

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2021

ESTRATTO

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, José Manuel Ruano de la Fuente, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Coccozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



La sanzionabilità del ritardo dell'azione amministrativa nei recenti approdi normativi e giurisprudenziali

di Francesco Armenante

(Professore aggregato di Scienze dell'Amministrazione presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno)

Sommario

1. Premesse; 2. L'obbligo di provvedere (e i casi di esclusione) quale presupposto per il riconoscimento del danno da ritardo; 3. Il profilo soggettivo tra presunzione della colpa e relative esimenti; 4. L'ingiustizia del danno; 5. Presupposti formali e sostanziali dell'azione amministrativa ex post: i termini dei procedimenti inibitori e la svilita tutela del terzo; 6. La sorte del provvedimento tardivo nell'atecnica disciplina del decreto semplificazioni (n. 76 del 2020); 7. L'inesauribilità del potere amministrativo e la competenza "concorrente" sostenuta dalla discutibile decisione della Plenaria (n. 8 del 2021); 8. Brevi riflessioni conclusive.

Abstract

The paper deals with the most recent legislative updates, coming from the recent decrees on simplification (nr. 76 of 2020, converted by law nr. 120 of 11th September 2020, and nr. 77 of 2021, converted by law nr. 108 of 29th July 2021), and from the decisions of administrative courts (in particular, decisions nr. 7 of 23rd April 2021 and nr. 8 of 25th May 2021 of the Council of State Plenary), about the inactivity of the Administration and the remedies given by the legal system. In detail, the paper deals with the principles of art. 2 of the law on administrative procedures (the duty to provide, the nature of the term to end the procedure, the pathologies of the act lately adopted), and the new art. 2-bis, on the refunding of the damage given by the delay. The paper in the end reflects on the invalidity of late acts and on the possibility that a defaulting Administration can be substituted by a judiciary Commissioner ad acta for this reason nominated.



1. Premesse.

La legge sul procedimento amministrativo¹ ha compiuto trent'anni.

Di certo non ha avuto una vita monotona o senza stravolgimenti.

Doveva essere una legge "breve" sul procedimento, ma il suo paradigma si è quasi duplicato in virtù delle periodiche novelle².

Doveva essere una legge "sul procedimento" ma, a causa di interventi settoriali, si presenta, in alcuni casi, come legge del procedimento³.

Vi è, comunque, una *ratio* comune alle plurime novelle: la tutela del tempo come bene della vita.

Per l'effetto, una delle disposizioni maggiormente lette e rivisitate, con radicali rimodulazioni e con plurime integrazioni, è stata quella di cui all'art. 2, relativa all'obbligo di provvedere.

L'esigenza di un sintetico commento non consente di ripercorrere, diacronicamente, le varie fasi delle riforme o i profili ivi trattati (la definizione di un preciso *dies ad quem*, il computo del termine, la sanzione dell'inerzia e del ritardo), tantomeno di analizzarne i vari riflessi sul piano applicativo e giustiziale.

Nel prosieguo, l'attenzione sarà focalizzata sulle più recenti novelle, recate dai cc.dd. decreti semplificazioni (*ea est*: il d.l. n. 76 del 2020, conv. nella l. n. 120 dell'11 settembre 2020 e il d.l. n. 77 del 2021, conv. nella l. n. 108 del 29 luglio 2021), oltre che su autorevoli interventi della magistratura amministrativa (*ea est*: le decisioni dell'Adunanza plenaria n. 7 del 23 aprile 2021 e n. 8 del 25 maggio 2021) previa sintetica analisi dei principali istituti enucleabili dall'art. 2 della legge sul procedimento (ovvero l'obbligo di provvedere, la natura del termine di conclusione del procedimento ed il relativo computo, i profili invalidanti dell'atto tardivo), nonché dell'ulteriore paradigma di cui all'art. 2-bis della medesima normativa, relativo alla risarcibilità del danno da ritardo ed ai presupposti abilitanti, rinviando, per le ulteriori problematiche, alla copiosa letteratura in materia⁴.

