

LA SCOPERTA DEL VALORE DEL TEMPO NEL RINNOVATO RAPPORTO TRA I
LIVELLI DI GOVERNO ED I CITTADINI AMMINISTRATI

Gennaro Ferraioli*

Sintesi della tesi di laurea in Scienza dell'Amministrazione, discussa presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno, il giorno 28/07/2021.

Relatore: Prof. Francesco Armenante.

PRESENTAZIONE DEL LAVORO.

Il lavoro curato dal dott. Gennaro Ferraioli affronta in maniera esaustiva il complesso tema dell'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione, con particolare riferimento ai rimedi esperibili dai cittadini amministrati in caso di inerzia.

La trattazione è ben strutturata e sviluppa con rigore metodologico il tema, dapprima ricostruendo in maniera compiuta il quadro normativo di riferimento (anche alla luce dei principi di matrice eurounitaria), prestando successivamente attenzione alla giurisprudenza maggiormente rilevante, sino alle ultime e più recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*ea est*: n. 7 del 23 aprile 2021 e n. 8 del 25 maggio 2021).

Ciò che maggiormente si apprezza nel lavoro è la ricostruzione di una tematica rispetto alla quale la giuspubblicistica non è approdata ad indirizzi ermeneutici condivisi.

L'originalità delle conclusioni rassegnate rende il lavoro di interesse divulgativo.

Prof. Francesco Armenante

Il lavoro ripercorre in maniera competente le non semplici questioni relative al tempo della decisione amministrativa ed ai vari rimedi giustiziali esperibili in caso di inerzia della P.A.

Del contributo si apprezza il rigore metodologico dell'A. che si muove senza impaccio nel variegato sistema delle fonti in materia, prestando attenzione anche alla giurisprudenza più recente (ed autorevole) del Giudice Amministrativo.

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Salerno. Praticante avvocato. Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la Corte d'Appello di Salerno, sezione Lavoro.

I richiami bibliografici sono ampiamente esaustivi e comprovano un approfondito scrutinio dei plurimi istituti esaminati nel lavoro di tesi.

Le conclusioni cui il lavoro perviene (da cui emergono plurimi spunti critici nei riguardi degli indirizzi ermeneutici dettati dalle recenti decisioni della Plenaria) lo rendono meritevole di pubblicazione.

Prof.ssa Chiara Orrei

SOMMARIO: 1. - L'agire della PA: il valore ed il ruolo dei suoi principi nell'era della semplificazione. 2. - L'obbligo di provvedere calato nel nuovo rapporto tra i livelli di governo ed i cittadini amministrati. 3. - Il danno da ritardo e gli indirizzi ermeneutici resi dalla sentenza n. 7/2021 pronunciata dall'Adunanza Plenaria. 4. - Gli istituti rimediali all'inerzia amministrativa e la portata della sentenza n. 8/2021 pronunciata dall'Adunanza Plenaria. 5. - Riflessioni conclusive sulla configurazione del tempo come bene della vita.

1. - L'agire della PA: il valore ed il ruolo dei suoi principi nell'era della semplificazione

L'esegesi degli istituti precipi del diritto amministrativo, afferenti al rapporto tra amministrazione procedente e cittadini amministrati, non può prescindere dai principi di matrice euro-unitari, come scolpiti nelle relative Carte fondamentali.

Inter alia, la Carta di Nizza del 2000 (*rectius* la Carta dei Diritti Fondamentali), all'art. 41 declina la buona amministrazione come diritto al trattamento del proprio interesse in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole, ricomprendendo in tale nozione anche l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni, ricomprendendo il diritto di accesso, il diritto di essere ascoltati, oltre che il diritto al risarcimento dei danni subiti¹. Nell'ambito dell'ordinamento comunitario, la buona amministrazione è una sorta di grande contenitore in cui è ricompresa la vasta gamma delle prerogative riconosciute al privato nel momento in cui si trova a dialogare con la Pubblica Amministrazione.

Sul crinale del diritto interno, la dottrina tradizionale ha osservato che per comprendere come sia disciplinata l'Amministrazione all'interno della nostra Carta Costituzionale, questa debba essere letta per intero². Nel solco tracciato dal Legislatore Costituente, è possibile individuare tre principi di portata generale, quali quelli di uguaglianza, di democraticità e di solidarietà sociale. Nello specifico, infine, la Costituzione dedica alla Pubblica Amministrazione due appositi articoli, il 97 ed il 98. Di questi, l'uno fissa quei principi fondamentali per il funzionamento della PA, i quali si

¹ Vedasi il punto 127 della motivazione in Tribunale di primo grado delle Comunità Europee, Quarta Sezione, causa T-193/04.

² Carlo Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1954, pag. 248.

pongono anche come criteri guida delle norme *ex lege* n. 241/1990; mentre l'altro rappresenta il pilastro sui cui si fonda l'intera disciplina in materia di incompatibilità degli incarichi pubblici.

In tale cornice, i più recenti interventi legislativi di cui ai ccdd decreti semplificazioni (dl n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021) hanno restituito un nuovo rapporto collaborativo tra pubblico e privato, grazie al quale i cittadini si pongono come portatori di risorse per l'amministrazione e non più come soggetti destinatari della relativa attività o come portatori di bisogni da soddisfare. L'amministrazione, dunque, compie il proprio ingresso in una nuova era, dove la collaborazione, la ricerca del consenso e il confronto non costituiscono delle semplici scelte di "policy", e non sono più meri adempimenti formali, bensì divengono una forma sostanziale dell'agire pubblico. Un'anticipazione di questo orientamento come positivizzato era, tra l'altro, già individuabile in coeve pronunce della Corte costituzionale³.

La dottrina⁴ sottolinea anche come, nella misura in cui la prospettiva di una dimensione paritaria o quasi paritaria dei rapporti tra cittadino e amministrazione risulta accentuata, il privato esce fortemente responsabilizzato, poiché deve, anche lui come l'amministrazione, confrontarsi in seno ad un rapporto in maniera collaborativa ed in buona fede.

Si passa, in definitiva, dal semplice diritto (del privato) ad essere ascoltato, al riconosciuto dovere (dell'amministrazione e del privato) di agire con lealtà ed equità.

2. - L'obbligo di provvedere calato nel nuovo rapporto tra i livelli di governo ed i cittadini amministrati

All'interno di una società moderna, dinamica ed in costante evoluzione, il tempo si qualifica come bene economico, «una risorsa scarsa a valore unico, non moltiplicabile e non replicabile»⁵. Più in generale, può essere definito come «elemento di parametrizzazione di qualsiasi vicenda umana, sicché rileva anche per ogni evento della vita di relazione che assuma un significato giuridico»⁶.

Il diritto ha sempre cercato di segmentare il tempo, proprio allo scopo di trovarvi una serie di punti fermi, di immobilità, cui ricollegare il verificarsi di eventi rilevanti su di un piano giuridico. Il paradosso è che i suddetti eventi giuridici mostrano la pretesa di collocare la propria efficacia al di fuori del tempo stesso. Si pensi alla legge, nel momento in cui viene emanata entra nel tempo, ma ne fuoriesce, in ragione della sua pretesa ad essere generale, astratta, ripetibile. E se il diritto,

³ Corte Costituzionale, n.131/2020.

⁴ Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44697>.

⁵ Come osserva Pietro Quinto in *Il tempo «bene della vita» nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*, pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 25 ottobre 2011.

