante, a tal proposito, Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2018, n. 2171, che dopo avere confermato l’applicabilità al procedimento della disciplina sopravvenuta, ha dato evidenza al fatto che, nel caso di specie, «non si è avuta una situazione di inerzia del procedimento imputabile alla stessa Regione, tale che per condotta, dolosa o colposa, ascrivibile a quest’ultima la società richiedente sia incorsa nella più restrittiva disciplina sopravvenuta».

il provvedimento finale più del dovuto⁷⁹. Certo, i danni subiti a causa della mancata conclusione del procedimento entro i termini potrebbero essere fatti valere in sede risarcitoria, ma si è già avuto modo di accennare alle posizioni restrittive sostenute dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria, ancora restia a riconoscere il danno da mero ritardo, ossia a prescindere dalla “spettanza” del bene⁸⁰.

Occorrerebbe allora verificare se, al fine di evitare che eventuali riforme normative compromettano gli interessi coinvolti nel procedimento, siano ammesse applicazioni “attenuate” del principio del *tempus regit actum*. Sono evidenti, dunque, gli effetti dell’indagine sul principio di legalità e sulla sua interpretazione in termini maggiormente rigidi o flessibili.

Nel primo caso, vi sarebbe un maggiore rigore formale, nel secondo un’applicazione che tiene conto degli effetti sostanziali di un’eventuale modifica normativa sulle aspettative del soggetto interessato dall’azione amministrativa. A tal proposito, è stato osservato come ciò si traduca in un bilanciamento tra il principio di legalità e quello dell’affidamento del privato⁸¹ che, soprattutto quando il procedimento abbia inizio su sua iniziativa (quindi a istanza di parte), conforma la propria attività alla disciplina in vigore al momento dell’avvio del procedimento.

Ciò si verifica ancor di più nei procedimenti che prevedono una manifestazione d’interesse da parte del privato, nonostante la loro natura ufficiosa, come i procedimenti selettivi⁸², per i quali la *lex specialis* potrebbe “cristallizzare” la disci-

⁷⁹ La rilevanza del tema è confermata dalla recente sentenza non definitiva del Cons. giust. amm. Regione siciliana, 15 dicembre 2020, n. 1136, che ha rimesso all’Ad. plenaria, tra l’altro, le seguenti questioni: «1) “se si configuri o meno una interruzione del nesso di causalità della fattispecie risarcitoria ex art. 2043 cc di tipo omissivo se, successivamente all’inerzia dell’Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l’istanza era preordinata, determini la lesione dell’aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all’Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l’intervenuta nuova disciplina, se l’Amministrazione avesse ottemperato per tempo”; 2) “se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell’Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana”; 3) in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, “se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all’interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (1225 c.c.)”; [...] 5) in via subordinata, in caso di risposta al quesito 2) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità, “se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell’interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all’art. 2043 c.c. la pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell’evento – per essa imprevedibile – rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all’art. 81 terzo comma Cost.”».

⁸⁰ S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

⁸¹ G. Portaluri, *Soprapvenienze normative e procedimenti autorizzatori: “tempus regit actum”?*, in *Foro amm. Tar*, 2008, fasc. 4, 952.

⁸² Secondo P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva “servizi” (2006/123/ce)*, Napoli, 2008, 190, quelli selettivi non sono propriamente procedimenti a istanza di parte, tuttavia, il privato manifesta la volontà di prendere parte al procedimento avviato dall’amministrazione, così dimostrando il suo interesse al provvedimento favorevole finale.

plina sostanziale applicabile al procedimento. Tuttavia, anche in relazione a tale tipologia di procedimenti l'impermeabilità alla normativa sopravvenuta parrebbe ammettersi limitatamente alle fasi procedurali già compiute, ferma restando l'incidenza dello *ius superveniens* sulle fasi ancora incompiute e autonome⁸³.

Non può tacersi, però, la sussistenza anche di orientamenti giurisprudenziali minoritari più garantisti, che attribuiscono al momento dell'avvio del procedimento selettivo valore determinante ai fini della individuazione della normativa applicabile all'intera procedura⁸⁴.

Del resto, la preclusione allo *ius superveniens* parrebbe più agevolmente sostenibile con riferimento ai procedimenti selettivi, cui partecipano una pluralità di concorrenti tra i quali l'amministrazione effettua una scelta, sulla base delle regole fissate all'interno di un bando, in cui rileva particolarmente la predetermi-

⁸³ Anche quando il potere debba essere riesercitato a seguito dell'annullamento giurisdizionale della precedente attività. Si v. in proposito Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155; 15 maggio 2015, n. 2470, per cui il principio del *tempus regit actum* impone di applicare la legge esistente al momento dell'azione dei singoli atti della procedura, compreso il caso di riesercizio del potere. Nel caso di specie tuttavia era la stessa norma a prevedere che la riforma dovesse trovare applicazione anche alle procedure di valutazione comparativa indette prima della data di entrata in vigore della nuova disciplina, purché in relazione a fasi della procedura ancora da svolgersi; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 10 maggio 2012, n. 324, con riguardo specifico all'individuazione della competenza.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4453, secondo cui «come affermato in più occasioni da questo Giudice di secondo grado in tema di procedure concorsuali con argomentazioni, che, comunque, il Collegio ritiene pertinenti anche a questa tipologia di procedimento [nella fattispecie si trattava di un procedimento per l'attribuzione di un contributo per le vittime di attività estorsive], il principio "*tempus regit actum*" attiene, come corollario indefettibile, alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, ma non anche ad attività amministrative, che, pur essendo interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio, comunque, in relazione alle esigenze endoprocedimentali, richiedono un congruo periodo di tempo per verificare l'esistenza dei presupposti necessari all'adozione del provvedimento conclusivo. Quindi, ad avviso del Collegio, nei procedimenti instaurati a seguito di istanza del singolo, per ampliare la propria sfera giuridica, per individuare la disciplina applicabile per l'adozione del provvedimento conclusivo, occorre riferirsi ai requisiti previsti dal quadro normativo vigente all'epoca della presentazione della domanda, escludendo, pertanto, l'applicabilità delle modifiche normative sopravvenute. [...] In tali sensi depone anche l'esigenza di tutela del principio di eguaglianza, in quanto, diversamente ragionando, potrebbe accadere che, in caso di *ius superveniens* che imponga ulteriori requisiti, l'Amministrazione, su domande analoghe e presentate nello stesso periodo, si determini diversamente, ove ne concluda l'esame prima o dopo la intervenuta modifica normativa. Pertanto, appare ragionevole affermare che l'applicazione a procedimenti in corso di uno *ius superveniens*, che comporti modifiche restrittive di norme sostanziali sarebbe in contrasto con i principi di eguaglianza e di certezza del diritto, mentre, come è noto, le modifiche delle norme processuali, invece, trovano immediata applicazione e le esigenze di eguaglianza trovano tutela, di norma, mediante la previsione di un adeguato regime transitorio per i giudizi già incardinati»; Cons. Stato, parere del 1° aprile 2015, n. 1027, relativo alla nomina di una commissione di concorso in conformità a quanto previsto dalla disciplina intervenuta nelle more del procedimento, anziché dal bando di gara. Il Supremo Consesso, dopo avere richiamato i precedenti secondo cui il principio del *tempus regit actum* trova un'attenuazione con riferimento alle procedure concorsuali, «in cui il bando costituisce la *lex specialis* delle medesime, perciò cristallizza le norme in atto vigenti e, conseguentemente, non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure a seguito di *ius superveniens*», chiarisce che nel caso di specie la sopravvenuta previsione normativa relativa alla commissione d'esame non potesse trovare applicazione (nonostante la fase procedurale fosse autonoma) perché con il bando l'amministrazione si era autovincolata nell'esercizio dei poteri connessi alla procedura, cristallizzando la normativa applicabile a quel procedimento.