¹ Legge 7 agosto 1990, n. 241;

² In special modo quelle riconducibili alle leggi nn. 15 del 2005, 69 del 2009 e 124 del 2015;

³ Cfr. art. 21 *decies*, ora introdotto dalla legge n. 120 del 2020;

⁴ La portata degli argomenti qui trattati imporrebbe di richiamare la vastissima letteratura che, in numerosi casi e sotto molteplici aspetti, ha affrontato gli istituti *infra* citati. Argomenti quali il procedimento amministrativo, il provvedimento, l'autotutela, gli obblighi dell'amministrazione procedente, i criteri dell'azione amministrativa, i vizi del provvedimento e le mere irregolarità formali, infatti, godono di un ampio approfondimento dottrinario. Analogamente, istituti quali la conferenza dei servizi, la dichiarazione di inizio attività (ora s.c.i.a.), l'accesso ai documenti, il silenzio significativo sono stati ampiamente analizzati dalla pubblicistica, anche se non sempre è dato rinvenire indirizzi uniformi. Sotto l'aspetto diacronico, le varie fasi in cui si articola un procedimento (da quella dell'iniziativa a quella decisoria, passando per l'indispensabile attività istruttoria) sono state spesso al centro di approfondimenti dogmatici, anche per gli evidenti riflessi giustiziali che si riconnettono alle differenti soluzioni prospettate. Infine, sotto il profilo istituzionale, una trattazione sull'attività provvedimentale della P.A. coinvolge argomenti solo apparentemente inconferenti (quali la separazione tra politica e gestione, la privatizzazione del pubblico impiego, le mansioni equivalenti e superiori), che assumono carattere propedeutico ed imprescindibile per qualsiasi ricostruzione sistematica della materia. Tra la



2. L'obbligo di provvedere (e i casi di esclusione) quale presupposto per il riconoscimento del danno da ritardo.

Una delle principali novelle alla legge sul procedimento amministrativo è stata l'introduzione, nel tessuto normativo, dell'art. 2 bis⁵, rubricato "conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento"⁶.

Con tale disposizione il Legislatore ha positivizzato un istituto già noto alla giuspubblicistica e già scolpito in plurime statuizioni giustiziali, concernente la risarcibilità dei danni ingiusti cagionati da un'azione amministrativa tardiva⁷.

manualistica e i saggi di maggiore interesse e di indispensabile lettura, possono richiamarsi: AA.VV. (a cura di S. CASSESE), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000; AA. VV. (a cura di L. MAZZAROLLI e altri), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020; F. CARINGELLA-M. PROTO (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2005; E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2020; S. CASSESE, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2004; A. PEDACI, *Alcune considerazioni connesse all'individuazione dei responsabili degli uffici e dei servizi negli Enti locali dopo le leggi di riforma*, in *Riv. Dir. Amm.*, 1996, 401 ss.; S. RAIMONDI, *La responsabilità nell'Ente locale*, Milano, 2003; E. RAO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in *I T.A.R.*, 1997, II, 247 ss.; S. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Dir. Amm.*, 1994, 13 ss.; G. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1999. Sulle novità della l.n. 124/2015, cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, n. 7/2015, 1-13;

⁵ Ad opera della legge 18 giugno 2009 n. 69, rubricata "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", i cui articoli da 7 a 10 hanno modificato la legge sul procedimento.

⁶ L'articolo in esame è stato ulteriormente modificato dall'art. 28, comma 9, della legge n. 98 del 2013, che ha introdotto il comma 1-bis, trascritto *infra*. Sul tema, si segnalano i seguenti contributi: M. PROTTO, *Il danno da ritardo: alla ricerca del tempo (e del bene) perduto*, *Giur. It.*, 2021, 5, 1171; A. SAVATTERI, *Il risarcimento del danno per il ritardo nel rilascio del permesso di costruire*, *Giur. It.*, 2016, 2, 440; F. GAFFURI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in ordine alla natura e alla disciplina della responsabilità "da ritardo"*, *Giur. It.*, 2015, 7, 1700; F.G. SCOCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in www.giustamm.it, 2005; R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in www.giustamm.it, 2011; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2/2003, pag. 291 ss.;

⁷ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinarie in tema di risarcimento del danno da ritardo si rinvia allo scritto di E. CASETTA, (voce) *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, vol. XIII, 218, in cui si richiamano anche le posizioni di altra dottrina. Secondo l'autore non vi sarebbero ostacoli ad ammettere il risarcimento del danno patito dal privato, anche a prescindere dalla problematica della risarcibilità dell'interesse legittimo, ove a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo l'utilità finale sia poi conseguita, come esito favorevole del nuovo procedimento, con conseguente pregiudizio per il privato a seguito del ritardato rilascio del provvedimento che già in precedenza l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto rilasciare. Sul punto, cfr., anche, R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, I, 3201 ss., e F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, I, 427, in cui la problematica dell'accertamento dell'illecito aquiliano della P.A. viene affrontata in un'ottica diacronica, con puntuale rinvio alle regole civilistiche ad essa applicabili. In sede giustiziale, si è recentemente ribadito che (Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2020, n. 7622): "L'obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse. Cosicché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di chance. (...)"