⁶ Roberto Caponigro, *Il tempo quale bene della vita*, in www.giustizia-amministrativa.it.

nella sua prospettiva costituzionalistica, sembra rinunciare ad una signoria sul tempo, anzi si sottomette ad esso⁷, il diritto amministrativo, che è funzionalizzato alla cura di interessi pubblici mutevoli, lo insegue. Con il passaggio dalla concezione di Pubblica Amministrazione come autorità a quella di Amministrazione erogatrice di beni e di servizi a cui fanno da contraltare posizioni giuridiche soggettive dei cittadini amministrati, si origina un nuovo rapporto tra questi ultimi ed i livelli di governo. In questo nuovo rapporto, la Pubblica Amministrazione si pone rinnovati obiettivi: tenere il passo di una società sempre più veloce ed interconnessa e rispondere ai suoi bisogni con procedimenti snelli, agili e veloci.

L'art. 2 della legge 241/90 configura un diritto al provvedimento (il quale, naturalmente, non si traduce nel diritto ad un provvedimento favorevole) in capo al cittadino amministrato; si impone alle amministrazioni di riscontrare tramite l'adozione di un provvedimento espresso le richieste che le vengono formulate tese al rilascio di un provvedimento o di un titolo abilitativo all'esercizio di un'attività. Una affermata giurisprudenza⁸ osserva che, con l'introduzione del suddetto obbligo, il Legislatore ha inteso introdurre una norma di principio allo scopo di canonizzare l'efficacia dell'obbligo di provvedere, in parte già esistente nell'ordinamento, anche nelle fasi subprocedimentali. In questo modo si è data applicazione generale a regole che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico.

Tale obbligo, dalla valenza generale, incontra una delimitazione nell'ambito di applicazione. In giurisprudenza si è operata una precisa distinzione tra le istanze volte ad ottenere un atto di contenuto favorevole, quelle aventi ad oggetto il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, ed infine quelle dirette a produrre effetti sfavorevoli verso terzi, dall'accoglimento delle quali il richiedente possa indirettamente trarre vantaggi (cc.dd. interessi strumentali). Se nel primo caso non sussiste alcun dubbio circa l'obbligo di provvedere, quando si richiede alla PA di riesaminare un atto autoritativo, rimasto inoppugnato, un eventuale obbligo di riesame inficerebbe le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale, le quali sono alla base dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e dell'inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti. Ragion per cui un obbligo di provvedere, in questo caso, non è configurabile. Con riguardo ai cc.dd. interessi strumentali, nel caso in cui un terzo formuli un mero esposto, ancor più se generico, sollecitando un'indifferenziata azione di controllo da parte dell'amministrazione, non vi è ragione di imporre a quest'ultima di determinarsi.

Ancora, la giurisprudenza, in maniera consolidata, ha individuato delle tipiche fattispecie in cui debba ritenersi insussistente l'obbligo di provvedere. È possibile citarne alcune, a titolo

⁷ Vedasi, come esempio, l'articolo 28 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793, il quale recita «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future».

⁸ Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433.

esemplificativo: l'obbligo non sussiste a fronte di istanze aventi ad oggetto diritti soggettivi⁹, tra cui vanno comprese quelle aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento danni¹⁰; non sussiste di fronte a pretese illegali, non potendosi tutelare interessi illegittimi¹¹.

Ritornando al discorso principale, la disposizione normativa in esame configura, innanzitutto, il dovere di determinarsi in modo espresso. A tal fine all'amministrazione si impone l'obbligo di dare riscontro ad un'istanza mediante un provvedimento. Secondo la totalità della dottrina, non costituisce termine del procedimento amministrativo, e dunque non ha alcuna valenza provvedimentoale, una nota dal carattere meramente interlocutorio o soprassessorio¹². Una eventuale pronuncia in tal senso da parte della amministrazione non può impedire il formarsi del silenzio significativo, né impedire la sanzione per l'inerzia. Inoltre, come nota una recentissima giurisprudenza¹³, l'importanza della disposizione in esame è dovuta soprattutto alla previsione di una conseguenza derivante dalla violazione del suddetto dovere, ossia la configurazione di una condotta anti-giuridica dell'amministrazione, con ricadute su profili di responsabilità interni *ex* comma 9.

L'articolo 2 è stato oggetto di poche, ma significative, modifiche ad opera della legge di conversione del decreto semplificazioni, n. 120 dell'11 settembre 2020. Queste, come notato da una dottrina¹⁴, sono da evidenziare anche per la loro valenza generale. La legge citata ha introdotto i commi 9 *bis* e 9 *ter*, i quali sono stati, tra l'altro, l'uno modificato e l'altro sostituito dall'articolo 61 del decreto legge 77/2021, c.d. decreto semplificazioni *bis*. L'aggiornato comma 9 *bis* dell'art. 2 in esame prevede che, in caso di inerzia procedimentale della PA l'organo di governo possa individuare il sostituto non solo nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione (come previsto in precedenza), ma anche in un'unità organizzativa. Il sostituto comma 9 *ter* prevede che, decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento (anche considerando le previste ipotesi di sospensione legittima), il responsabile o l'unità organizzativa cui è attribuito il potere sostitutivo possa, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercitarlo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concludere il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario *ad acta*.

⁹ Come per giurisprudenza pacifica, vedasi T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 novembre 2007, n. 10952, il rito speciale dell'impugnazione del silenzio non può essere attivato relativamente ad istanze aventi ad oggetto pretese economiche costitutive di diritti soggettivi di credito attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come il diritto ad ottenere dalla PA la restituzione di somme per oneri di urbanizzazione non dovuti.

¹⁰ Secondo T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 5 dicembre 2007, n. 12568, il giudizio speciale sul silenzio-inadempimento della PA, non è compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla situazione di inerzia. Non è quindi ammissibile la domanda con la quale si richiede il risarcimento del danno in occasione della proposizione di un ricorso avverso il silenzio della PA.

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181.

¹² Sull'illegittimità dell'atto meramente soprassessorio, vedasi T.A.R. Toscana, sez. III, 30 ottobre 2018, n. 1417.

¹³ Sentenza del 23 aprile 2021, n. 7 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

¹⁴ Fabrizio D'Alessandri, *Decreto semplificazioni: le modifiche al procedimento amministrativo*, pubblicato sul sito <https://www.quotidianogiuridico.it/> il 4 giugno 2021.

Dalla modifica del summenzionato comma è possibile ricavare un importante *favor* concesso al privato: contrariamente a quanto in origine previsto, non dovrà necessariamente lui stesso attivarsi, ma potrà beneficiare della possibilità che il responsabile o l'unità organizzativa si attivino d'ufficio.

Naturalmente, il solo riconoscimento dell'obbligo di provvedere, non collegato alla certezza nel *dies ad quem*, sarebbe stato inadeguato per contrastare l'inerzia amministrativa. Consapevole di ciò, il Legislatore è intervenuto appositamente anche sotto l'aspetto temporale ed ha richiamato i termini di conclusione del procedimento sanciti nelle singole normative di settore o, in via residuale, nella stessa legge sul procedimento. In mancanza di qualsiasi previsione di un termine di conclusione del procedimento, opera quello residuale pari a trenta giorni.