nazione dei requisiti necessari e dei criteri di individuazione del migliore concorrente. La *lex specialis* di gara, infatti, sembra maggiormente idonea a delimitare la disciplina applicabile al procedimento, quantomeno dal punto di vista sostanziale, ingenerando in capo al privato un legittimo affidamento a che l'amministrazione si attenga alle regole in vigore al tempo della pubblicazione del bando.

Alla base di una simile interpretazione vi sono due argomenti: uno di tipo formale, l'altro di natura sostanziale. L'argomento formale richiama l'idoneità della normativa speciale a "resistere" alla normativa generale sopravvenuta⁸⁵, mentre quello sostanziale attiene alla necessità di dettare regole stabili, affinché i potenziali concorrenti possano conformare la propria attività in vista della partecipazione al concorso⁸⁶. A ciò si aggiunge che nei procedimenti selettivi vi è comunque un atto della pubblica amministrazione che autolimita il proprio operato, predeterminando i criteri che dovrà osservare nella scelta del migliore concorrente⁸⁷.

Diversa è la situazione con riguardo agli altri procedimenti, ancorché autorizzatori. In tale caso, l'atto cui dovrebbe riconoscersi l'idoneità a "cristallizzare" la disciplina applicabile riveste natura meramente privata. Ciò rende più complesso ritenere che l'amministrazione, anziché rispettare il principio del *tempus regit actum* (espressione del principio di legalità), debba applicare la legge in vigore al momento della presentazione dell'istanza del privato, sebbene occorra considerare altresì che, al fine di presentare l'istanza, nonché di partecipare al procedimento, il privato pone in essere una serie di atti volti a conformare la propria attività⁸⁸ a quanto prescritto dalla legge per ottenere il titolo abilitativo⁸⁹.

⁸⁵ Critico in questo senso, G. Portaluri, *Sopravvenienze normative e procedimenti autorizzatori*, cit., per il quale l'argomento formale risulta piuttosto debole. Di maggiore rilievo sarebbe, invece, il fatto che il privato è tenuto, in virtù del bando, a compiere una serie di attività che potrebbero anche essere considerevolmente onerose e la cui utilità non potrebbe venire meno a causa di una nuova disciplina normativa.

⁸⁶ Sull'inapplicabilità del principio del *tempus regit actum* ai procedimenti concorsuali, si v. R. Cicchese, *Procedure concorsuali, norme interpretative e jus superveniens*, in *Corriere merito*, 2011, 10, 1004, che richiama quella giurisprudenza per cui la regola in discorso imporrebbe un rigoroso rispetto solo in presenza di una sequenza procedimentale composta da atti dotati di una propria autonomia, mentre non troverebbe applicazione nel caso di attività che, pur svolgendosi in un dato arco temporale, avrebbe natura unitaria, con la conseguenza che l'intera azione resterebbe disciplinata dalla normativa in vigore nel momento in cui ha avuto inizio.

⁸⁷ E invero, come già osservato, non sono dei veri e propri procedimenti a istanza di parte, essendo comunque sempre avviati d'ufficio dall'amministrazione. Sul punto ancora P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit.

⁸⁸ Quanto detto emerge ancora più chiaramente se si pensa che il potere autorizzatorio, comunque caratterizzato dalla prevalenza dell'interesse pubblico, spesso non consente semplicemente l'esercizio di quelle attività che non siano incompatibili con il fine generale perseguito, ma rende l'interesse privato "servente" rispetto a quello pubblico, «adrittura conformando l'azione dell'autorizzato in vista del conseguimento (anche) di finalità collettive». Così, F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 248.

⁸⁹ Alcune aperture hanno riguardato il permesso di costruire. A ben guardare, tuttavia, la soluzione raggiunta dalla giurisprudenza non riguarda esattamente il caso in esame, perché non si fa riferimento alle modifiche intervenute nel corso del procedimento, bensì a quelle eventualmente sopravvenute a seguito del riconoscimento dell'illegittimità del diniego del permesso di costruire. Secondo il giudice amministrativo, infatti, se in sede di riesame dell'istanza, a seguito dell'annullamento del precedente diniego, l'amministrazione è tenuta

Invero, secondo parte della dottrina, la regola in esame avrebbe subito, a seguito dell'attribuzione di valore alla relazione tra amministrazione e privato nel corso del procedimento⁹⁰, una trasformazione tale che l'avvio del procedimento sarebbe idoneo a cristallizzare il diritto in relazione all'intero esercizio dell'azione, suggerendo che debba più propriamente parlarsi di *tempus regit actionem*⁹¹, perché l'inizio del procedimento sarebbe in grado di stabilire la disciplina ad esso applicabile, restando immune a un eventuale *ius novum*.

La tesi poggia sull'interpretazione del procedimento in senso "funzionale", non mera sequenza di atti, ma processo unitario volto alla composizione degli interessi in gioco⁹². Se l'essenza del procedimento è l'individuazione dell'assetto di interessi migliore, sulla base tanto dei fatti tanto delle norme che assumono rilievo nel singolo caso, è importante che sia assicurata la stabilità dei diversi elementi decisori per consentire una valutazione consapevole e certa. Un contesto normativo chiaro e definito, e, conseguentemente, un procedimento le cui regole siano prestabilite o comunque "cristallizzate" al momento dell'avvio del procedimento, garantirebbe ai

