**Svolgimento nel tempo del potere amministrativo fra certezza ed incertezza**

Indice: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La svolta. La legge 241/1990. - 3. I procedimenti di iniziativa d’ufficio con avvio discrezionale. - 4. Una specie di procedimento ad iniziativa d’ufficio: atti generali e atti normativi. - 5. Procedimenti ad istanza di parte; 6. I procedimenti di riesame. - 7. Il tempo nella disponibilità dell’ amministrazione. - 8. Tempo e poteri di emergenza e di urgenza. - 9. L’azione amministrativa e la legge nel tempo. - 10. Il tempo e la sua monetizzazione: il danno del mero ritardo. - 11. Brevi riflessioni sul diritto che governa il tempo ma contestualmente soggiace al suo decorso fino a risultarne usurato e trasformato.

1. *Considerazioni introduttive*

Che il **tempo** abbia un rilievo nelle vicende umane e, dunque nell’ambito del diritto, è osservazione comune, così come è indiscutibile l’importanza giuridica del tempo nel diritto amministrativo, dove rileva nello statuto disciplinare di tutte le forme nelle quali si esprime l’attività amministrativa, che è sempre attività di cura in **concreto** di interesse pubblici.

Ma, gli interessi che la pubblica amministrazione deve curare sono non solo **concreti**, ma anche **attuali.**

Quando stabilisce che il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d’ufficio, “sussistendone le ragioni di interesse pubblico”, la legge sul procedimento amministrativo (art. 21 *nonies*) non enuncia una regola che è specifica al potere di autotutela, ma fa applicazione a un particolare tipo di potere di una regola che vale universalmente nel diritto amministrativo.

L’interesse pubblico deve, in via generale, essere sempre “sussistente”, ossia **presente**. Il potere amministrativo non può essere esercitato a tutela di un interesse pubblico che c’era in passato, ma non c’è più oggi; né può essere esercitato a tutela di un interesse pubblico che potrà emergere in futuro, ma allo stato non c’è.

**Il tempo dell’amministrazione è il presente.** “*Amministrare* – scrive il filosofo del diritto tedesco, Gerhart Husserl (Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto, Milano 1998, pag. 47) – *significa incidere in modo plasmante sul mondo sociale circostante,* ***che viene esperito nel modo del presente***”.

Lo stesso autore istituisce una **correlazione** fra le partizioni del tempo (passato, presente e futuro) ed i poteri dello Stato*.* In corrispondenza, a ben vedere, del tre dimensioni in cui il tempo rileva nell’animo umano, secondo l’insegnamento di S. Agostino (Undicesimo Libro delle Confessioni), come ho già avuto modo di ricordare in un mio scritto del 2010 sull’interesse pubblico.

 Il tempo del legislatore è il **futuro.** Secondo la formula dell’art. 11 delle disposizioni preliminari del codice civile, la legge non dispone che per l’avvenire.

Il giudice, invece, è chiamato a risolvere controversie in cui l’attore fa valere un diritto che è fondato su un fatto – il fatto costitutivo del diritto – che è accaduto, e appartiene quindi al **passato**.

Il tempo dell’amministrazione è, come si è detto, il **presente**: il provvedimento amministrativo è destinato a incidere su una situazione che “*viene esperita nel modo del presente*”.

Tutto questo attiene alla natura e direi, alla definizione stessa di pubblica amministrazione e di potere amministrativo.

La tempestività, la rapidità, del provvedere sono iscritte nel **codice genetico** dell’attività amministrativa, proprio perché attività funzionalizzata alla cura di interessi pubblici **attuali.**

In concreto le cose si svolgono spesso in maniera diversa. L’autorità, che avrebbe il dovere di provvedere, omette di provvedere o tarda a provvedere: il **presente** le **sfugge.** Il **posporre** un atto che andrebbe compiuto ora significa **sottrarlo al presente.**

E in questi casi chi nesoffre, il più delle volte, è il privato che quell’atto aveva richiesto e nel quale aveva confidato.

Il tempo di cui parla G. Husserl è il tempo visto e vissuto dal punto di vista dell’amministrazione. Ma nei rapporti amministrativi è spesso il privato che ha interesse alla tempestività dell’azione amministrativa.

Questa esigenza di **tempestività** – ossia di aderenza del provvedimento alla situazione presente – è stata colta dalle originarie elaborazioni della dottrina in una **dimensione interna** alla stessa amministrazione, in funzione cioè della tutela dell’ interesse pubblico soggettivamente inteso. Ma a partire dal momento in cui sono stati avvertiti dalla giurisprudenza gli effetti pregiudizievoli, per il privato, dell’inerzia dell’ amministrazione e, per rimediarvi, è stata escogitata la figura del **silenzio-rifiuto**, la tempestività dell’esercizio del potere amministrativo è stata presa in considerazione dal punto di vista del privato.