Il novellato comma 6 dell'articolo 2 della legge in esame consolida un orientamento della giuspubblicistica e statuisce che il termine di conclusione del procedimento debba cominciare il proprio decorso a partire dal ricevimento dell'istanza, ovvero dall'acquisizione del protocollo, risultando in tal modo irrilevante il tempo occorrente all'ente, per ragioni proprie organizzative, per il concreto avvio dell'istruttoria e per la nomina del responsabile del procedimento. Desta interesse anche la previsione al novellato comma 7 di un mero effetto sospensivo, e non interruttivo, all'eventuale richiesta di integrazione documentale concernente fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso delle PPAA.

Nel tentativo, poi, di dare tempi certi ai procedimenti amministrativi, il d.l. 76/2020 ha aggiunto all'art. 2 il comma 4 *bis*. Esso prevede che le PPAA misurino e rendano pubblici 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. Per garantirne l'effettività, indica anche il *modus*. Ancora, il medesimo comma prevede che 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 prende realisticamente atto dello scarto che esiste tra i termini di conclusione dei procedimenti stabiliti dalla legge e i tempi effettivi dell'agire amministrativo; sebbene l'introduzione di tale comma debba essere valutata positivamente, si deve notare come manchi di precisare cosa si intenda per procedimenti di maggiore impatto, ed inoltre non preveda una apposita sanzione nel caso di mancata misurazione.

La disciplina viene completata con una modifica, attuata sempre dal c.d. decreto semplificazioni, dell'art. 29, comma 2 *bis*, legge n. 241/1990, imponendo così l'obbligo di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti ai livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117, comma 2, lettera m), Cost.*, e con una ulteriore prescrizione, *ex art. 12, comma 2, d.l. 76/2020*, che impone alle amministrazioni e agli enti pubblici statali di provvedere entro un dato termine (spirato il 31

dicembre 2020) a verificare e a rideterminare, in riduzione, i termini di durata dei procedimenti di loro competenza ai sensi dell'articolo 2, comma 3, legge n. 241/1990.

Per pacifiche acquisizioni giurisprudenziali, il *dies ad quem* del procedimento amministrativo viene ritenuto meramente ordinatorio o sollecitorio. Il suo decorso non determina il venir meno del potere amministrativo, salvo che questo sia stabilito espressamente¹⁵. Residua in capo all'amministrazione precedente, anche in caso di inutile decorso del termine, la possibilità, e dunque l'obbligo, di determinarsi. D'altro canto, si preserva in tale modo anche l'interesse di cui è portatore il privato-amministrato, il quale altrimenti sarebbe obbligato ad azionare i rimedi giustiziali per ottenere il provvedimento invocato. La conseguenza di quanto detto è che il provvedimento tardivo non è sanzionabile *ex se*¹⁶.

In senso contrario rispetto a quanto finora detto, nell'istituto della s.c.i.a. il termine di sessanta giorni (o trenta, in materia edilizia) previsto è da considerarsi perentorio, con la conseguenza che, una volta decorso, l'amministrazione può provvedere solo con l'esercizio del potere di autotutela.

Ancora, le suddette considerazioni sono incompatibili con il silenzio-significativo. Per cui, ove previsto il silenzio-assenso, in caso di inerzia, il provvedimento si intende rilasciato *per silentium*, cosicché l'interessato potrà esercitare l'attività sulla base di un'istanza regolarmente prodotta e dopo il decorso del termine appositamente previsto. Allo stesso modo, ove sia prevista una fattispecie di silenzio-rifiuto, l'inerzia equivale ad un provvedimento negativo avverso il quale è possibile esperire i prescritti rimedi giustiziali. Ciò che rileva, per l'amministrazione, è che in entrambe le suddette ipotesi, una volta decorso il termine per provvedere, essa non potrà adottare un mero provvedimento di primo grado (positivo o negativo che sia), dovendo piuttosto agire in autotutela qualora la determinazione che intende assumere sia di contenuto opposto rispetto all'effetto del silenzio¹⁷. Qualora, invece, intenda adottare una determinazione dal medesimo contenuto, l'eventuale provvedimento tardivo avrà natura meramente confermativa di un titolo già rilasciato implicitamente.

In materia di silenzio-assenso, poi, è intervenuto il decreto legge c.d. semplificazioni *bis*. Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 20 della legge 241/1990, nei casi di perfezionamento del silenzio-assenso, impone all'amministrazione di rilasciare su richiesta del privato, in via telematica, un'attestazione

¹⁵ Costituisce principio generale del diritto quello secondo cui i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori, qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge; con la precisazione che la natura perentoria del termine può anche essere desunta implicitamente dalla *ratio legis* e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento in un arco di tempo prefissato è indirizzato a soddisfare (Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2195). Sulla natura acceleratoria e non perentoria del termine, cfr., anche, T.A.R. Toscana, n. 1417/2018, cit.

¹⁶ Vedi T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 10 aprile 2009, n. 1944.

¹⁷ Per analoghe considerazioni, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2007, n. 587. Secondo il T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 marzo 2018, n. 385: «Nelle ipotesi di silenzio assenso, una volta decorso il termine fissato dalla legge per provvedere, il relativo potere dell'Amministrazione deve considerarsi consumato, potendo quest'ultima procedere solo in sede di autotutela all'annullamento dell'atto *factus* illegittimamente formatosi».

circa il decorso dei termini del procedimento e, pertanto, dell'intervenuto accoglimento della domanda. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato sostitutiva dell'atto di notorietà, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445¹⁸. Tale intervento nulla aggiunge agli effetti del silenzio-assenso¹⁹, ma impone un importante adempimento burocratico volto a garantire il profilo della certezza del diritto nei rapporti tra PPAA e cittadini amministrati, lasciando il privato comunque libero di non dipendere necessariamente dal rilascio della menzionata attestazione, potendo egli, nel rispetto dei termini previsti, sostituirla con apposita autodichiarazione.

All'interno del nuovo rapporto tra Amministrazione e cittadini, si apre un altro discorso, attinente all'avviso *ex art. 10 bis* l. 241/1990, che riconosce un nuovo diritto dei partecipanti al procedimento, a cui fa da contraltare un nuovo dovere per l'amministrazione procedente. In particolare, per la dottrina dominante, l'articolo in esame introdurrebbe due regole procedurali in grado di dar effettivo contenuto alla partecipazione garantita dall'ordinamento: l'affermazione del principio di preclusione; e il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla conoscenza del fascicolo del procedimento. Con l'art. 10 *bis* si cerca di superare il contraddittorio imperfetto, per affermare un reale contraddittorio ad armi pari tra l'amministrazione e gli amministrati.

L'istituto del preavviso di rigetto è stato interessato dalla novella *ex d.l. 76/2020*, c.d. semplificazioni. Il Legislatore ha posto fine ai dubbi sul significato da attribuire al termine «interruzioni» con riferimento ai termini procedurali, sancendo definitivamente la portata meramente sospensiva, e non già interruttiva, del termine di conclusione del procedimento per effetto della comunicazione del preavviso di rigetto. Nessuna modifica sostanziale si registra, nonostante una diversa sintassi della disposizione, con riferimento all'obbligo dell'amministrazione di motivare in merito al mancato accoglimento delle osservazioni presentate dal privato in conseguenza del preavviso di rigetto.

In merito all'istituto in esame, una precisazione si impone. Con il d.l. 76/2020, il Legislatore ha smentito una recente giurisprudenza e si è premurato di precisare (all'art. 1, co. 12, lett. i) che la previsione di cui al secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/90 non si applica alla fattispecie del preavviso di rigetto. La conseguenza è una maggiore tutela per gli istanti destinatari di un provvedimento di segno negativo a fronte dell'esercizio di un'attività amministrativa discrezionale.