L'abbrivio della riforma deve rinvenirsi nel disegno di legge governativo del 22 settembre 2006, che, oltre alla previsione del ristoro del danno (ovviamente dipendente dagli elementi di prova forniti dall'interessato circa l'*an* e il *quantum*), contemplava un ristoro automatico e forfettario in ragione del periodo di effettivo ritardo. In particolare, si proponeva il riconoscimento di un indennizzo riconnesso al mero ritardo⁸ nell'adozione del provvedimento conclusivo, unitamente al risarcimento dell'eventuale maggior danno subito (in presenza, in tale ultimo caso, dei presupposti abilitanti, come declinati, in termini generali, nell'art. 2043 del codice civile).

Il testo definitivo della legge n. 69/2009 solo in parte ha recepito tale proposta, visto che non ha sancito alcun indennizzo riconnesso al ritardo *ex se*, prevedendo il solo ristoro del danno effettivamente e concretamente subito⁹.

Alla luce del predetto quadro normativo la posta risarcitoria può prospettarsi in presenza dei relativi presupposti, riconnessi al mancato rispetto del termine per provvedere, alla configurazione di un danno ingiusto, all'accertamento dell'elemento soggettivo (almeno) della colpa dell'amministrazione precedente e al nesso di causalità tra il ritardo contestato e il pregiudizio subito dall'amministrato¹⁰.

Come recentemente e autorevolmente sottolineato, la responsabilità della PA per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di

L'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stata adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente, ovvero avrebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento";

⁸ A prescindere dalla prova di un pregiudizio e dalla sussistenza di un nesso eziologico o di un comportamento doloso o colposo;

⁹ Solo in seguito, con l'art. 28, comma 9, della l. n. 98 del 2013 (che ha introdotto il comma 1-bis all'art. 2-bis in argomento) si è previsto che: "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". Poco prima della novella, in dottrina [G. NAPOLITANO, *Le misurazioni nel (e del) diritto amministrativo*, in *Annuario di diritto comparato*, 2012, p. 117 ss.], si era già considerato il tempo come un parametro di misurabilità dell'efficienza dell'agire amministrativo;

¹⁰ La tematica impinge nel dibattito relativo alla responsabilità aquiliana della PA. Per approfondimenti si segnalano, tra gli altri, R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 100 ss.; G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da azione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Milano, 1992, 5; G. PALMA, *La ricostruzione concettuale della nozione di "danno ingiusto" nell'ambito dell'azione amministrativa e la sua ripercussione sul rapporto organico del funzionario*, in *www.federalismi.it*, n. 1 del 2018, che opera un'interessante distinzione tra la responsabilità per danno ingiusto nell'attività amministrativa di diritto privato e in quella di diritto pubblico; M. L. VISCONTI, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della P.A.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria*, in *Danno e Resp.*, 2021, 4, 509; R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione razionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, 3, 309;



responsabilità da fatto illecito aquiliano¹¹ 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 cod. civ., i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cc.¹².

In ogni caso, preliminarmente, deve sussistere un obbligo di provvedere ovvero di dare riscontro all'istanza presentata dal soggetto interessato.

In proposito, alla stregua dell'art. 2 della legge n. 241/90, il diritto al provvedimento (che, ovviamente, non si traduce nel diritto al provvedimento favorevole) impone alle amministrazioni di riscontrare, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, le richieste formulate dall'amministrato e tese al rilascio di un provvedimento o di un titolo abilitativo all'esercizio di un'attività.

Si è passati da un sistema amministrativo dominato da una generalizzata inerzia provvedimentale, ovvero dall'attesa indeterminata di un riscontro, al riconoscimento di plurimi rimedi, funzionali all'ottenimento di una determinazione espressa, incluso un rito accelerato, in sede giustiziale, per reprimere comportamenti omissivi¹³.