2. *La svolta. La legge 241/1990*

La **svolta,** per certi versi epocale, è avvenuta con la legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990), che ha canonizzato il principio della **certezza temporale** nell’azione amministrativa procedimentalizzata, ma era stata anticipata da leggi di settore.

Le **regole** stabilite dall’art. 2, più volte modificato e integrato, toccano tutte la dimensione temporale: l’obbligo di concludere con un provvedimento espresso (e non col silenzio) il procedimento amministrativo che debba essere avviato obbligatoriamente; l’obbligo di concludere il procedimento entro un tempo determinato, stabilito dalla legge o dalla stessa amministrazione in via generale e, in difetto, entro un termine breve (oggi di 30 gg.) – così breve che esso funge da deterrente nei riguardi delle amministrazioni che ritardano di stabilire i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di loro competenza; la possibilità di sospendere il termine finale solo quando sia necessario acquisire all’istruttoria elementi conoscitivi; una disciplina degli atti endoprocedimentali (in particolare pareri e valutazioni tecniche) che consente all’organo di amministrazione attiva di provvedere comunque, anche nel caso di inerzia o ritardo degli organi consultivi (artt. 16 e 17).

Questo strumentario è stato arricchito, come vedremo, da leggi successive che hanno previsto il **risarcimento del danno ingiusto** cagionato dalla inosservanza, dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2 *bis* L. 241, nel testo di cui alla L. 69/2009); e, da ultimo, dalla previsione di un indennizzo forfettario (30 euro al giorno) in caso di ritardo (art. 28 d.l. n. 69/2013).

Per assicurare l’osservanza del termine di conclusione del procedimento la legislazione più recente ha introdotto anche misure organizzative: come il **potere di sostituzione** dell’organo inerte da parte dell’organo apicale (d.l. n. 5/2012), la cui identità viene portata a conoscenza dell’interessato che ha sollecitato l’esercizio del potere sostitutivo, mediante pubblicazione via internet sul sito istituzionale (d.l. n. 83/2012 conv. In L. 134/2012).

3. – *I procedimenti ad iniziativa d’ufficio con avvio discrezionale*

L’art. 2 della L. 241, anche se ha per oggetto la “*conclusione del procedimento”* non riguarda tutti i procedimenti, ma solo quelli che conseguono **obbligatoriamente** ad una istanza, ovvero **debbono** essere iniziati d’ufficio.

Come non tutte le istanze dei privati generano nell’amministrazione l’obbligo di avviare il procedimento, così non tutti i procedimenti d’ufficio devonoessere iniziati.

Vi sono procedimenti d’ufficio il cui avvio è rimesso alla discrezione dell’ amministrazione e che quindi esulano dalla previsione dell’art. 2. Trattasi di procedimenti spesso destinati a sfociare nei provvedimenti che più restringono la sfera giuridica dei privati destinatari. Si pensi ai procedimenti disciplinari, ai procedimenti sanzionatori, ai procedimenti espropriativi, alle previsioni urbanistiche impositivi di vincoli preordinati all’espropriazione: tutti procedimenti il cui avvio dipende da una determinazione che costituisce espressione di un potere, ma non di un obbligo.

Per i procedimenti (d’ufficio) avviati nell’esercizio di un potere che si estrinsecherà in un provvedimento limitativo della sfera del privato, (in questi casi portatore di un interesse oppositivo) è la legge, quasi sempre, che stabilisce un termine entro cui il procedimento deve **concludesi**; ovvero stabilisce i termini superati i quali gli **effetti** del provvedimento vengono meno.

Un esempio della prima specie è il procedimento disciplinare: che deve concludersi entro 60 giorni dalla contestazione degli addebiti (art. 55 d.lgs. 165/2001).

Un esempio della seconda specie è il procedimento volto alla dichiarazione della pubblica utilità di un’opera: la dichiarazione legittima l’adozione del decreto di espropriazione purché ciò avvenga entro i successivi cinque anni (art. 13 d. P. R. n. 327/2001).

In questi casi il superamento del termine **consuma** il potere amministrativo; non determina una responsabilità dell’amministrazione (e dell’agente) verso il privato, ma semplicemente fa venire meno il potere; e quindi elimina la minaccia (di essere sanzionato disciplinarmente, di essere espropriato, etc.). Il presupposto che accomuna queste previsioni (di consumazione o estinzione del potere amministrativo, una volta superato il termine per il suo esercizio) è questo: il privato **non può essere esposto** oltre una certa durata ad un potere che **incombe** su di lui. Un presupposto non diverso da quello che sta a base dell’istituto della **prescrizione** del reato o della prescrizione degli illeciti amministrativi: anche se dottrina e giurisprudenza negano che i poteri amministrativi siano soggetti a prescrizione.