Con lo stesso decreto c.d. semplificazioni, infine, si è inteso ridurre l'operatività del principio di inesauribilità del pubblico potere in sede di nuovo esercizio dello stesso a fronte di un precedente giudicato di annullamento, prevedendo ulteriori limiti per la Pubblica Amministrazione oltre a quelli già derivanti dall'effetto conformativo della sentenza; il decreto ha, infatti, definitivamente sancito che «[i]n caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare

¹⁸ Rubricato «Disposizioni generali in materia di dichiarazioni sostitutive».

¹⁹ Il comma 2 *bis*, infatti, recita: «...fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso...».

nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato». In sostanza, può soprattutto parlarsi di volontà di scongiurare decisioni a sorpresa sottratte al contraddittorio con l'istante, e dell'impossibilità di rivitalizzare l'istruttoria. L'effetto di questo regime²⁰ è almeno triplice: offrire garanzie al privato istante (purché abbia assolto l'onere di presentare osservazioni), protetto da colpi di mano procedimentalmente tardivi da parte del decisore pubblico; vincolare conseguentemente l'amministrazione, nei procedimenti ad istanza di parte, a effettuare un'istruttoria il più possibile tempestiva e completa fino al momento in cui matura la convinzione della sussistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza medesima; responsabilizzare il privato richiedente e interveniente: atteso che l'amministrazione potrà esclusivamente opporre motivi ulteriori conseguenza delle osservazioni, egli dovrà stare molto accorto nella redazione delle osservazioni per evitare di offrire spunti per ulteriori motivi ostativi.

Interessante osservare come la norma si applichi soltanto ai procedimenti a istanza di parte, visto che per i procedimenti che sfociano in provvedimenti limitativi della sfera giuridica e quelli che iniziano d'ufficio non si pone il problema di un "second shot" endoprocedimentale, posto che in essi manca il passaggio (appunto endoprocedimentale) della comunicazione dei motivi ostativi.

L'art. 10 *bis* configura un modello di partecipazione finalizzato alla tutela e alla protezione degli interessi del privato, dinanzi ai quali rimane in secondo piano la finalità di garantire alla Amministrazione procedente una possibilità per acquisire ulteriori elementi utili per l'adozione di una legittima determinazione finale. Si tratta di un altro istituto connotato da un intrinseco *favor* verso il privato partecipante al procedimento.

3. - Il danno da ritardo e gli indirizzi ermeneutici resi dalla sentenza n. 7/2021 pronunciata dall'Adunanza Plenaria

La positivizzazione dell'istituto del danno da ritardo all'interno dell'art. 2 *bis* l. 241/1990, rubricato «Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento», è avvenuta solamente nel 2009, grazie alla legge n. 69, nonostante l'istituto fosse da tempo noto alla giuspubblicistica. La novella citata recepisce in parte il disegno di legge del 22 settembre del 2006, visto che non è sancito alcun indennizzo riconnesso al ritardo *ex se*, risultando possibile il solo ristoro del danno effettivamente e concretamente subito. Solo in un secondo momento, con la legge n. 98/2013, la quale con l'art. 28, comma 9 ha introdotto il comma 1 *bis* all'articolo 2 *bis* in

²⁰ Come nota F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, op. cit.

esame, si è previsto, a specifiche condizioni, un diritto in capo all'istante di un indennizzo per mero ritardo²¹.

Affinché si configuri un'ipotesi di responsabilità aquiliana della PA è necessario anche l'elemento soggettivo. È richiesto, cioè, che l'amministrazione abbia agito quantomeno con colpa²², la quale, tuttavia, è difficile da provare, in ragione della complessità delle strutture amministrative e della concorrenza di plurime volontà, anche politiche, oltre che gestionali, nella decisione. Sul punto si deve notare come la colpa riferita alla amministrazione come apparato si atteggi in un modo del tutto particolare nell'ambito della responsabilità aquiliana derivante dall'emanazione di atti illegittimi. Per la giurisprudenza del Consiglio di Stato²³ va registrato un tendenziale *revirement* in virtù del quale al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non viene richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della PA, essendo a tal fine sufficiente invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa, o allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile; spetta, pertanto, all'amministrazione fornire una prova a sua discolpa. La prevalente giurisprudenza, nell'aderire a tale orientamento²⁴, tende ad unificare l'illegittimità con la colpevolezza. In questo modo rinviene nell'accertata illegittimità del provvedimento impugnato anche il profilo soggettivo di un comportamento colposo. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile²⁵, configurabile, a titolo esemplificativo, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; di rilevante complessità del fatto. Si ritiene sussistente la responsabilità per colpa della PA quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi tale da palesare *ictu oculi* la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato; viceversa va negata quando l'indagine conduca al riconoscimento di un errore scusabile.

²¹ Recitando il suddetto comma in tal modo: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

²² L'elemento soggettivo non è quello della colpa grave, come stabilisce il Testo Unico sullo Statuto degli Impiegati Civili dello Stato per i funzionari e dipendenti pubblici, bensì la colpa dell'uomo medio, che è un grado più attenuato di colpa. Secondo la dottrina, poi, la colpa, nei termini appena indicati, viene richiesta soltanto ove si tratti di attività c.d. materiale dell'ente pubblico, non invece, sulle orme di un indirizzo non soltanto giurisprudenziale, quando il danno immediatamente derivi da un atto amministrativo o dalla sua esecuzione. Tale posizione, tuttavia, non è stata esente da critiche.

²³ Cons. Stato, Adunanza Plenaria 3 dicembre 2008, n. 13; sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; id., 9 marzo 2007, n. 1114.

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144.

²⁵ Assunto ribadito da Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2009 n. 7800.

Conseguenza centrale di quanto detto rimane la seguente: graverà sull'amministrazione intimata in giudizio l'onere di discolarsi, evidenziando e comprovando che l'illegittimità sia riconducibile a difficoltà esegetiche indipendenti da mere scelte organizzative dell'Ente²⁶.

Al di fianco dell'elemento soggettivo, altro presupposto per la configurazione di un'ipotesi di responsabilità aquiliana della PA è che il danno sia ingiusto. Tanto impone di verificare quando un ritardo possa ritenersi censurabile, posto che non ogni ritardo è giustiziabile e, quindi, non tutti i provvedimenti intempestivi possono costituire il presupposto di una richiesta di risarcimento. Sul punto la giurisprudenza è stata chiara²⁷ nell'affermare che, allo stato attuale della legislazione, innanzitutto non è risarcibile il danno da ritardo *cd. puro*, cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere; inoltre, che il ritardo nell'adempimento degli obblighi procedimentali non comporta per ciò solo il risarcimento dei danni per responsabilità dell'amministrazione.

Nella sola circostanza in cui l'interessato (a seguito di un accertamento *ex post* o della riedizione del potere amministrativo) ottenga un provvedimento positivo e, dunque, il ritardo riguardi un atto di cui, giustamente, abbia invocato il rilascio, l'interessato potrà chiedere un ristoro. Nell'opposta circostanza, invece, in cui l'attività procedimentale si concluda con un provvedimento negativo, che sia inoppugnabile ovvero che sia rimasto inoppugnato, nessun ristoro potrà ipotizzarsi, posto che nessuna ingiustizia viene ritenuta configurabile, salvo quanto ora previsto dal citato nuovo comma 1 *bis* dell'art. 2.