ad applicare la normativa sopravvenuta, anche ove risulti più sfavorevole per il privato vittorioso nel giudizio, le eventuali modifiche successive alla notificazione della sentenza con cui è stato accolto il ricorso non potrebbero trovare applicazione (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2009, n. 2860, per cui l'annullamento di un diniego di concessione edilizia impone all'amministrazione di provvedere al riesame del progetto alla stregua della disciplina urbanistica vigente al momento della notificazione della sentenza). In tal caso, però, dovrebbero esserci almeno margini per la tutela risarcitoria. Si v. Cons. Stato, sez. IV, 24 dicembre 2008, n.6538, con commento di M. Trimarchi, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, in *Foro amm. CdS*, 2009, I, 149. Sul punto, E. Follieri, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 146 ss. Inoltre, qualora la disciplina sopravvenuta sia sfavorevole rispetto a quella applicabile al momento dell'adozione del diniego poi annullato, la giurisprudenza riconosce al privato un interesse qualificato a chiedere una variante al piano urbanistico nel frattempo intervenuto, ravvisandosi in questo caso un vero e proprio dovere in capo all'amministrazione di riesaminare la pianificazione. In questo senso si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 8 gennaio 1986, n. 4, che riconosce appunto al privato che abbia ottenuto l'annullamento del diniego di permesso di costruire adottato un interesse qualificato a chiedere all'amministrazione competente una variante del piano urbanistico entrato in vigore successivamente all'emanazione del provvedimento e nelle more del giudizio. Di recente, Tar Liguria, Genova, sez. II, 13 maggio 2009, n. 1041, che afferma che «se è vero che l'annullamento del diniego non obbliga l'amministrazione a riesaminare immediatamente l'istanza di concessione edilizia alla stregua della normativa vigente all'epoca del diniego medesimo, è altresì vero che l'amministrazione stessa ha il potere-dovere di riesaminare subito il piano sopravvenuto al fine di valutare se ad esso possa essere applicata una deroga o una modifica che recuperi, in tutto o in parte, compatibilmente con l'interesse pubblico, le previsioni urbanistiche sulle quali si fondava l'originaria domanda di concessione a torto respinta, con conseguente lesione della posizione dell'amministrato».

⁹⁰ In questo senso parrebbe muovere anche il nuovo comma 2-bis dell'art. 1, l. 241/1990, aggiunto dalla l. 120/2020 in sede di conversione del Decreto Semplificazioni, ai sensi del quale «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

⁹¹ Il riferimento va a G.D. Comporti, *Tempus regit actum*, cit.

⁹² Così, G.D. Comporti, *op. cit.*, secondo il quale considerare inapplicabili le norme sopravvenute all'avvio del procedimento consente di «garantire l'autonomia della funzione amministrativa e la tutela della riserva alla medesima della valutazione e definizione degli interessi concretamente rilevanti nelle singole situazioni problematiche» (86).

privati coinvolti un esercizio effettivo delle facoltà partecipative, oltre che la tutela dell'affidamento generatosi al momento dell'avvio del procedimento⁹³.

Senonché, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, si registrano in misura maggioritaria posizioni contrarie a un'applicazione flessibile del principio del *tempus regit actum*⁹⁴. A ciò si aggiunga che in assenza di una disposizione espressa che, quantomeno nelle ipotesi a istanza di parte, riconosca all'avvio del procedimento efficacia preclusiva rispetto al *ius novum*, si frappongono diversi ostacoli all'interpretazione in favore dell'impermeabilità del procedimento alle modifiche normative sopravvenute.

Innanzitutto, sarebbe poco coerente prevedere conseguenze differenti a seconda che, nel corso del procedimento, sopravvengano nuovi elementi normativi o fattuali. Se il procedimento è il luogo in cui convergono tutti gli elementi di fatto e di diritto che devono essere valutati dall'amministrazione competente al fine di adottare il provvedimento finale, non potrebbe ammettersi un diverso regime delle sopravvenienze a seconda che si tratti di nuove disposizioni ovvero di nuovi fatti.

Inoltre, anche con riguardo ai provvedimenti autorizzatori, non ci si limita a consentire al privato l'esercizio di una situazione di vantaggio, ma si rende l'azione del privato "servente" rispetto all'interesse pubblico⁹⁵, ragione per cui appare ancora più importante che l'autorizzazione risulti conforme alla normativa in vigore al momento della sua adozione. Maggiori aperture, come anticipato, par-

⁹³ Si v. ancora G.D. Comporti, *op. cit.*, per il quale, peraltro, la necessità di applicare la disciplina vigente al momento dell'avvio del procedimento discende dal più generale obbligo di buona fede gravante sull'amministrazione procedente.

⁹⁴ *Ex multis*, Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 agosto 2019, n. 1131; Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2019, n. 2768; sez. V, 10 aprile 2018, n. 2171, che chiarisce che «il principio di diritto, che si intende qui ribadire, è affermato nei seguenti termini: "la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* comporta che la Pubblica amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento adottato al termine di un procedimento avviato ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale, e non al tempo della presentazione della domanda da parte del privato, dovendo ogni atto del procedimento amministrativo essere regolato dalla legge del tempo in cui è emanato in dipendenza della circostanza che lo *ius superveniens* reca sempre una diversa valutazione degli interessi pubblici". Il principio si completa con il presupposto di diritto, parimenti affermato da dottrina e giurisprudenza, secondo cui, fintantoché l'amministrazione non ha approvato il provvedimento definitivo, il privato richiedente non è titolare di una situazione sostanziale consolidata meritevole di tutela sotto il profilo del legittimo affidamento, ma di un'aspettativa (cfr. anche Corte Costituzionale, sentenza 1 aprile 2010, n. 124)»; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 30 ottobre 2017, n. 1294; Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 agosto 2017, n. 4039; Tar Lazio, Latina, sez. I, 10 aprile 2017, n. 235; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 settembre 2016, n. 4358; Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1450; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 febbraio 2015, n. 556; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4727; Tar Basilicata, Potenza, 11 maggio 2011, n. 293; Tar Sardegna, sez. I, 21 aprile 2011, n. 423; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.

⁹⁵ F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa*, cit.

rebbero giustificarsi per i procedimenti concorsuali⁹⁶, sebbene eventuali riforme intervenute dopo la pubblicazione del bando dovrebbero applicarsi alle fasi non ancora iniziate e autonome rispetto a quelle già espletate⁹⁷.

D'altra parte, è lo stesso principio del *tempus regit actum* a comportare, da un lato, la necessità che si applichi la disciplina sopravvenuta all'atto ancora da adottare, dall'altro, che quello già perfezionato resti impermeabile alle eventuali successive modifiche normative⁹⁸: soltanto dal momento del consolidamento delle situazioni giuridiche e non dal mero avvio del procedimento, anche se di tipo concorsuale⁹⁹, potrebbe derivare un affidamento del privato meritevole di tutela.

Se non è possibile superare la regola del *tempus regit actum*, allora, è evidente che una durata eccessiva del procedimento aumenta il rischio di una riforma normativa nelle more dell'adozione del provvedimento finale. Ne consegue che, una volta spirato il termine di conclusione del procedimento, la "ragionevolezza" del tempo effettivamente impiegato per concludere il procedimento, al pari

⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in cui si legge che «per costante orientamento di questo Consiglio di Stato, la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola, cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9). Pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che il *ius superveniens* possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i "principi di certezza e buon andamento, con sconcerato delle stesse e assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle Amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente alla adozione del bando" (Cons. Stato, III, 1° settembre 2014 n. 4449; in termini anche: VI, 20 ottobre 2014, n. 5170); sez. III, 11 novembre 2014, n. 5539; sez. I, 10 maggio 2012, n. 3523.