Da ricondursi alla medesima "ratio legis", è l'estensione delle ipotesi di silenzio significativo (in special modo del silenzio - assenso), che rende sempre più residuale

¹¹ Sull'illecito aquiliano, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 709 ss.; Secondo la Corte di Cassazione, sez. I civ., 17 ottobre 2007, n. 21850, il giudice, ai fini di accordare il risarcimento dei danni derivanti da lesioni di interessi legittimi, seguendo lo schema delineato dall'art. 2043 c.c., deve: a) accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo assoluto o relativo, ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela ma giuridicamente rilevante, in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto); c) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.;

¹² Cons Stato, ad.pl. 23 aprile 2021, n. 7;

¹³ In sintesi, con l'introduzione dell'obbligo diviso dall'art. 2 della legge sul procedimento, il Legislatore ha introdotto una norma di principio che ha inteso canonizzare l'efficacia dell'obbligo di provvedere, in parte già esistente nell'ordinamento, anche nelle fasi subprocedimentali, dando così 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 (TAR Lazio, Roma, sez. I quater, 2 dicembre 2016, n. 12060; Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433). Sulle posizioni della dottrina, cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013 e, prima ancora, F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 36, secondo cui, nell'odierno contesto socioeconomico, dove vi è una forte presenza delle leggi proprie del mercato, il tempo degli atti amministrativi deve essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato, ragion per cui, nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione è diventato un tempo certo;



l'esigenza di promuovere azioni sollecitatorie e monitorie nei confronti di un'amministrazione inadempiente e inerte¹⁴.

Procediamo con ordine.

La disposizione normativa in esame configura, innanzitutto, il dovere di determinarsi in modo espresso.

A tal fine all'amministrazione si impone di riscontrare un'istanza mediante un "provvedimento", quindi con un atto amministrativo capace di incidere nella sfera giuridica del destinatario (salvo il potere di determinarsi negativamente).

In termini generali, ad ogni istanza deve seguire un'istruttoria e quindi un provvedimento espresso e motivato, cosicché una nota avente natura meramente interlocutoria e soprassessoria (in cui si affermi, ad esempio: "si sta provvedendo"; "l'istanza verrà esitata al più presto"; "è stata avviata l'istruttoria", etc.) non ha alcuna valenza provvedimentale e non può impedire il formarsi del silenzio significativo né impedire la sanzione per l'inerzia¹⁵.

In breve, l'obbligo di provvedere:

- non risulta adempiuto con mere note interlocutorie o soprassessorie, con le quali si rinvia (anche *sine die*) la determinazione da assumere.
- non è soddisfatto da un riscontro che comprovi l'avvio dell'istruttoria o che adduca oggettive ragioni organizzative che rallentino l'azione amministrativa¹⁶.

Le uniche circostanze idonee a giustificare un ritardo (o un'omessa determinazione) sono quelle riconducibili ad esigenze istruttorie, riconnesse ad un'istanza incompleta o ad una documentazione carente¹⁷.

¹⁴ Al fine di rafforzare l'applicabilità del silenzio assenso è stato introdotto (dall'art. 62, comma 1, del citato d.l. n. 77 del 2021) il comma 2-*bis* all'art. 20 della l. n. 241/1990, che contempla un meccanismo di attestazione, anche a mezzo di autocertificazione, del decorso del termine per provvedere;

¹⁵ Sull'illegittimità dell'atto meramente soprassessorio, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 9 giugno 2021, n. 6914; TAR Toscana, sez. III, 30 ottobre 2018, n. 1417;

¹⁶ Si è detto che non sono idonee a far venir meno il silenzio inadempimento, formatosi su istanze con le quali l'amministrazione è stata invitata a pronunciarsi su una domanda di condono, le comunicazioni avviate dall'amministrazione in risposta ad altrettante diffide a provvedere con le quali era stato reso noto -prima- l'avvio del procedimento finalizzato ad istruire le pratiche di condono e -poi- che l'ufficio non poteva disattendere i criteri generali d'ordine di esame delle pratiche (Cons. Stato, n. 5433/2007, cit.);

¹⁷ Di estremo interesse, sempre sotto il profilo quivi esaminato, è una decisione concernente un ricorso avverso il silenzio-inadempimento formatosi sull'istanza con la quale il privato, a seguito dell'inefficacia dei vincoli a contenuto espropriativo, ha chiesto l'attribuzione di una nuova destinazione urbanistica al fondo di sua proprietà. Si è statuito, infatti, che non può comportare l'improcedibilità del ricorso stesso una nota dirigenziale con cui l'amministrazione, nelle more della definizione del giudizio, ha demandato ai competenti organi comunali l'esame della proposta formulata dal privato con la sua istanza, atteso che tale nota non è in alcun modo soddisfacente degli interessi del ricorrente, in quanto di natura meramente istruttoria ed endoprocedimentale; analogamente, non determina l'improcedibilità del ricorso, una delibera di conferimento dell'incarico per la redazione dei piani particolareggiati, adottata nelle more della definizione del giudizio, ove comunque nessun provvedimento espresso, soddisfacente dell'interesse del ricorrente, sia stato adottato dall'amministrazione, non essendo sufficiente, allo scopo, il semplice avvio del procedimento di revisione del P.R.G. o di adozione dei piani particolareggiati (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355);