Sull'argomento oggetto del presente capitolo è da citare la sentenza pronunciata dall'Adunanza Plenaria in data 23 aprile 2021. A seguito della rimessione da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 1136 del 2020, il Supremo Collegio si è pronunciato formulando alcuni fondamentali principi di diritto in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione nel caso di ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo e ha affrontato in modo chiaro e definitivo una serie di questioni di diritto oggetto di forti contrasti giurisprudenziali.

A seguito di un articolato ragionamento, l'Adunanza Plenaria si è espressa nei seguenti termini:

- La responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 c.c., da ritenere espressione di un principio

²⁶ Interessante appuntare come si sia ritenuto che l'omesso rispetto delle regole partecipative di cui agli artt. 7 e ss. della legge n. 241/90 integra gli estremi dell'errore qualificato e, in definitiva, sostanzia la nozione normativa di colpa che viene in rilievo ai fini del risarcimento dei danni prodotti dalla PA (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5004).

²⁷ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 5 settembre 2005, n. 5 e n. 7.

generale dell'ordinamento, i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 c.c., e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 c.c.;

- Con riferimento al periodo temporale, deve essere in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ed il mancato accesso ai benefici economici connessi all'autorizzazione;
- Con riferimento al periodo successivo ad una sopravvenienza normativa, occorre stabilire se i suddetti benefici economici sarebbero comunque cessati in ragione della sopravvenienza legislativa sugli incentivi, ovvero se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenerli, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;
- In ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto il privato istante avrebbe lucrato o comunque beneficiato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

4. - Gli istituti rimediali all'inerzia amministrativa e la portata della sentenza n. 8/2021 pronunciata dall'Adunanza Plenaria.

Il tipico ed originario modello di amministrazione, fondato sulla adozione di una decisione preventiva ad ogni iniziativa intrapresa dal privato, sta progressivamente cedendo il passo ad istituti di inibizione postuma, esercitabili anche in corso di svolgimento di attività intraprese sulla base di una mera e preventiva comunicazione dell'interessato. La *ratio* di tale processo evolutivo è insita nella necessità di superare l'inerzia dell'azione amministrativa e di prevenire le criticità di decisioni tardive ed inficanti. A tal fine concorrono plurimi rimedi introdotti all'interno del tessuto normativo, quali, ad esempio, la positivizzazione della previsione del danno da ritardo o l'introduzione di strumenti sostitutivi dei provvedimenti amministrativi, come il silenzio significativo.

Per ovviare ai suddetti problemi in maniera ancor più radicale, per molteplici attività, si è addirittura eliminato l'intervento *ex ante* del potere pubblico, ponendo a carico del privato l'onere di verificare e certificare la sussistenza dei requisiti previsti per l'iniziativa che lo stesso intenda intraprendere. In questa ultima ipotesi, l'amministrazione è notiziata dell'iniziativa a seguito di una apposita comunicazione, corredata da autocertificazioni e relazioni tecniche asseverate, tese a comprovare il rispetto del paradigma normativo. L'istituto che consente tale cambio di passo nell'azione amministrativa, la s.c.i.a. (Segnalazione Certificata di Inizio Attività), ritrova la propria disciplina all'interno dell'art. 19 della legge 241/1990. Rispetto alla originaria previsione²⁸, oggi

²⁸ La versione iniziale dell'art. 19 della l. n. 241/190 prevedeva, dopo la presentazione della d.i.a., il decorso di un termine minimo prima dell'inizio dell'attività (c.d. d.i.a. differita).

l'iniziativa può essere intrapresa immediatamente, non imponendosi alcun accertamento, o assenso, preventivo. Ne consegue che l'azione amministrativa si concretizza nella verifica postuma della sussistenza dei requisiti autodichiarati ed attestati, potendo tradursi in atti inibitori qualora manchino i presupposti e le condizioni abilitanti. È naturale che un intervento postumo possa arrecare un serio e non ristorabile pregiudizio al privato, riconnesso agli oneri già sostenuti ed agli investimenti programmati, ma il prospettato pregiudizio economico-patrimoniale non può costituire un ostacolo alla rimozione di iniziative non assentibili e capaci di pregiudicare interessi pubblici sensibili e primari o di ledere, impropriamente, la concorrenza (uno dei pilastri dell'Unione Europea). Alla luce di tali considerazioni, il Legislatore ha tentato un contemperamento degli interessi, imponendo che l'esercizio del potere di riesame rispetti limiti di proporzionalità e ragionevolezza, ed inoltre introducendo un limite temporale, il cui spirare incide sul potere inibitorio esercitabile.

Precisamente, un tempestivo accertamento della carenza dei presupposti e dei requisiti previsti per l'esercizio dell'attività consente all'amministrazione di adottare un provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività (ovviamente basato su una congrua motivazione e fatta salva la possibilità di conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente). Trattasi di un provvedimento di primo grado, che non impone particolari garanzie procedurali né un aggravato apparato motivazionale. Qualora invece sia decorso il previsto *dies ad quem*, fissato, in via generale e salve le tipiche eccezioni previste dallo stesso Legislatore, in sessanta giorni, l'intervento dell'amministrazione è tendenzialmente inibito, potendo ipotizzarsi solo in presenza di rigorose circostanze. In particolare, sono stati sostituiti i commi 3 e 4 dell'art. 19, ribadendo il modello del doppio intervento (preventivo e postumo), ma stabilendo che l'intervento oltre il termine ordinario è possibile solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies* (concernente l'annullamento in autotutela). Al contempo, l'art. 21 *nonies* citato è stato modificato per mezzo dell'art. 63 del d.l. 77/2021, c.d. semplificazioni *bis*. Rimanendo ferma, nell'ambito del comma 1, la previsione di un termine preciso e predefinito per l'esercizio del potere di riesame, esso è stato diminuito a dodici mesi. È, comunque, sempre consentito, come da comma 2 *bis*, di intervenire oltre il predetto termine solo in caso di provvedimenti conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di mendaci dichiarazioni sostitutive.

Un problema interessante si pone in riferimento alla tutela del terzo. Con la legge n. 124/2015 non è più prevista la possibilità di rimuovere gli effetti della s.c.i.a. con un atto di revoca, ovvero per ragioni attinenti a circostanze sopravvenute o per mera opportunità, posto che il nuovo comma 4 dell'art. 19 richiama solo il potere di annullamento in autotutela (e non anche l'art. 21 *quinquies*), rafforzando così la posizione del privato. D'altro canto, l'attuale comma 4 consente interventi tardivi senza alcuna ulteriore specificazione e senza limitazione degli interessi pubblici da tutelare (tra i quali, ora, possono iscriversi anche quelli di matrice urbanistico-edilizia *et similia*). In tale contesto si pone l'esigenza di tutelare anche i terzi controinteressati, che potrebbero essere pregiudicati da un'iniziativa intrapresa in assenza di una s.c.i.a. ammissibile e dall'inerzia nei

controlli di competenza della PA. Di questo si occupa l'ultimo comma dell'art. 19, che impone al terzo di sollecitare l'esercizio dei controlli e, in caso di perdurante inerzia, di esperire i rimedi giustiziali in tema di inadempimento della PA. Per il Giudice delle Leggi²⁹, le verifiche a cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6 *ter*, ossia quelle su stimolo del controinteressato, sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro 60 (o 30, in materia edilizia) giorni dalla presentazione della s.c.i.a., e poi entro i successivi 12 mesi. Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. La Corte, infine, conclude tracciando una linea sull'insieme degli strumenti apprestati a tutela della situazione giuridica del terzo, in particolare richiamando i poteri che lo stesso può esercitare nella prospettiva dell'interesse legittimo³⁰.