Il **nesso** tra tempo e certezza è in questi casi di immediata evidenza. Con la decapitazione del potere amministrativo, se viene superato il termine per il suo esercizio, cessa uno stato di incertezza e viene assicurata all’interessato la certezza che il potere da lui temuto non potrà essere più esercitato.

Il decorso del tempo, in altri termine, assume in tali ipotesi una finalità “ostativa” all’esercizio ulteriore di un potere.

È evidente la differenza rispetto ai procedimenti a istanza di parte: nei quali il superamento del termine per la conclusione del procedimento non estingue il potere e neppure, secondo la giurisprudenza, ne rende illegittimo l’esercizio tardivo, ma viene in rilievo solo ai fini della responsabilità, sia dell’amministrazione che dell’agente.

Ci sono, invece, dei casi in cui il provvedimento restrittivo di un interesse oppositivo, dopo che i suoi effetti sono venuti meno per decorso del termine, può essere rinnovato: come se il **potere rinascesse.**

Questo è lo schema che governa i vincoli di piano regolatore, preordinati all’espropriazione.

La scadenza del vincolo, dopo cinque anni, non preclude, secondo la giurisprudenza amministrativa, la rinnovazione del vincolo stesso. Quando ciò accade il proprietario ha diritto ad essere indennizzato (così Corte Cost. nn. 411/2001; 148/2003): come se, per il **rinnovato esercizio** del potere, l’amministrazione debba **pagare un prezzo**. Il prezzo (indennizzo) cui il privato ha diritto in conseguenza della protratta limitazione delle facoltà di godimento e di disposizione dell’immobile: se questo fosse stato tempestivamente espropriato, l’ex proprietario avrebbe avuto diritto alla indennità di espropriazione.

Ci troviamo, cioè, in presenza della **monetizzazione di un vincolo** i cui effetti si protraggono al di là del termine originario di efficacia. Temporaneità ed indennizzabilità, nel pensiero della Corte, sono tra loro alternativi. Il tempo è denaro, si potrebbe concludere.

4. *Una specie di procedimento ad iniziativa d’ufficio: atti generali e atti normativi*

Tra gli atti amministrativi ad iniziativa d’ufficio ci sono gli atti generali e gli atti normativi, gli atti di pianificazione e di programmazione.

La legge 241/1990 esclude nei confronti di detti atti l’applicabilità delle disposizioni sulla partecipazione (artt. 7-12): o meglio rinvia alle “particolari norme che ne regolano la formazione”. Queste norme in alcuni casi ci sono (per es. per gli strumenti urbanistici) ma in altri no (regolamenti, atti di pianificazione e programmazione in ambiti diversi dalla disciplina e dalla tutela del territorio).

Una limitazione del genere dà per scontato che rispetto a questa specie di atti non ci siano, di solito, interessi legittimi: i destinatari – si dice – non sono determinabili a priori (e per quanto riguarda gli atti normativi, neppure a posteriori).

La conseguenza è ovvia. Il tempo, nei procedimenti di formazione di questi atti, viene in rilievo nella esclusiva prospettiva dell’amministrazione proprio perché, nel corso di tali procedimenti, non sono configurabili posizioni individuali di interesse legittimo. Non si applica, quindi, l’art. 2 della L. 241/90 sul termine per la conclusione del procedimento (anche se tale articolo non è compreso nel capo III, che l’art. 13 dichiara inapplicabile a questi atti): non si applica, probabilmente, perché gli atti normativi e gli atti generali non sono tali, che il relativo “procedimento **consegua obbligatoriamente** ad una istanza, o debba essere iniziato d’ufficio” (art. 2 cit.).

Il che è vero sino a un certo punto. I regolamenti governativi devono essere emanati, di solito, entro il termine stabilito dalla legge o dal decreto legislativo di cui costituiscono esecuzione; e i regolamenti che vanno a coprire materie delegificate devono essere emanati entro il termine stabilito dalla legge di delegificazione (anche perché dalla loro entrata in vigore dipende l’abrogazione delle norme vigenti, art. 17 co. 2 L. 400/1988).