⁹⁷ Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 agosto 2002, n. 7047, che chiarisce che ciascuna fase procedimentale, salvo sia diversamente previsto dalla legge, è retta dalla normativa in vigore al momento del suo svolgimento, per cui nel caso in cui non sia stata ancora conclusa troverà immediata applicazione anche l'eventuale modifica intervenuta. Peraltro, secondo il collegio, il principio «dell'ordinaria applicabilità dello *ius superveniens* alle fasi procedimentali ancora *in itinere* vale di regola anche per i procedimenti concorsuali, non ravvisandosi ragioni che possano giustificare la loro sottrazione "in blocco" al suo impero». L'unico limite all'applicabilità dello *ius superveniens* è dato, infatti, dal consolidamento delle situazioni giuridiche, per cui restano insensibili alle modifiche normative le fasi procedimentali già portate a termine. Invece, «ove la procedura di concorso si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate». Nel caso di specie, dunque, il giudice amministrativo ha confermato l'applicabilità alla fase della formazione ed approvazione di una graduatoria della normativa sopravvenuta al bando, proprio in virtù della riconosciuta autonomia di questa fase rispetto a quelle precedenti già concluse.

⁹⁸ Tar Liguria, Genova, sez. II, 6 febbraio 2018, n. 131; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 30 ottobre 2017, n. 1294.

⁹⁹ Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 agosto 2002, n. 7047, per cui il richiamo alla natura di *lex specialis* del bando di gara non può valere al fine di evitare di applicare la disciplina sopravvenuta successivamente alla sua pubblicazione alle fasi del procedimento che non siano ancora state concluse. Secondo il giudice amministrativo, infatti, «il richiamo che un bando faccia, invero, alle norme vigenti in tema di titoli di precedenza e preferenza, deve intendersi compiuto, almeno di regola, per conoscenza (per memoria dei concorrenti), piuttosto che nell'esplicazione di un particolare potere di regolamentazione che sotto questo profilo all'amministrazione non compete. Il rinvio del bando alle norme in materia, quindi, deve essere ritenuto sempre di tipo dinamico, e non di tipo recettizio».

dell'attualità dell'interesse pubblico e del bilanciamento degli interessi coinvolti, secondo la soluzione proposta, dovrebbero essere valutati anche alla luce della disciplina applicabile all'atto¹⁰⁰ a causa dell'eccessiva durata del procedimento¹⁰¹, ferma restando, in ogni caso, la tutela risarcitoria¹⁰² e comunque tenendo conto dei rimedi eventualmente attivati¹⁰³.

6. Conclusioni. Il giudice amministrativo "signore" degli atti tardivi

Nei precedenti paragrafi, si è avuto modo di osservare come le disposizioni introdotte dal Decreto Semplificazioni, tanto con riguardo all'inefficacia degli atti adottati successivamente alla formazione del silenzio-assenso, tanto rispetto alla necessità di monitorare i tempi effettivi di durata dei procedimenti amministrativi (secondo il Decreto, almeno per quelli di maggiore impatto per le imprese e le persone), abbiano riportato in auge la questione della rilevanza di un'azione amministrativa tempestiva, esigenza invero avvertita soprattutto per i procedimenti amministrativi che devono essere conclusi necessariamente con un provvedimento espresso, poiché il silenzio serbato oltre il termine di conclusione del procedimento equivale a un mero fatto, ossia all'inadempimento del dovere di provvedere *ex art. 2, l. 241/1990*.

Prendendo le mosse dall'inadeguatezza del termine di conclusione applicabile a ciascun procedimento a registrarne l'effettiva durata, si è inteso riproporre la tesi secondo la quale le amministrazioni, scaduto infruttuosamente il termine finale, potrebbero adottare un provvedimento tardivo valido entro un "tempo

¹⁰⁰ Diversa la posizione di chi ritiene che l'amministrazione, ogni volta che sopravviene una modifica normativa nel corso del procedimento, sia chiamata a verificare se, nel caso concreto, debba prevalere l'affidamento del privato ovvero la nuova composizione dell'interesse pubblico: cfr. P.L. Portaluri, *La regola estrosa*, cit. Si v. anche F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., per il quale occorrerebbe distinguere il tempo della legge dal tempo della buona fede e della tutela dell'affidamento, un tempo "alieno" che trova il suo fondamento in un principio di diritto integrativo della codificazione legislativa che garantisce che le legittime aspettative del cittadino siano soddisfatte nonostante la diversa norma di legge vigente nel tempo naturale.

¹⁰¹ Ad avviso di chi scrive, la soluzione richiamata nella nota precedente, al più, potrebbe valere nelle ipotesi in cui, almeno, fosse spirato il termine di conclusione del procedimento. Nel senso di attribuire "peso" alle inadempienze e ai ritardi dell'amministrazione, al fine di valutare la permeabilità del procedimento al *ius novum*, potrebbe muovere, infatti, la previsione dell'art. 10-bis, che termina disponendo che «non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione», come suggerito dal Tar Lombardia, Milano, sez. II, 24 settembre 2015, n. 1987.

¹⁰² Sia consentito rinviare ancora a S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo)*, cit.

¹⁰³ Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 agosto 2017, n. 4039, dopo avere confermato l'applicabilità della disciplina sopravvenuta al procedimento, ha chiarito che «quanto alla tardiva definizione del procedimento ad opera dell'A.S.L. e alle conseguenze che ne sono derivate in ordine all'applicazione della disciplina vigente *ratione temporis*, è sufficiente rilevare che l'eventuale inerzia procedimentale andava ritualmente contrastata mediante l'esperimento dello specifico rimedio processuale disciplinato dagli artt. 31 e 117 c.p.a. che, nel caso specifico, non risulta che sia stato proposto ed utilmente coltivato».

ragionevole” (e motivando in merito all’attualità dell’interesse pubblico all’adozione del provvedimento tardivo e al bilanciamento degli interessi dei destinatari e dei controinteressati). A sostegno della tesi, sono state richiamate alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che consentono di ritenere che il principio di “ragionevole durata”, previsto espressamente soltanto per l’attività giudiziaria, debba invero essere esteso anche a quella amministrativa, per le conseguenze particolarmente gravose che la durata eccessiva dei procedimenti amministrativi potrebbe comportare a danno dei soggetti interessati, come dimostrato altresì dall’approfondimento specifico sui rischi connessi alla possibile “instabilità” del paradigma legale di riferimento in virtù della regola del *tempus regit actum*.

Le considerazioni svolte sull’importanza del fattore temporale per l’azione amministrativa, dunque, rendono più promettente superare l’esame del termine di conclusione del procedimento, per concentrarsi su un tempo diverso: il tempo ragionevole. Il criterio di riferimento pare dover essere quello del buon andamento, o meglio della congruità del tempo impiegato per adottare il provvedimento finale rispetto al caso specifico¹⁰⁴.