La dottrina, ad ogni modo, non esclude comunque l'opportunità di un intervento normativo sull'articolo in questione, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.

Continuando con la disamina di quegli istituti attraverso cui il Legislatore ha inteso far fronte alle problematiche insorgenti dalla inerzia della Pubblica Amministrazione, il decreto semplificazioni ha recepito quell'orientamento giurisprudenziale che, oramai in maniera granitica, sanziona le determinazioni assunte tardivamente, rispetto ai termini di configurazione di un provvedimento abilitativo *per silentium*, ovverosia rispetto al limite temporale di provvedimenti inibitori degli effetti della s.c.i.a.

Il nuovo comma 8 *bis* dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo statuisce che i provvedimenti, le autorizzazioni, i pareri, i nulla osta e gli atti di assenso comunque denominati, adottati dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14 *bis*, comma 2, lettera c), 14 *ter*, comma 2, 17 *bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi adottati dopo la scadenza dei termini di cui

²⁹ Sentenza Corte Cost. 13 marzo 2019, n. 45.

³⁰ «[n]ella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo, oltre agli strumenti di tutela già previsti, potrà attivare i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (in questo caso «non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge»); potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2 bis, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia. (Testo A)», ed espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6 bis; avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2 *ter*, legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti)».

all'articolo 19, comma 3 e 6 *bis*, sono inefficaci. Resta salvo l'annullamento d'ufficio, in presenza dei relativi presupposti³¹.

Nonostante la chiara e lodevole *intentio* del Legislatore, l'intervento non è risultato esente da critiche. In teoria generale l'efficacia pone un problema tuttora aperto: se essa sia da inquadrare nella teoria dell'atto ovvero nella teoria del fatto. Gli eventi dai quali le norme fanno discendere l'attribuzione di efficacia ad atti sono spesso dei meri fatti, e se sono atti, si può pensare che vadano costruiti come atti discredenti. Nel diritto comune, l'inefficacia in senso lato non costituisce una categoria autonoma, ma un modo di essere del negozio che accomuna in via descrittiva ipotesi disparate, ogniqualvolta gli effetti negoziali non si producono. Autonoma è invece la categoria dell'inefficacia in senso stretto, che deve essere tenuta rigorosamente distinta dall'invalidità. Il carattere distintivo va ravvisato in ciò che il negozio inefficace è pur sempre un negozio valido e quindi dotato di una propria rilevanza di fronte al diritto³². Né può ipotizzarsi che l'inefficacia configurerebbe, in ogni caso, un'ipotesi di nullità³³. Il dettato normativo non abilita a sostenere tale conclusione. Un diverso problema si pone sul piano processuale. La previsione dell'inefficacia dell'atto tardivo, per quanto tesa a favorire la posizione dell'amministrato, non lo esonera dall'attivazione del rimedio impugnatorio (all'interno dell'ordinario termine decadenziale) per beneficiare degli effetti favorevoli derivanti dal decorso del tempo. In caso di mezzo impugnatorio non ammissibile in rito (perché tardivamente proposto o depositato) resterebbe formalmente valido l'atto inefficace, con le connesse incertezze sul piano applicativo. Nella sua operatività concreta, la tecnica dell'inefficacia potrebbe rivelarsi più uno strumento di complicazione che di semplificazione³⁴. Ecco perché, parte della dottrina, propone la tesi, che non sembra possa trovare suffragio nella novella qui in commento, della sanzione della nullità con i suoi corollari: rilevanza da chiunque vi abbia interesse, rilevanza d'ufficio dal giudice, imprescrittibilità, insanabilità.

Infine, il dettato normativo si presenta addirittura inappropriato. Dalla mera interpretazione letterale del comma 8 *bis* in esame, si ricava l'inefficacia dei provvedimenti abilitativi adottati oltre i termini dei procedimenti di semplificazione menzionati. Così come scritta, la norma sembra

³¹ I presupposti *ex art. 21 nonies l. 241/90* sono l'accertamento dell'invalidità dell'atto, la sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto ed attuale, che prevalga sull'interesse del destinatario, ovvero dei controinteressati, alla conservazione dell'atto ed il decorso di un ragionevole lasso di tempo tra la data di emissione del provvedimento ed il suo annullamento.

³² Sull'inefficacia in diritto civile, Francesco Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, estratto da ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, pag. 993 ss.

³³ Per Giuseppe Morbidelli, *Della triplice forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 660 ss., «le varie graduazioni della nullità, e il sostanziale avvicinarsi di talune ipotesi di nullità alla categoria della annullabilità, discendono dal fatto che il quoziente di disvalore che sta dietro alla scala delle invalidità non è riconducibile entro due soli parametri, attesa la frastagliatissima categoria di interessi da tutelare e connessi bilanciamenti, talché si rende necessaria una articolazione dei disvalori e con essa del regime di invalidità degli atti. Al punto che si può dire che non esiste la 'nullità', ma esistono le nullità e dunque varie forme e regimi di nullità: riprendendo la terminologia invalsa a proposito del diritto di proprietà, si è appunto parlato di variegati 'statuti' della nullità».

³⁴ Marco Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

penalizzante per l'amministrato. L'inefficacia, infatti, dovrebbe riguardare solo i provvedimenti di diniego, non quelli di accoglimento dell'istanza. Per quanto tardiva, infatti, una decisione favorevole corrobora la posizione del privato amministrato e, per certi versi, agevola anche l'impugnativa del controinteressato (in quanto riferita a ragioni esplicitate nel provvedimento abilitativo postumo). È solo nell'ipotesi in cui la decisione tardiva sia di segno contrario che deve prospettarsi una sua inefficacia, per evitare che venga sterilizzata la *fictio iuris* sottesa alla qualificazione positiva del decorso del tempo.

Infine, sempre in tema di provvedimenti tardivamente adottati dall'amministrazione, è da esaminare la importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria, la n. 8 del 2021. Nello specifico, con la sentenza in commento, la Plenaria esamina il regime giuridico degli eventuali atti adottati dall'Amministrazione "tardivamente" rispetto al termine fissato dal Giudice amministrativo in esito ad un giudizio avverso il silenzio, laddove quest'ultimo abbia provveduto nelle more a nominare un Commissario *ad acta* in sostituzione della Amministrazione inadempiente. Proprio alla luce del nuovo comma 8 *bis* dell'art. 2 della legge 241/1990 poc'anzi esaminato, l'analisi degli esiti di un tardivo esercizio del potere amministrativo costituisce, senz'altro, un tema di grande attualità.