Proprio perché viene negato, in genere, che posizioni di interesse legittimo si configurino nel procedimento di formazione degli atti generali e degli atti normativi, la giurisprudenza prevalente **esclude** l’esperibilità della procedura **del silenzio-rifiuto**: salvi i casi in cui l’interesse del privato (il suo interesse legittimo) è evidente. Si pensi alla scadenza di un vincolo di P.R.G. preordinato all’espropriazione: l’effetto è quello di assoggettare l’area alla disciplina urbanistica dei comuni privi di un piano regolatore (ossia alla disciplina del verde agricolo: 0,03 mc./mq., art. 7 n. 4 D.M. 2 aprile 1968).

L’inerzia del Comune, che non ha provveduto nel quinquennio a realizzare l’opera pubblica in funzione della quale era preordinato il vincolo, peggiora la situazione del proprietario. Se i termini di efficacia del vincolo fossero stati osservati e l’infrastruttura realizzata, avrebbe riscosso l’indennità di espropriazione. Poiché ciò non è avvenuto, egli si trova proprietario di un immobile la cui suscettività edificatoria è minima (o del tutto esclusa se il lotto è di piccole dimensioni).

Da qui la pacifica ammissibilità di una sua istanza rivolta alla pianificazione dell’area, divenuta zona bianca, e l’ammissibilità dell’**impugnativa** del silenzio-rifiuto se l’amministrazione rimane inerte.

In casi del genere iltempo che viene in rilievo **torna** ad essere il **tempo del privato.**

5. *Procedimenti ad istanza di parte*

Nei procedimenti ad istanza di parte il tempo è preso in considerazione dall’ordinamento nella **prospettiva della parte**; e in due modi diversi.

Quando l’amministrazione non provvede entro il termine stabilito per la conclusione del procedimento, il silenzio, in una serie di casi, equivale ad **assenso**: col decorso infruttuoso del termine, il provvedimento richiesto si considera rilasciato, anche se l’autorità è rimasta inerte, senza necessità di un’ulteriore istanza o diffida.

Secondo l’art. 20, co. 1 L. 241/90 questa sembrerebbe la regola. Invero le eccezioni indicate al co. 4 dello stesso articolo sono così tante che è la presunta regola che in realtà costituisce una eccezione. Una eccezione alla vera regola, che è formulata nell’art. 31 c. p. a.

Nel codice il silenzio mantenuto dall’ amministrazione al di là del termine per la conclusione del procedimento viene qualificato come **inadempimento**: inadempimento dell’obbligo di provvedere entro il termine. Un inadempimento di cui l’interessato può chiedere l’accertamento (art. 31, co. 1 c. p.a.) finché l’inerzia perdura, comunque non oltre un anno dalla data in cui il procedimento doveva essere chiuso (art. 31 co. 2).

Resta ferma la possibilità per l’interessato, che abbia vanamente atteso per un anno o comunque non abbia ritenuto di adire il giudice amministrativo, di **riproporre** l’istanza: così che scatta un nuovo termine per la conclusione del procedimento e, in caso di inerzia protratta oltre detto termine, decorre un altro anno entro cui è possibile rivolgersi al giudice.

La legge apre **un’alternativa** fra silenzio-assenso e silenzio-inadempimento. Quando matura il primo, il privato che ha chiesto il provvedimento vede appagato il suo interesse: alla scadenza del periodo in cui l’autorità avrebbe dovuto provvedere, ma non lo ha fatto, egli si trova nella stessa condizione di chi ha ottenuto il rilascio del provvedimento.

Con la formazione del silenzio-assenso il potere non si consuma, potendo infatti l’amministrazione ritornare sui propri passi ed esercitare poteri di revoca o di annullamento d’ufficio, ricorrendo i relativi presupposti.

Quando non opera il congegno del silenzio-assenso il privato, che in passato poteva avvalersi solo del ricorso contro il silenzio-rifiuto con l’accoglimento del quale il giudice si limitava a ribadire l’obbligo dell’amministrazione di provvedere, può oggi ottenere anche una pronuncia “sulla **fondatezza** della pretesa dedotta in giudizio (art. 31 co. 3). Può chiedere, cioè, al giudice non soltanto di ordinare all’autorità di provvedere, ma anche di stabilire se la sua pretesa al rilascio del provvedimento è fondata – non un mero provvedere, ma un provvedere **conforme** alla sua richiesta. Tutto questo, comunque, vale nei soli casi in cui si tratti di attività vincolata o risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere posti in essere dall’amministrazione (art. 31 co. 3).

Nel sistema precedente il potere dell’autorità non veniva intaccato**,** anche se essa rimaneva inerte. Il giudice poteva ordinarle di provvedere, ma non poteva statuire sul contenuto del provvedimento (salvo che in sede di giudizio di ottemperanza, con la nomina di un commissario *ad acta*).