A prescindere dal termine di conclusione applicabile al procedimento, che resta “utile” ai fini dell’accesso ai mezzi di tutela avverso l’inerzia (giurisdizionali e non), il vero “tempo” dell’azione amministrativa sarà quello ritenuto ragionevole alla luce delle circostanze del singolo caso, secondo una valutazione di cui l’amministrazione è tenuta a dar conto ai fini dell’adozione di un provvedimento tardivo valido, che superi, cioè, l’eventuale sindacato del giudice amministrativo.

D’altro canto, non può essere trascurata la rilevanza del decorso del tempo sul consolidamento delle situazioni soggettive (dovendosi considerare, peraltro, sia quelle dei diretti interessati sia dei controinteressati), tanto che il limite del “tempo ragionevole” è stato impiegato dal legislatore proprio per contemperare l’esigenza di tutelare l’interesse pubblico con la tutela del legittimo affidamento. Si pensi alla disciplina dettata dall’art. 21-*nonies*, l. 241/1990: la valutazione dell’elemento temporale, riservata alla sfera della discrezionalità amministrativa¹⁰⁵, è considerata centrale per l’esercizio del potere di autotutela¹⁰⁶.

Anzi, proprio a causa dell’esercizio improprio di tale potere sotto il profilo temporale, il legislatore ha ritenuto di dovere limitare tale discrezionalità rispetto

¹⁰⁴ Tar Campania, Napoli, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 4529.

¹⁰⁵ Secondo A. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 689, «il tempo costituisce uno degli elementi sui quali deve portarsi l’attenzione dell’amministrazione nel momento in cui esercita il potere di autotutela; l’autorità cioè deve dedicare un segmento dell’iter logico, che la porta a decidere se annullare o revocare d’ufficio un determinato atto, all’elemento tempo, con una valutazione che acquista quindi autonomia non solo logica ma anche giuridica e della quale deve rimanere traccia nella motivazione della sua decisione».

¹⁰⁶ E. Giardino, *L’autotutela amministrativa e l’interpretazione della norma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 4, 439.

ai provvedimenti per i quali si avverte particolarmente il tema dell'affidamento del privato e che richiedono, pertanto, una maggiore "stabilità". Come noto, l'art. 6, comma 4, lett. *d*), della l. n. 124/2015, modificando il richiamato art. 21-*nonies*, ha stabilito che il "tempo" dell'annullamento non può comunque essere superiore a diciotto mesi dalla loro adozione per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici ovvero per le autorizzazioni¹⁰⁷, fermo restando che il "tempo ragionevole" dell'annullamento potrebbe "scadere" anche prima dei diciotto mesi¹⁰⁸.

La previsione conferma la rilevanza dell'elemento temporale per l'azione amministrativa e, anzi, nel caso dell'annullamento dei provvedimenti più idonei a ingenerare affidamento nei privati¹⁰⁹, quali le autorizzazioni e i provvedimenti attributivi di vantaggi economici, il tempo diviene uno degli elementi di esistenza (in concreto) del potere¹¹⁰: decorsi diciotto mesi, l'amministrazione decade dal potere di intervenire¹¹¹. Il fluire del tempo, in tal caso, come già osservato, si atteggia a "strumento" di garanzia della certezza e della stabilità delle situazioni giuridiche.

Tuttavia, anche al di là dell'ambito di applicazione del termine massimo dei diciotto mesi, l'amministrazione può intervenire su precedenti decisioni soltanto entro un "termine ragionevole". Se ciò vale per l'autotutela, non si intravedono ostacoli nel ritenere che debba valere anche per il provvedimento di primo grado, che, a prescindere dal termine acceleratorio previsto per ogni specifico procedimento, deve essere adottato entro un tempo ragionevole.

Il "tempo", come già osservato, ha acquisito un valore autonomo, specialmente in virtù delle sue implicazioni economiche¹¹², di guisa che la tempestività dell'azione amministrativa diviene un obiettivo da perseguire, oltre che un indice di

¹⁰⁷ La medesima esigenza di tutela dell'affidamento del privato rispetto a tale specifica categoria provvedimento è alla base dei limiti posti all'esercizio del potere di revoca. Il d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164, modificando l'art. 21-*quinquies*, ha escluso, infatti, la revoca per *ius poenitendi* con riguardo ai provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici.

¹⁰⁸ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 1, 2016, 5; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Giustamm.it*, 2016, 6.

¹⁰⁹ Ragion per cui il limite temporale non opera ove l'affidamento non possa essere tutelato perché il provvedimento è stato adottato sulla base di dichiarazioni mendaci del privato, nel qual caso, ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, l'amministrazione potrebbe intervenire anche una volta scaduti i diciotto mesi. La gravità del fatto giustifica l'estensione del potere amministrativo, che non può essere limitato quando il privato abbia intenzionalmente dichiarato il falso allo scopo di ottenere un vantaggio altrimenti non dovuto.

¹¹⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 405.

¹¹¹ M. Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, 621, per il quale «si introduce in questo modo una decadenza automatica dal potere amministrativo di annullamento». Cfr. anche, tra tanti, M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 281; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 118; P.L. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.a.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*; F. Francario, *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti giuridici*, ivi; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno*, cit.; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit.; A. Gualdani, *Il tempo nell'autotutela*, in *Federalismi.it*.

¹¹² P. Quinto, *Il tempo, come bene della vita nel procedimento amministrativo*, cit.

efficienza del “mondo” pubblico, al pari di quello privato¹¹³. La certezza temporale, si è detto, costituisce un elemento indispensabile ai fini della programmazione delle attività umane¹¹⁴, pertanto, l'azione amministrativa deve essere quanto più rapida possibile per l'impatto sulle decisioni personali ed economiche di ciascuno¹¹⁵.

I procedimenti amministrativi, dunque, non possono superare la ragionevole durata, anche tenendo conto dell'attualità di tutti gli interessi coinvolti¹¹⁶. D'altro canto, se si considera meramente ordinatorio o acceleratorio il termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione “riacquista” la discrezionalità nel *quando*¹¹⁷, che non può che essere esercitata nel rispetto dei principi di proporzionalità e, appunto, ragionevolezza.

Se così è, occorre tornare sulla “sorte” dell'atto tardivo, qui inteso come il provvedimento adottato successivamente alla scadenza del termine nelle ipotesi in cui occorra un atto espresso per concludere il procedimento. Sembra, infatti, che la sua legittimità possa essere confermata a condizione che, si ribadisce, sia stato rispettato almeno un tempo ragionevole, anche alla luce del bilanciamento dei diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti. È, dunque, il giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di legittimità, a verificare la validità del provvedimento tardivo, che produce effetti almeno fino al suo annullamento. In questo senso, può guardarsi al giudice amministrativo come al “signore” dell'atto tardivo, poiché, accogliendo la tesi che si propone, è al giudice che spetta la valutazione circa la ragionevole durata del procedimento amministrativo.