Al riguardo, si osservi che le ipotesi menzionate dal Legislatore attengono tutte a casi di silenzio assenso, eccezion fatta per l'art. 19 l. n. 241/90, il quale rappresenta l'unica ipotesi di silenzio inadempimento cui consegue la consumazione dei poteri della Amministrazione. Pertanto, il mancato esercizio di potere entro il termine di legge fissato per la conclusione del procedimento amministrativo non preclude alla P.A. di intervenire, sia pur tardivamente, conservando essa il relativo potere. Di regola, dunque, la tardività non è causa di illegittimità o di inefficacia dell'atto: a fronte di un silenzio inadempimento, salva la previsione di termini decadenziali per l'esercizio del potere, l'atto tardivo è valido ed efficace. In un tal contesto, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla sorte dell'atto adottato dalla PA una volta che sia sopraggiunta la nomina del Commissario *ad acta* da parte del Giudice amministrativo, onde porre rimedio alla protratta inadempienza della Amministrazione. Il problema è alimentato dalla natura anfibiologica del Commissario, formalmente qualificato dal codice del processo amministrativo come «ausiliario del giudice», nonostante svolga una attività nella sostanza amministrativa. Ci si chiede, dunque, se permanga un potere di provvedere in capo alla P.A. dopo la nomina, o dopo l'insediamento, o, addirittura, dopo che il Commissario abbia provveduto.

Con la pronuncia oggetto d'esame, l'Adunanza Plenaria condivide l'orientamento secondo cui la tardività non costituisce un vizio di legittimità dell'atto amministrativo, purché, nel frattempo, non sia intervenuto il Commissario *ad acta*: in tale ipotesi, provenendo gli atti da organi ugualmente competenti, l'eventuale conflitto verrebbe risolto in virtù del criterio cronologico, secondo il principio *prior in tempore potior in iure*. La tesi si basa sulla lettura del principio di legalità in connessione con l'art. 97 Cost., il quale si riflette nella individuazione delle competenze delle autorità amministrative: è la legge che individua le competenze dell'organo amministrativo. In

virtù di ciò, solo una disposizione di legge, ovvero una sentenza del Giudice amministrativo basata su una norma di legge, può incidere sull'ambito delle competenze, prevedendo l'esautoramento della Amministrazione. Ipotesi, quest'ultima, che rappresenterebbe comunque *extrema ratio*, in quanto constaterrebbe un perdurante rifiuto dell'organo competente di fare il proprio dovere, quasi premiato con una sostanziale de-responsabilizzazione. Fino a quando il Commissario non abbia provveduto, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'Amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del Commissario stesso, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.

Secondo l'Adunanza Plenaria, la distinta natura del potere esercitato dal Commissario *ad acta* rispetto al potere del quale è titolare la Pubblica Amministrazione soccombente già costituisce, di per sé, chiara indicazione in ordine all'ammissibilità della concorrenza della competenza commissariale con quella dell'Amministrazione. Siffatta concorrenza del Commissario *ad acta* e della Amministrazione ha ragion d'essere allorché uno dei due soggetti dia attuazione alla decisione del giudice, poiché «qualora il commissario *ad acta* adotti atti dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell'ottemperanza o del giudizio sul silenzio. Allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto».

5. - Riflessioni conclusive sulla configurazione del tempo come bene della vita.

Il tempo influisce sulla vita umana e sulle sue condizioni come nessun altro aspetto, ecco spiegato il perché sia al centro del ragionamento economico-giuridico. I formanti del nostro ordinamento lo qualificano pacificamente come bene pubblico, bene della vita indiscutibile. L'epoca odierna rischia di soccombere all'incertezza, il diritto è in crisi e l'effettività della norma è in dubbio. La discrezionalità della Pubblica Amministrazione danneggia l'economia, incrementa la diffidenza verso quelle stesse Istituzioni le quali, invece, dovrebbero essere porto sicuro per il cittadino; troppe norme irrigidiscono il sistema inducendo i cittadini a violarle e offrendo occasioni di ritardo.

Il cittadino istante che non riceve risposta (si è, nel corso del presente lavoro, più volte sottolineato, sia essa negativa o positiva è quasi indifferente) dalla Pubblica Amministrazione risulta leso nei suoi interessi. Sono allora spiegati i ripetuti interventi non solo del Legislatore, ma anche della giurisprudenza, nell'affermare un obbligo generale di pronunciarsi in capo alla PA. In questi termini, nasce una nuova Pubblica Amministrazione, accessibile, semplice, trasparente (almeno nelle intenzioni), rivoluzionaria, rispetto al passato, nei rapporti intrattenuti con i cittadini. L'implementazione di istituti che consentono al cittadino di prescindere, di fare a meno della risposta dell'amministrazione precedente si pone nel solco di quelle stesse modifiche volte a rendere i rapporti con i cittadini improntati al criterio di certezza del diritto. Tali tentativi sono

orientati affinché il diritto (tradizionalmente saldo sulle sue tradizionali posizioni, difficilmente mutabile) riesca, se non a pareggiare, quanto meno a tenere il passo di una società sempre più veloce ed interconnessa, che richiede a gran voce un'Amministrazione che sappia prontamente rispondere ai suoi bisogni con procedimenti snelli, agili e veloci.

In conclusione, si segnalare che il tempo riceve una propria dignità e diventa rilevante per l'amministrazione poiché è rilevante per il cittadino; i diritti di cui quest'ultimo gode, diritti sociali, politici ed anche economici, costituzionalmente garantiti, non avrebbero valore se non fossero attuati nella sostanza. A tale scopo il tempo riveste un ruolo non marginale: le scelte del cittadino si orientano nel presente e nel futuro e tengono sempre a mente il passato, il compito della Pubblica Amministrazione è quello di far corrispondere in maniera tempestiva nei fatti quelle facoltà che l'ordinamento riconosce al soggetto amministrato.

Indice della tesi

| | |
|--|--|
| INTRODUZIONE | ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO. |
| CAPITOLO I | ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO. |
| LA NOZIONE DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LE SUE FUNZIONI | ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO. |
| 1.1 LA NOZIONE GENERALE DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO . | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 1.2 LE FASI E LE FUNZIONI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO .. | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 1.3 LA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 1.4 LA SEMPLIFICAZIONE | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 1.5 LA FIGURA DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO NELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| CAPITOLO II | ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO. |
| L'AGIRE DELLA PA E I SUOI PRINCIPI | ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO. |
| 2.1 I PRINCIPI COSTITUZIONALI | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 2.2 I PRINCIPI ALLA LUCE DELLO SCHEMA OFFERTO DALLA LEGGE N. 241/1990 | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 2.3 I PRINCIPI DERIVANTI DALL'ORDINAMENTO EUROPEO | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| 2.4 IL GIUSTO PROCEDIMENTO | Errore. Il segnalibro non è definito. |
| CAPITOLO III | ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO. |

I NUOVI RAPPORTI TRA I LIVELLI DI GOVERNO E I CITTADINI

AMMINISTRATI: L'OBBLIGO DI PROVVEDEREERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

3.1 IL TEMPO E L'ECONOMIA DI MERCATO ALLA LUCE DEL DIRITTO. **Errore. Il segnalibro non è definito.**

3.2 L'OBBLIGO DI PROVVEDERE *EX ART. 2 L. 241/1990*. **Errore. Il segnalibro non è definito.**

3.3 IL D.L. N. 76/2020 E I NUOVI TEMPI DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA**Errore. Il segnalibro non è definito.**

3.4 I CASI DI ESCLUSIONE DELL'OBBLIGO DI PROVVEDERE**Errore. Il segnalibro non è definito.**

3.5 L'AVVISO DI CUI ALL'ART. 10-*BIS*, LEGGE N. 241/1990**Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPITOLO IV ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