Oggi il decorso infruttuoso del tempo **indebolisce**, limitatamente ai casi contemplati dall’art. 31, co. 3, c.p.a., il **potere** dell’amministrazione: proprio perché il privato che insorge contro il silenzio può in certi casi chiedere e ottenere una pronuncia sulla fondatezza della sua pretesa.

L’inadempimento dell’obbligo di provvedere può avere per l’amministrazione un **costo più elevato** che nel passato: il costo corrispondente al vincolo cui l’assoggetta il giudice nel caso (non frequente, in verità) che accerti la fondatezza della pretesa del privato che ha chiesto il provvedimento.

6. *I procedimenti di riesame*

I procedimenti di riesame o di secondo grado (annullamento d’ufficio, revoca, recesso da accordi fra amministrazione e privato, proroga, sospensione, convalida) hanno un rapporto **strettissimo** col tempo. Presuppongono tutti l’esistenza di un provvedimento e il **decorso** di un certo tempo dalla sua adozione: la durata, minore o maggiore di questo tempo, incide sulla ammissibilità dell’esercizio del potere di riesame. Tale incidenza è maggiore soprattutto quando il provvedimento che si vuol togliere di mezzo ha creato una situazione favorevole per il destinatario, sicché la sua rimozione inevitabilmente gli nuocerebbe.

Di questo problema si è fatto carico il legislatore stabilendo che l’annullamento d’ufficio può essere disposto “**entro un termine ragionevole**”: come a dire che quanto più si allontana nel tempo l’atto da annullare, tanto più si è consolidata la posizione del beneficiario e quindi **irragionevole** sarebbe non tanto il tempo quanto l’annullamento proprio perché è passato un tempo tale da imporre *quieta non movere*.

Del resto, anche quando non c’era, prima del 2005, una disposizione di legge che disciplinasse in termini generali l’annullamento d’ufficio, la giurisprudenza attribuiva importanza al decorso del tempo: secondo il giudice amministrativo, la distanza nel passato dell’atto da annullare influiva sull’**attualità** dell’interesse pubblico che costituiva una delle due condizioni di legittimità dell’annullamento d’ufficio (l’altra era, ed è, l’illegittimità del provvedimento originario).

Oggi l’art. 21-*nonies* della L. 241/1990 arricchisce il quadro: perché di questo quadro entrano a far parte gli “interessi dei destinatari e dei contro interessati”.

Il “tempo ragionevole” , “le ragioni di interesse pubblico”, “gli interessi dei destinatari e dei contro interessati” formano una trama all’interno della quale l’ amministrazione deve muoversi: una **trama** in cui ciascuno degli elementi influisce sugli altri.

Quanto più tempo è passato dall’atto che si vuole annullare, tanto più, in genere, si affievoliscono le ragioni di interesse pubblico e correlativamente si rafforzano quelle dei destinatari (anche se esse devono fare i conti con le opposte ragioni dei contro interessati): e quindi, in definitiva, il tempo che tende a diventare “irragionevole” (irragionevolmente lungo è il tempo che separa il momento attuale dall’atto che in passato è stato adottato).

Questo intreccio di valutazioni e di esigenze oggi si riassume nella categoria dell’**affidamento**. Ossia la fiducia nella **stabilità** di un assetto giuridico che costituisce il versante soggettivo, psicologico, del valore oggettivo della certezza del diritto. Quell’affidamento che, particolarmente valorizzato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, fa parte dei principi fondamentali dell’ordinamento comunitario che oggi vincolano l’attività amministrativa italiana (art. 1 co. 1 L. 241/90). Affidamento, la cui aspettativa di garanzia caratterizza l’odierna società e ne contraddistingue i rapporti economico – sociali.

Anche la **revoca** ha per oggetto un provvedimento anteriore; e quindi presuppone che i due atti siano separati da un tratto di tempo.

Solo che nel caso dell’**annullamento**, che si riannoda direttamente al provvedimento originario di cui viene accertata l’illegittimità, il tempo che separa i due atti è, per così dire**, vuoto o neutro**, mentre il tempo che si interpone tra il provvedimento originario e la revoca èun tempo nel quale ha fatto irruzione un fattonuovo – essenzialmente “un mutamento della situazione di fatto” (al quale sono in qualche modo assimilabili i “sopravvenuti motivi di pubblico interesse”, poiché sempre di una sopravvenienza si tratta).

È questa la ragione per cui, in questo caso, il tempo non può essere misurato, come nell’annullamento d’ufficio, col criterio della ragionevolezza. La **sopravvenienza** in qualche modo **cancella,** rende irrilevante il tempo che la precede, “il tempo che separa l’atto originario dal mutamento della situazione di fatto”.