Resta solo da specificare che, in caso di ritardo riconnesso alla necessità di acquisire pareri ed atti endoprocedimentali non rilasciati nei termini all'uopo indicati, è previsto il ricorso alla conferenza di servizi, la cui portata obbligatoria, in siffatta ipotesi, è sancita dall'art. 14, comma 2, della legge n. 241/90.

L'obbligo di provvedere, per quanto assuma una portata generale, rispondendo ad esigenze di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, non può ritenersi sussistente a fronte di qualsiasi istanza, ancor più ove finalizzata a perseguire interessi non meritevoli di tutela.

L'elaborazione giurisprudenziale ha consentito di delimitare l'ambito di applicazione della disposizione in esame, con l'individuazione di fattispecie ad essa sottratte.

L'obbligo in esame sussiste certamente quando la legge riconosce espressamente al privato il potere di presentare un'istanza, rivestendo egli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata.

Inoltre, esso è configurabile anche in assenza di un'espressa previsione legislativa che "tipizzi" la richiesta, ogniqualvolta ragioni di imparzialità e buon andamento impongano l'adozione di un provvedimento, potendosi estendere la possibilità di protezione contro l'inerzia dell'amministrazione¹⁸.

In tale ultima ipotesi si è operata¹⁹ una precisa distinzione tra le istanze volte ad ottenere un atto di contenuto favorevole (che amplia la sfera giuridica del richiedente) e quelle aventi ad oggetto il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, infine, quelle dirette a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'accoglimento delle quali il richiedente possa indirettamente trarre vantaggi (c.d. interessi strumentali).

Nel primo caso non vi è dubbio che vi sia l'obbligo di provvedere quando chi presenti la richiesta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo.

Diversamente, quando si richiede alla P.A. di riesaminare un atto autoritativo, rimasto inoppugnato, non può configurarsi un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo inficerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale, che sono alla base dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione e dell'inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti. Resta da scrutinare la terza ipotesi (i cc.dd. interessi strumentali).

Anche in tal caso si rende opportuna una differenziazione.

¹⁸ Si è ribadito, più volte, che l'obbligo di provvedere sulle istanze dei privati può derivare, non solo da una precisa norma di legge, da un regolamento o da un atto amministrativo, ma anche dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa, come, ad esempio, il rispetto del principio di imparzialità, di buon andamento dell'azione amministrativa ovvero i principi di legalità (Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3120; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 2 aprile 2009, n. 1279);

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 5 marzo 2021, n. 702; Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318;



Qualora un soggetto "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.

Deve ritenersi sussistente, invece, l'obbligo della P.A. di provvedere in ordine ad un'istanza con la quale si solleciti l'esercizio di poteri sfavorevoli (repressivi, inibitori, sanzionatori) nei confronti di terzi, allorché essa non costituisca un semplice esposto, ma il comportamento omissivo dell'amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato (si pensi al contro-interessato/confinante)²⁰.

Ove ciò accada, l'eventuale inerzia serbata dall'Amministrazione assume una connotazione negativa e censurabile²¹.

Sempre invocando consolidati indirizzi giurisprudenziali, deve ritenersi insussistente l'obbligo di provvedere nelle seguenti fattispecie:

- a) a fronte di istanze aventi ad oggetto diritti soggettivi²², inclusa la richiesta di risarcimento danni²³;

²⁰ Ad esempio, si è ritenuto sussistente l'obbligo per il Comune, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza sull'assetto del territorio, di riscontrare l'istanza di un cittadino il quale, in forza del criterio della *vicinitas*, aveva segnalato, in maniera circostanziata, l'esistenza di opere realizzate da terzi in difformità dal titolo concessorio (TAR Campania, Napoli, sez. VI, 18 agosto 2021, n. 5552; Cons. Stato, n. 177/2009, cit.);