Quanto ad altre “tipologie” di atti tardivi, dall'ordinamento provengono, invece, talvolta precise indicazioni, talaltra “indizi”, circa la loro inefficacia. Senonché, si deve procedere con cautela e chiarire dapprima che l'inefficacia non è una forma di invalidità, ma una sua conseguenza¹¹⁸. Ne deriva che l'“etichetta”

¹¹³ F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit.

¹¹⁴ S. Osella, *La centralità del “tempo” nella valutazione della correttezza della Pubblica amministrazione*, cit.

¹¹⁵ F. Patroni Griffi, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*, cit.

¹¹⁶ Sul punto, M.T. Onorato, *Considerazioni sul termine di conclusione del procedimento amministrativo*, in *Trib. amm. reg.*, 5-6, 1998, 221, secondo la quale nel lungo periodo il privato può anche perdere interesse per ciò che egli stesso ha richiesto in precedenza. Inoltre, una durata eccessiva può comportare un cambiamento negli interessi che devono essere soppesati e bilanciati nel provvedimento finale, nonché la possibilità di sopravvenienze che rendano non più necessario l'atto richiesto.

¹¹⁷ A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., *passim*.

¹¹⁸ Senza volere in questa sede approfondire il tema dei rapporti tra validità ed efficacia del provvedimento, si v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 363: «Il rispetto delle norme di relazione, che fanno parte dell'ordinamento generale, è condizione per la produzione degli effetti». Cfr. M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, secondo la quale l'efficacia del provvedimento è una conseguenza della rilevanza del profilo funzionale del provvedimento, di talché «l'introduzione della categoria della nullità nel diritto amministrativo risponde all'esigenza, per molti versi analoga, di controllare (ed impedire) che possano irragionevolmente essere collegati effetti “normativi” ad una “regola” che, rendendo evidente l'esistenza di un *vulnus* profondo dell'elemento funzionale del provvedimento, non può essere in alcun modo adeguatamente corretta (in funzione recuperativa e interinalmente conservativa) dalle ragioni che fondano e

dell'inefficacia, di recente utilizzata dal legislatore, non risolve i problemi di “certezza”, per i quali sembra comunque necessario l'intervento di un giudice¹¹⁹.

Ciò vale innanzitutto per gli atti individuati dall'art. 2, co. 8-*bis*, l. 241/1990, per i quali è disposta l'inefficacia sul presupposto che intervengono a seguito della formazione di un silenzio cui l'ordinamento attribuisce valore e che determina, pertanto, l'esaurimento del potere amministrativo, con conseguente – si ritiene – nullità del provvedimento tardivo per carenza di potere¹²⁰.

Potrebbero sorgere, allora, dei dubbi rispetto al giudice (ordinario o amministrativo) munito di giurisdizione, posto che in caso di nullità per “carenza di potere” (essendo l'amministrazione decaduta dalla possibilità di pronunciarsi), la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario¹²¹.

Senonché, almeno con riguardo alla segnalazione certificata di inizio attività e alle ipotesi di silenzio assenso *ex* artt. 19 e 20, l. 241/1990, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che attrae a sé anche le controversie concernenti comportamenti comunque riconducibili all'esercizio della funzione amministrativa. Collegamento che, in tal caso, parrebbe sussistere.

spiegano il modo dell'equiparazione sul piano dell'ordinamento generale e, su questo piano, si riallacciano alla legittimazione stessa dell'amministrazione». Una diversa prospettiva è offerta da M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, per il quale «Il rapporto tra (in)validità ed (in)efficacia non è dunque assimilabile a quello che intercorre tra una causa e una conseguenza ma a quello che lega un problema ad una risposta: il primo segna i limiti della seconda, impone cioè che essa si muova nella direzione della privazione dell'efficacia, ma non la determina». Secondo l'A., dunque, «La tesi di Kelsen, secondo cui la norma sulla nullità (cioè la norma che indica le ipotesi in presenza delle quali l'atto è nullo e perciò inefficace) è superflua in quanto l'atto difettoso è per definizione difforme e quindi inefficace, è da rovesciare: la norma sulla nullità (come qualsiasi altra che indichi i casi in cui un atto viene, a vario titolo, privato di efficacia) è necessaria, perché, se manca, nessuna conseguenza dell'invalidità può essere tratta sul piano dell'efficacia» (114-115).

¹¹⁹ Che il legislatore ricorra spesso all'“etichetta” dell'inefficacia per superare la difficoltà di qualificare l'invalidità parrebbe confermato anche dalla disciplina della “sorte” dei contratti pubblici di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., rispetto alla quale pure resta fondamentale il ruolo svolto dal giudice.

¹²⁰ In questo senso anche M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 173, il quale, proprio partendo dal presupposto per cui «l'inefficacia non risulta essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile come una conseguenza in termini di perdita della capacità di produrre effetti conseguente all'accertamento di una serie di cause di invalidità», chiarisce che «la tecnica dell'inefficacia nella sua operatività concreta potrebbe rivelarsi più uno strumento di complicazione che di semplificazione. La tecnica da impiegare, invece, potrebbe essere quella della sanzione della nullità». Ancora, secondo l'A., «ciò consentirebbe di ragionare anche in termini di caducazione automatica dell'atto, essendo il silenzio provvedimentale e l'atto successivamente adottato stretti da un regime di forte collegamento, nel senso che l'inverarsi del silenzio assenso determina, quale conseguenza necessaria e indefettibile, il travolgimento automatico come nullità derivata senza bisogno di alcuna pronuncia costitutiva del provvedimento tardivamente adottato». In termini anche M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, cit. Diversa la posizione di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 289, il quale, pure ammettendo che il «rimedio della nullità appaia, in ragione del suo maggior rigore, astrattamente più acconcio ad un provvedimento espressione di un potere esaurito», preferisce ritenere operante il rimedio dell'annullabilità per la tassatività delle clausole di nullità indicate dall'art. 21-*septies*, l. 241/1990 e per la tendenza restrittiva della giurisprudenza amministrativa sul punto.

¹²¹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 363.

Sarebbe più appropriato, infatti, parlare di carenza di potere in concreto, in quanto la norma attributiva del potere sarebbe stata osservata, mentre sarebbero state violate norme aggiuntive che ne impediscono l'esercizio in concreto (la scadenza del termine perentorio per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi ovvero l'intervenuta formazione del silenzio con valore significativo).

Quanto agli altri atti tardivi richiamati dal nuovo comma 8-*bis*, l. 241/1990, si tratta invero di atti che intervengono nell'ambito di un procedimento complesso e l'inefficacia è disposta per consentirne la prosecuzione in vista dell'adozione del provvedimento finale. Ad ogni modo, potrebbe ritenersi che, per le ragioni anzidette con riguardo all'inefficacia quale conseguenza dell'invalidità, il legislatore, nel prevedere espressamente l'inefficacia degli atti tardivi, abbia introdotto nuove fattispecie di nullità tipizzate¹²², il cui accertamento, ai sensi dell'art. 31, co. 4, c.p.a., è rimesso al giudice amministrativo¹²³.