Ciò non significa che l’atto originario non abbia generato e radicato nel destinatario interessi che meritano di essere tutelati. Tuttavia in questo caso la protezione giuridica non comporta l’inammissibilità dell’esercizio del potere di riesame, ma richiede invece che l’interessato sia indennizzato del pregiudizio (art. 21 - *quinques):* entro i limiti stabiliti in modo contorto dal comma 1-*bis* dello stesso articolo.

Tale costruzione si attaglia alla revoca per sopravvenienza, ma non si attaglia, o si attaglia meno, alla revoca che costituisce esercizio del c.d. *ius poenitendi:* (alla quale l’art. 21-*quinquies* fa riferimento quando ammette la revoca anche nel caso “di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”).

Ma qui il discorso ci porterebbe lontano. Perché, come nell’annullamento, il tempo che separa i due atti – l’atto originario e il provvedimento di revoca – è un tempo **vuoto** o **neutro.**

7. *Il tempo nella disponibilità dell’amministrazione*

In un sistema che tende a delimitare e fissare i tempi dell’azione amministrativa ( imponendo l’obbligo di procedere, di concludere il procedimento entro un tempo prestabilito, o vietando di annullare un precedente atto quando sia decorso un certo lasso di tempo) c’è pure spazio per una qualche **manipolazione** del tempo da parte dell’amministrazione. Il riferimento, ovviamente, non riguarda la prassi sistematica del ritardo, ma il legittimo esercizio dei **poteri di manovra** dei tempi dell’azione amministrativa.

Ci si riferisce alla **sospensione** degli effetti o dell’esecuzione del provvedimento; alla **proroga** della sospensione o dell’esecuzione (art. 21-*quater,* co. 2); alla sospensione del procedimento, per un periodo non superiore a trenta giorni, quando ricorrono le circostanze o le esigenze indicate all’art. 2 co. 7, L. 241/90. Secondo un certo orientamento, che non mi pare condivisibile, questi poteri sarebbero **fungibili**. Nel senso che il potere di sospendere l’esecuzione del provvedimento consentirebbe di sospendere pure il procedimento anche al di là delle ipotesi previste dall’art. 2, co. 7; secondo altra tesi, la facoltà di dosare i tempi – con relativo potere di sospensione del provvedimento o del procedimento - sarebbe **implicita** nei poteri cautelari previsti dall’art. 7, co. 2: a prescindere dalla espressa previsione degli artt. 21-*quater* e 2 co. 7.

Il dibattito si intreccia con quello relativo alla partecipazione. Le regole stabilite dal capo III della legge 241 vanno in questi casi rispettate, o operano le deroghe previste dall’art. 7 ? E cioè le ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento.

A me pare che se interpretiamo in modo **restrittivo** le facoltà che la legge accorda all’amministrazione di manovrare i tempi della sua azione, ossia gli artt. 21-*quater,* co. 3 e 2 co. 7, della L. 241/90, i problemi sopra accennati non hanno ragione di essere sollevati.

8. *Tempo e poteri di emergenza e di urgenza*

Esiste accanto alla attività amministrativa autoritativa che si esprime in provvedimenti, il cui contenuto è “tipico” , un’ampia e consistente fetta di attività amministrativa che si esprime in atti il cui contenuto e il cui tipo sono rimessi all’autorità amministrativa. Sono quegli atti governati dalla **necessità,** la necessità, cioè, di dare risposte “**tempestive**” ad eventi improvvisi, imprevedibili, quali un terremoto, lo scoppio di disordini sociali, il crollo di un ala di un palazzo in pieno centro abitato, la costruzione di un’opera pubblica indifferibile ed urgente, ecc**.** Il diritto amministrativo, si è già detto, è il diritto del presente.

La necessità e l’urgenza di provvedere, fa si che il tempo si configuri come un elemento di “**pressione**” sull’autorità chiamata a decidere tempestivamente, così come può giustificare un **mutamento** del regime ordinario del potere amministrativo. Si pensi al venire meno, per l’appunto, della tipicità degli atti, nel caso, ad esempio, delle ordinanze contingibili ed urgenti in materia di sanità e di igiene pubblica di competenza del sindaco e del presidente della regione, ai sensi dell’art. 32 della legge n. 833/1978; o nel caso dei provvedimenti contingibili del sindaco, quale ufficiale del Governo, finalizzati a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica (art. 54, comma 2, d.lgs. n. 267/2000).

L’urgenza di provvedere, ma deve trattarsi di un’urgenza “**qualificata**” secondo la giurisprudenza, può richiedere la **celerità** del procedimento che giustifica la **deroga** all’obbligo di comunicarne l’avvio agli interessati (art. 7, co 1)[[1]](#footnote-1). La medesima regola è prevista dal co 2 dello stesso articolo per i provvedimenti cautelari, per il carattere di **urgenza** che è proprio di questi atti.