I NUOVI RAPPORTI TRA I LIVELLI DI GOVERNO E I CITTADINI

AMMINISTRATI: IL DANNO DA RITARDOERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

4.1 IL DISEGNO DI LEGGE GOVERNATIVO DEL 22 SETTEMBRE 2006..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.2 L'ART. 2-*BIS* E I PROFILI DI COLPA DELL'AMMINISTRAZIONE E IL RELATIVO ONERE PROBATORIO..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3 L'INGIUSTIZIA DEL DANNO..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4 LA SENTENZA N. 7/2021 PRONUNCIATA DALL'ADUNANZA PLENARIA**Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPITOLO V ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

IL RINNOVATO RAPPORTO TRA L'AMMINISTRAZIONE ED I CITTADINI

..... ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

5.1 L'AMMINISTRAZIONE *EX POST*..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.2 LA S.C.I.A. E LA TUTELA DEL TERZO **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.3 LE NOVITÀ INTRODOTTE SUI PROVVEDIMENTI TARDIVI**Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.4 LA SENTENZA N. 8/2021 PRONUNCIATA DALL'ADUNANZA PLENARIA**Errore. Il segnalibro non è definito.**

CONCLUSIONI..... Errore. Il segnalibro non è definito.

INDICE BIBLIOGRAFICO Errore. Il segnalibro non è definito.**49**

SITOGRAFIA Errore. Il segnalibro non è definito.**52**

Bibliografia

Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.

Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000.

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001.

Esposito C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1954.

Gambaro A. Sacco R., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, UTET GIURIDICA, 2017.

Frediani E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pag. 1034.

Gazzoni F., *Obbligazioni e contratti*, estratto da ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

Morbidelli G., *Della triplice forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015.

Panebianco M., *Il Parlamento tra pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, Roma, Aracne Editrice, 2014.

Police A. in *Principi e azione amministrativa*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2019.

Rosenstein-Rodan P., *The Role of Time in Economic Theory*, 1934.

Sala G., Villata R., *Procedimento amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, 1996.

Sandulli A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964.

Turati F. (in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, Ses. 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962).

Zito A., *Il procedimento amministrativo*, in Franco Gaetano Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2019.

https://www.treccani.it/enciclopedia/raffaello-maggi_%28Dizionario-Biografico%29/.

Bifulco F. A., *Adunanza Plenaria 7/2021, la Pa risponde dei danni per ritardata conclusione del procedimento autorizzativo in caso di sopravvenienze normative che impediscano l'attività*, pubblicato sul sito <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/>, 4 maggio 2021.

Caponigro R., *Il tempo quale bene della vita*, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it, 2014.

Cerulli Irelli V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. 15/2005 recante modifiche e integrazioni alla legge n. 241/90)*, pubblicato sul sito www.astridonline.it, 2005.

D'Alessandri F., *Decreto semplificazioni: le modifiche al procedimento amministrativo*, pubblicato sul sito <https://www.quotidianogiuridico.it/> il 4 giugno 2021.

Fracchia F., Pantalone P., *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, pubblicato sul sito www.federalismi.it il 30 dicembre 2020.

Gargiulo C., *La nomina del Commissario ad acta e la permanenza del potere di provvedere in capo all'Amministrazione. La parola dell'Adunanza Plenaria*, in Iusinitinere, pubblicato sul sito <https://www.iusinitinere.it/>, 16 giugno 2021.

Gigliani F., *Le novità del decreto semplificazioni*, file web in Labsus, laboratorio per la sussidiarietà, pubblicato sul sito <https://www.labsus.org/2020/11/le-novita-del-decreto-semplificazioni/>, 10 novembre 2020.

Macchia M., *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

Morgante D., *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, pubblicato sul sito www.federalismi.it l'11 luglio 2012.

Quinto P., *Il tempo «bene della vita» nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*, pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 25 ottobre 2011.

Tarullo S., *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, pubblicato sul sito www.giustamm.it, 2005.

Valenti G., *Natural Justice e giusto procedimento*, pubblicato in rivista web Il Merito, <https://www.ilmerito.org/> il 17 luglio 2018.

Abstract. - Da diversi anni ormai, il procedimento amministrativo è al centro di una rivoluzione; è oggetto di particolare interesse del Legislatore, il quale intende renderlo più agile e più snello, così da garantire risposte pronte e certe alle istanze del cittadino. Dinanzi alle incertezze e ai ritardi della P.A., ingenti sono i danni ed i pregiudizi subiti, sia dai soggetti amministrati che vivono nel dubbio e nell'attesa, sia dallo Stato stesso, il quale non può sul piano economico giovarsi di una amministrazione celere ed agile. Rispondendo a nuovi principi contenuti nell'ordinamento giuridico, l'amministrazione obbedisce a criteri di democraticità, imparzialità e buon andamento, i quali configurano non solo una nuova P.A., ma anche un nuovo soggetto amministrato, cittadino nel vero senso della parola e non più suddito.

Compreso il cambio di passo, si cercherà di avere la premura necessaria per affrontare in questa prospettiva sia quegli istituti che, sin dall'alba della legge sul procedimento amministrativo, consentono di superare il concetto tradizionale di un'amministrazione chiusa in sé, sia quelle nuove modifiche che (addirittura) consentono al cittadino di non fermarsi neppure dinanzi all'inerzia della P.A. Il presente lavoro si pone, dunque, l'obiettivo di studiare il modo in cui il procedimento amministrativo è stato migliorato dagli ultimi interventi, in particolar modo da quelli approntati con legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120 del c.d. decreto semplificazioni e con decreto legge 77/2021, c.d. semplificazioni *bis*, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108, i quali hanno definitivamente configurato il procedimento come luogo di incontro, non più di scontro, tra l'Amministrazione e il cittadino e creato nuovi rapporti tra i livelli di governo e i cittadini amministrati.

La speranza ultima è che i tempi siano maturi per la definitiva acquisizione di una nuova consapevolezza come cittadino, reale e legittimo titolare della *res publica*, e proprio per questo suo primo e più importante custode.

Abstract. – For several years now, the administrative procedure has been at the center of a so called revolution; that's because the Legislator shows a particular interest in making it easier and faster, in order to guarantee prompt and certain answers to the citizen's requests. Because of the uncertainties and the delays of the Public Administration in front of the requests proposed by those administered and by other administrations, the citizens and the State itself suffer many economic damages. That's why, recently, the Administration started to comply to new juridical principles, and to conform to new criteria of democracy, impartiality and good administration. These principles shape not only a renewed PA, but also a renewed citizen, as someone who's finally no more a subject.

The purpose of the work is to highlight the change gear, and to analyze with this new perspective both those institutions which, since the dawn of the law on administrative procedure, allow us to overcome the traditional idea of a closed Administration, and those new ones that empower the citizen and allow him to be independent from an administrative response. Therefore, the present

work aims to study how the administrative procedure was improved by the latest interventions, especially those prepared with the law 11 settembre 2020, n. 120 which converted the so called decreto semplificazioni, and with the decree-law 77/2021, so called semplificazioni *bis*, converted by law 29 luglio 2021, n. 108. These new interventions definitively configure the procedure as a place where the administration and those administered meet, not clash, while also creating new layers of relationships between the government and the administered citizens.

The ultimate hope is that the time is right for the definitive acquisition of a new idea of citizenship, of a new idea of citizen, as someone who is truly and legitimate owner of the *res publica*, and for that, its first and most important guardian.