Ciò parrebbe trovare conferma nelle altre ipotesi in cui il legislatore stabilisce espressamente l'inefficacia del provvedimento. Tra queste, merita un cenno la disciplina dell'atto adottato in violazione o elusione di pronunce non ancora passate in giudicato o di altri provvedimenti, che si ricava dall'art. 114, co. 4, lett. c), c.p.a., ai sensi del quale il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, «nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano». Invero, dalla disposizione (come dal nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2, l. 241/1990), pare forse emergere l'intenzione del legislatore di "superare" la difficoltà di "qualificare" l'invalidità del provvedimento, per occuparsi direttamente degli effetti dell'atto¹²⁴.

Qualifica, invece, espressamente come nulli gli atti adottati dagli organi decaduti il d.l. 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, con la l. 15 luglio 1994, n. 444¹²⁵. La nullità, in tal caso, pare necessariamente implica-

¹²² M. Macchia, *Inefficacia del provvedimento amministrativo e oneri regolatori*, cit., 183.

¹²³ M. Occhiena, *Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, II ed., 2012, 579.

¹²⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 534: «la formula usata dal legislatore risente della preoccupazione di non voler qualificare come nulli atti in contrasto con pronunce che potrebbero poi essere riformate in appello (siamo, cioè, al cospetto di una invalidità che dipende dall'esito del giudizio; l'inefficacia potrà convertirsi in nullità ove la pronuncia sia confermata dal giudicato)».

¹²⁵ In particolare, ai sensi dell'art. 3, sono nulli gli atti adottati dagli organi prorogati che non siano di ordinaria amministrazione ovvero giustificati da ragioni di urgenza e indifferibilità, e, ai sensi del successivo art. 6, sono nulli gli atti adottati decorso il termine massimo di proroga senza che si sia proceduto alla ricostituzione dell'organo amministrativo. Sull'istituto, C. Barbati, *Proroga e prorogatio tra buon andamento e legalità della pubblica amministrazione*, in *Le Regioni*, 1993, 2, 355; G. Endrici, *La prorogatio nell'organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, 2, 383; M. Immordino, *La proroga degli organi amministrativi tra principi costituzionali e "principi fondamentali"*, in *Nuove autonomie*, 1995, 107.

re l'inefficacia dell'atto¹²⁶. Interessante notare come anche qui assumano rilievo atti per così dire "tardivi", sicché la nullità si pone come "sanzione" per l'inerzia dell'amministrazione nella ricostituzione degli organi¹²⁷.

A tali ipotesi si affiancano quelle in cui l'efficacia del provvedimento è (non già collegata al superamento di un termine, bensì) subordinata a un ulteriore adempimento, a un passaggio procedimentale con funzione integrativa¹²⁸. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di pubblicazione imposti dal d.lgs. 33/2013 come condizione di efficacia degli atti concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza o conferiti nelle società controllate, degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati e, infine, degli atti di pianificazione e governo del territorio.

Con riguardo, invece, a una delle ipotesi più rilevanti di "atto tardivo", il già richiamato caso dell'annullamento d'ufficio adottato oltre diciotto mesi per i provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, il termine si pone quale limite di esistenza del potere in concreto¹²⁹, con la conseguenza che, una volta scaduto, l'amministrazione non potrebbe più intervenire¹³⁰, salvo che non sussistano le condizioni previste dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*¹³¹. Coerentemente con il riconoscimento della perentorietà del termine, il provvedimento di autotutela tardivo dovrebbe essere considerato nullo e comunque non produttivo dei suoi effetti tipici¹³².

Invero, anche in tal caso, mancherebbe un presupposto essenziale per il suo esercizio (il rispetto dei diciotto mesi), ma la norma attributiva del potere parreb-

¹²⁶ Per A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 251, «le nullità in parola sono poste a presidio tanto dell'interesse pubblico, quanto di quello degli amministrati: l'ordinamento richiama al rispetto del principio generale volto a privare di effetti gli atti adottati dagli organi scaduti; e ciò allo scopo di assicurare, da un lato, l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa e, dall'altro, per tutelare la situazione soggettiva di quanti, eventualmente, dovessero subire un pregiudizio da detta attività».

¹²⁷ "Sanzione" cui si aggiunge la specifica ipotesi di responsabilità disciplinata dall'art. 6, co. 3, a mente del quale «I titolari della competenza alla ricostituzione e nei casi di cui all'articolo 4, comma 2, i presidenti degli organi collegiali sono responsabili dei danni conseguenti alla decadenza determinata dalla loro condotta, fatta in ogni caso salva la responsabilità penale individuale nella condotta omissiva».

¹²⁸ R. Villata, M. Ramajoli *Il provvedimento amministrativo*, ed. II, Torino, 2017, 320.

¹²⁹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 405.

¹³⁰ *Ibid.*: «scaduto il termine (il cui rispetto implica l'emanazione dell'atto e non già il semplice avvio del procedimento: Cons. Stato, parere n. 839/2016), è da ritenersi consumato il potere, sicché l'amministrazione non può provvedere tardivamente» (559).

¹³¹ Ossia l'ipotesi in cui l'affidamento del privato non meriti tutela poiché il provvedimento è stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.

¹³² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 405 e 561. Per R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 650, si tratterebbe di un'ipotesi di illegittimità. Anche la giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla fattispecie in esame, si riferisce all'illegittimità del provvedimento tardivo e pronuncia sentenze di annullamento: cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 11 marzo 2020, n. 1114; Salerno, sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 1° giugno 2018, n. 3631.

be rispettata. Di conseguenza, il provvedimento manterrebbe quell'autoritatività necessaria per esplicare effetti, ancorché non tipici, ma inciderebbe su una situazione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo, con conseguente attrazione delle eventuali controversie nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

In altri termini, il "comportamento" dell'amministrazione sarebbe comunque riconducibile all'esercizio della funzione pubblica, di guisa che, sul piano sostanziale, sarebbe più corretto parlare di illiceità, per la capacità dell'atto adottato in carenza di potere in concreto di produrre effetti, tanto da potere essere fonte di responsabilità dell'amministrazione per i danni causati. Tuttavia, resta il problema degli effetti prodotti, posto che l'atto non potrebbe essere annullato né dal giudice amministrativo, privo di giurisdizione in assenza di un interesse legittimo o di un'ipotesi espressa di giurisdizione esclusiva (come nel caso dell'occupazione acquisitiva, che pure è inquadrabile tra i comportamenti collegati all'esercizio della funzione amministrativa, riconducibile alla materia dell'espropriazione devoluta alla giurisdizione esclusiva, ovvero nei casi, prima richiamati, della s.c.i.a. e del silenzio assenso), né dal giudice ordinario, che non dispone del potere di annullamento. La soluzione potrebbe consistere nella disapplicazione dell'atto adottato in carenza di potere in concreto¹³³.