La *ratio* sottesa alla deroga è volta, in entrambe l e ipotesi, a **contemperare** il principio di partecipazione con il principio di tempestività dell’azione amministrativa.

A differenza della prima ipotesi (celerità), nella seconda l’amministrazione può soltanto **differire** nel tempo la comunicazione, poiché una volta emanato il provvedimento cautelare, il procedimento si svolgerà secondo le regole previste dalla l. 241, con la partecipazione degli interessati ai quali deve essere comunicato l’avvio. La legge siciliana sul procedimento amministrativo prevede un differimento per non più di 10 giorni.

9. *L’azione amministrativa e la legge nel tempo*

L’azione amministrativa si svolge nel tempo e, assumendo la forma del procedimento, si articola in una pluralità di atti che sono adottati in tempi diversi.

Da qui la possibilità che nel **corso** della sequenza procedimentale **cambi** la legge applicabile.

La questione, che si pone anche con riguardo al processo, viene risolta in base alla regola *tempus regit actum***,** che postula che ogni atto del procedimento venga regolato dalla legge in vigore al momento della sua emanazione: con l’ovvia implicazione che atti della sequenza possono essere regolati da norme diverse, alcune preesistenti altre sopravvenute nel corso del procedimento.

Secondo una tesi particolarmente rigorosa (Comporti), legge applicabile è in ogni caso la legge in vigore nel momento in cui il procedimento viene avviato (*tempus regit actionem*): legge cui sarebbero soggetti anche gli atti successivi del procedimento sebbene la legge nel corso di quest’ultimo sia cambiata. Si tratta, tuttavia, di un’ opinione che non ha trovato seguito in giurisprudenza.

Un problema serio, che si pone non di rado, è il seguente. Che succede se la legge, la norma, la regola cambia dopo che è scaduto il termine per la conclusione del procedimento senza che l’amministrazione abbia provveduto?

Nel momento in cui provvederà essa dovrà applicare la vecchia o la nuova regola?

La giurisprudenza è in prevalenza orientata nel secondo senso: nel senso cioè che la regola da osservare è quella in vigore nel momento in cui l’atto viene adottato, anche se essa è successiva al termine per la conclusione del procedimento.

Ciò accade spesso in materia edilizia.

Il Comune ritarda a provvedere sulla domanda di permesso di costruzione e quando provvede, con ritardo di mesi o di anni, fa applicazione di un piano regolatore sopravvenuto che inibisce la costruzione che invece lo strumento urbanistico precedente consentiva; o comunque applica una misura di salvaguardia delle previsioni dello strumento urbanistico adottato dopo che è scaduto il termine per l’esame della domanda del privato.

Ritengo che la soluzione fatta propria dalla giurisprudenza sia **iniqua** e prima di tutto **illegittima**. Una tesi del genere rimette all’**arbitrio** dell’amministrazione la scelta della normativa da applicare, a seconda che il procedimento sia concluso entro il termine o dopo il termine; e fa dipendere la normativa da applicare dalla inosservanza del termine per la conclusione del procedimento, e quindi, in definitiva, da un **inadempimento** dell’amministrazione. Con buona pace dei principi di legalità e buon andamento.

10. *Il tempo e la sua monetizzazione: il danno del mero ritardo*

Nei procedimenti ad istanza di parte il richiedente ha interesse, ovviamente, che entro il termine per la conclusione del procedimento gli venga rilasciato il provvedimento richiesto; ma ha comunque interesse a che il procedimento si concluda entro il termine, quale che sia il suo esito.

Se l’esito è negativo l’interessato si mette il cuore in pace; **cessa** comunque uno stato di incertezza, o meglio l’incertezza è durata un tempo breve: decorso il quale la persona muterà i suoi progetti, destinerà ad altra iniziativa la sua azione o tornerà alla carica ridefinendo i termini della sua richiesta.

L’interesse alla tempestività del provvedimento, a prescindere dal contenuto, positivo o negativo di questo, ha così una sua **autonomia** rispetto all’interesse al rilascio del provvedimento richiesto.

E qui che viene a configurarsi undannoda “**mero ritardo**” o un danno da “**incertezza”,** come lo definisce Francesca Trimarchi Banfi. Un danno a cui l’Adunanza plenaria ha negato rilievo giuridico, con la sentenza n. 7/2005: ma che il legislatore, facendo proprio il suggerimento di certa giurisprudenza (per es. l’ordinanza con cui la IV Sezione aveva rimesso la questione all’A.P. n. 875/2005) ha invece poi riconosciuto. L’art. 2-*bis* della L. 241/90, introdotto dalla L. 69/2009, prevede il risarcimento del danno ingiusto cagionato dalla inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Il più recente d.l. n. 69/2014 (art. 28) ha in qualche modo sganciato il ristoro del privato dall’onere della previa dimostrazione della colpevolezza del ritardo, derogando al classico schema dell’art. 2043 c.c., ed ha previsto un indennizzo forfettario (30 euro per ogni giorno di ritardo sino a un massimo di 2000 euro) a cui l’interessato ha diritto purché, entro sette giorni dalla scadenza del termine per provvedere, attivi il potere sostitutivo previsto dall’art. 2 co. 9 *bis* , della L. 241/1990.

Con l’indennizzo del danno da mero ritardo viene riconosciuta alla tempestivitàdell’azione amministrativa il carattere di “**bene della vita**”; un bene che entra a far parte del patrimonio giuridico di colui che con la sua istanza ha attivato il procedimento.

Il ritardo, che non influisce sulla legittimità del provvedimento – perché questo, una volta emesso con ritardo, non può considerarsi illegittimo per questa sola ragione – viene in rilievo sul piano della responsabilità dell’amministrazione e dell’agente. Tant’è che l’eventuale condanna della P.A. da parte del giudice amministrativo va comunicata alla Procura della Corte dei conti perché accerti l’eventuale responsabilità amministrativa della persona fisica o delle persone fisiche alle quali il danno erariale è imputabile.

11. *Brevi riflessioni sul diritto che governa il tempo ma contestualmente soggiace al suo decorso fino a risultarne usurato e trasformato*

Il diritto, si è visto, governa il “tempo”, quale strumento per ordinare le azioni umane e misura per assicurare la certezza dei rapporti giuridici, delle situazioni giuridiche. Ciò nondimeno, il diritto che governa il tempo, soggiace, a sua volta, al decorso del tempo fino a lasciarsene “usurare” , “trasformare”.

Nell’antichità, si pensi al diritto romano, la legge non era soggetta al fluire del tempo, era destinata a durare in eterno, nonostante l’occasionalità e contingenza della sua genesi.

 Le società antiche, come scrive Casavola, “non si lasciavano disciplinare da un comando legale se non postulandone una durata infinita”. La legge sopravvenuta non abrogava quella precedente, ma ne rendeva inefficace il dispositivo sanzionatorio. Il principio era espresso dalla clausola “*caput tralaticium de impunitate*” .

Con Giustiniano viene abbandonata l’idea dell’eternità del diritto degli uomini e l’attività del sovrano legislatore diventa attività di **riforma** del “diritto costituito”, per la necessità di dare regole a “negozi” nuovi, cioè, ancora non “annodati dai lacci del diritto” . Ne emerge la piena consapevolezza giustinianea della storicità del diritto.

Questa visione di un diritto che non è rinnegabile o abolibile, ma può essere solo “novellato”, cede agli ideali che informano la Dichiarazione dei diritti dell’uomo del 1793, che opta per una costituzione **limitata** nel tempo, commisurata alla generazione vivente: una generazione non può mai assoggettare alle sue leggi le generazioni future.

Con la fine della Rivoluzione, questa visione non regge all’idea millenaria che rinviene l’ “**autorità**” del diritto proprio nella sua **prolungata** durata nel tempo e, dunque nella sua **stabilità**, della quale la codificazione ottocentesca ne è espressione. Ed è proprio la stabilità delle regole giuridiche, unitamente alla loro determinatezza, prevedibilità e conoscibilità da parte dei consociati, uno degli elementi costitutivi del valore della **certezza del diritto**.

Non è un caso, quindi, se tra le cause dell’odierna crisi della certezza del diritto nel nostro ordinamento, venga indicata l’attuale **ipertrofia ed instabilità** della normativa, particolarmente significativa proprio nel diritto amministrativo, oltre che la cattiva qualità delle leggi che ne determina il più delle volte quell’**oscurità**  cui si imputano effetti devastanti sul piano della conoscibilità e dell’uniformità dell’interpretazione e, quindi, dell’effettività del diritto stesso.

Maria Immordino

1. La giurisprudenza ha ritenuto legittima la deroga nel caso di provvedimenti finalizzati all’occupazione d’urgenza di aree destinate ad opere pubbliche; nell’ipotesi di ingiunzione di demolizione o di sospensione di lavori, o in caso di provvedimenti vincolati, definendo, così, in via generale categorie di provvedimenti caratterizzati da esigenze di celerità, laddove l’art. 7 sembrerebbe invece richiedere una puntuale valutazione, caso per caso (Casetta). [↑](#footnote-ref-1)