A meno di non considerare che la previsione di un termine perentorio configuri automaticamente (seppure implicitamente) un'ipotesi di nullità prevista dalla legge¹³⁴, con conseguente attribuzione del potere di accertarla al giudice amministrativo, *ex art. 31, c.p.a., co. 4*. In tal modo, sebbene dal punto di vista pratico le differenze tra il provvedimento nullo e quello annullabile tendano a ridursi, per la stabilità che, in entrambi i casi, il provvedimento acquisirebbe scaduti i relativi termini di decadenza dell'azione, ai fini della valutazione della ricevibilità del ricorso, bisognerebbe tener conto del termine di centottanta giorni.

Fermo restando che accogliendo tale tesi opererebbe, altresì, la previsione, sempre contenuta nell'*art. 31, co. 4, c.p.a.*, secondo la quale «la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice». Ciò appare più in linea con la *ratio* della limitazione temporale introdotta con la l. 124/2015, di assicurare stabilità alle situazioni giuridiche dei privati in maniera speculare al termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi previsto in favore dell'amministrazione¹³⁵.

¹³³ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 534.

¹³⁴ Del resto, nelle ipotesi di nullità testuale il potere, almeno in astratto, parrebbe esistere, sicché, con riguardo a tali fattispecie, «la nullità si configura soprattutto come una risposta estrema dell'ordinamento a una grave difformità dal paradigma normativo piuttosto che il risultato dell'assenza completa del potere»: *ibid.*, 535.

¹³⁵ Cons. Stato, Comm. speciale, parere 30 marzo 2016, n. 839, in cui si legge che «questo Consiglio di Stato ritiene che tale confine temporale introduca un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inopugnabilità

Tornando, invece, all'ipotesi del silenzio inadempimento, su cui si è scelto di concentrare principalmente il lavoro, la scadenza del termine di conclusione del procedimento, di natura, si è detto, ordinatoria o acceleratoria, non determina l'illegittimità del provvedimento che, invece, inficerebbe inevitabilmente il provvedimento ove fosse adottato dopo un tempo irragionevole, sindacabile dal giudice amministrativo nell'eventuale giudizio di annullamento.

Qualora fosse proposto un ricorso avverso il silenzio, invece, l'individuazione del termine ragionevole entro cui adottare il provvedimento spetterebbe al giudice del silenzio, pur sempre sulla base dell'indicazione legislativa¹³⁶, con la conseguenza che il provvedimento adottato dopo il termine fissato dal giudice dovrebbe essere illegittimo, perché intervenuto oltre il limite posto al potere in forza del rimedio giurisdizionale. Sennonché, in tal caso, il limite della "ragionevolezza" parrebbe necessariamente coincidere con il momento dell'insediamento del commissario *ad acta* che, ai sensi del comma 3 dell'art. 117, c.p.a., potrebbe essere nominato dal giudice con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata; non si potrebbe considerare invalido, infatti, il provvedimento la cui adozione tardiva è espressamente consentita tramite il rimedio "sostitutivo" della nomina del commissario¹³⁷.

Ove, invece, il provvedimento tardivo fosse adottato successivamente all'insediamento del commissario, l'atto sarebbe addirittura nullo, in virtù del definitivo "trasferimento" del potere all'organo straordinario¹³⁸. L'accertamento della nullità spetterebbe, ancora una volta, al giudice amministrativo, riconducendosi

degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-*nonies* della legge n. 241, abbia introdotto una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)».

¹³⁶ Ai sensi dell'art. 117, co. 2, c.p.a., «in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni».

¹³⁷ F. Fracchia, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 96.

¹³⁸ Secondo la giurisprudenza amministrativa, dalla data dell'insediamento del commissario, si determina il definitivo trasferimento del potere, con conseguente nullità dell'atto eventualmente adottato successivamente dall'amministrazione. *Ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. I, 18 marzo 2019, n. 411, chiarisce che «l'adozione del provvedimento da parte dell'amministrazione intimata oltre il termine assegnatole non si traduce nella nullità del provvedimento stesso, atteso che "in caso di nomina giudiziale del commissario *ad acta* nei giudizi avverso il silenzio inadempimento, l'Amministrazione rimane titolare del potere di provvedere anche tardivamente, dopo la scadenza del termine fissato dal giudice, essendo solo all'atto dell'insediamento del commissario *ad acta* che si verifica il definitivo trasferimento dei poteri che preclude all'Amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, con conseguente nullità degli atti da essa compiuti oltre tale termine" (cfr. Tar Napoli, sez. II, 09 febbraio 2016, n. 693)»; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 6 marzo 2018, n. 564.

la fattispecie data alle controversie in materia di silenzio *ex* art. 31, commi 1, 2 e 3, c.p.a. devolute alla giurisdizione esclusiva¹³⁹.

Ciò pare dimostrare ancora una volta che tutte le misure adottate dal legislatore per “compulsare” le amministrazioni e promuovere la tempestività dell’azione amministrativa non si rivelano efficaci, occorrendo sempre l’intervento del giudice per “stanare” l’amministrazione indolente e decidere delle “sorti” dell’atto tardivo.

¹³⁹ Cfr. Art. 133, co. 1, lett. a), n. 3), c.p.a.

Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell’atto tardivo

Il contributo, prendendo le mosse dall’assoluta rilevanza della tempestività dell’azione amministrativa per la tutela degli interessi pubblici e privati e dalle modifiche all’art. 2, l. 241/1990, apportate dal Decreto Semplificazioni, specialmente con riferimento alla “sorte” degli atti tardivi, affronta il tema della durata dei procedimenti amministrativi e valuta l’opportunità di spostare l’attenzione dal termine di conclusione applicabile ai singoli procedimenti verso un’estensione del concetto di “ragionevole durata”, tipico del processo, al procedimento amministrativo, anche alla luce degli insegnamenti provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e tenendo conto, altresì, dell’incidenza di una durata eccessiva del procedimento sul paradigma legale di riferimento, in virtù della regola del *tempus regit actum*. Esaminati gli effetti del decorso del tempo sulle diverse “tipologie” di atto tardivo, il contributo valuta il diverso ruolo svolto del giudice amministrativo a seconda del regime applicabile all’atto.

The reasonable duration of administrative procedures and the ‘fate’ of late decisions

Starting from the absolute importance of the timeliness of administrative actions for the protection of public and private interests, and from the amendments to art. 2, l. 241/1990 – introduced by the ‘Simplification Decree’ – especially with reference to the ‘fate’ of late administrative decisions, the paper addresses the issue of the duration of administrative procedures and evaluates the expediency of shifting attention from the term of conclusion applicable to individual proceedings towards an extension of the concept of ‘reasonable time’ (typical of the court trial) to the administrative procedure, also in light of the case-law of the European Court of Human Rights and taking into account the impact of the excessive duration of the procedure on the legal paradigm applicable to the administrative decision, according to the rule of *tempus regit actum*. After examining the effects of the time deadline on the different ‘types’ of late administrative decisions, the paper assesses the various roles played by the administrative judge.