²¹ Proprio alla stregua di tali principi è stato ritenuto sussistente l'obbligo dell'amministrazione comunale di pronunciarsi sull'istanza con la quale il proprietario frontista ha chiesto che l'amministrazione definisse l'istanza di condono edilizio avanzata dal proprietario della costruzione confinante, nel caso in cui, in precedenza, il proprietario frontista, a seguito di un ricorso, abbia ottenuto l'annullamento del titolo edilizio e l'emissione della conseguente ordinanza di demolizione. Inoltre, si è riconosciuta la titolarità di un interesse legittimo all'esercizio dei poteri ripristinatori e repressivi in capo al proprietario di un'area o di un fabbricato nella cui sfera giuridica incide dannosamente il loro mancato esercizio; tale soggetto, pertanto, può pretendere, se non vengono adottate le misure richieste, un provvedimento che ne spieghi esplicitamente le ragioni, con la conseguenza che il silenzio serbato sulla relativa istanza integra gli estremi del silenzio-inadempimento, sindacabile in sede giurisdizionale (così, Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5466, in cui si è precisato che il soggetto residente in un condominio è titolare di una posizione differenziata che lo abilita a contrastare l'inerzia della P.A. su una sua istanza di accertamento di un abuso edilizio di un altro condomino);

²² Giurisprudenza pacifica. Secondo T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 26 febbraio 2021, n. 505, 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 P.A. la restituzione di somme per oneri di urbanizzazione non dovuti; con la conseguenza che, nel caso in cui sia stata proposta impugnazione avverso il silenzio serbato dalla P.A. in merito ad un atto di diffida per ottenere la ripetizione di somme versate a titolo di oneri concessori indebitamente corrisposti, il relativo ricorso deve essere dichiarato inammissibile. In tali ipotesi, i ricorsi sono soggetti al termine di prescrizione e, conseguentemente, non può essere utilizzato il cennato rito speciale, perché la posizione giuridica che viene in rilievo non è sicuramente configurabile come interesse legittimo (come già precisato da Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2003, n. 1521). In questi casi, quindi, l'esperimento della tutela giurisdizionale si esplica *recta via* a mezzo di un'azione di accertamento e di condanna (anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 novembre 2007, n. 10952; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 agosto 2002, n. 3720);

²³ Secondo Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2021, n. 5541, il giudizio speciale sul silenzio-inadempimento della P.A., non è compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla situazione di inerzia. Non



- b) in presenza di domande manifestamente assurde o totalmente infondate²⁴;
- c) al cospetto di pretese illegali, non potendosi tutelare interessi illegittimi²⁵;
- d) in caso di istanza di riesame di un atto divenuto inoppugnabile per lo spirare del termine di decadenza²⁶;
- e) in caso di richiesta di estensione *ultra partes* di un giudicato²⁷;
- f) in presenza di richieste aventi il medesimo contenuto di un provvedimento in precedenza adottato²⁸, qualora non vengano dedotte circostanze nuove in punto di fatto o di diritto²⁹.

In tali elencate ipotesi, quindi, nonostante l'inerzia della P.A., non potrebbero azionarsi i rimedi giustiziali (in sede amministrativa e penale) considerata l'insussistenza di un obbligo di provvedere.

Sotto un opposto crinale, l'elaborazione giurisprudenziale ha tendenzialmente ampliato le materie e le discipline di settore soggette al dovere di provvedere.

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 P.A.;

²⁴ Oltre alla giurisprudenza citata nella nota che precede, si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 16 maggio 2007, n. 5245;

²⁵ Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012, n. 4065; id., sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181;

²⁶ Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5055; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2019 n. 236. Come ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, n. 2540, la richiesta avanzata dai privati nei confronti dell'Amministrazione al fine di ottenerne un intervento in autotutela è da considerarsi una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, che non fa sorgere in capo all'Amministrazione stessa alcun obbligo di provvedere; invero, i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'Amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è titolare. Le ragioni di tale orientamento risiedono nel fatto che -affermandosi un generalizzato obbligo in capo alla PA di rivalutare un proprio provvedimento anche quando rispetto ad esso siano decorsi i termini per proporre ricorso- sarebbe vulnerata l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e resterebbe lettera morta il regime decadenziale dei termini per impugnare;

²⁷ TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 27 luglio 2021, n. 5268;

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3824. In proposito, si è anche precisato che: "... qualora non sia impugnato il provvedimento di diniego non è possibile la reiterazione della medesima istanza, né l'impugnazione del successivo diniego, laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo, qualora non sussistono fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non presenti nell'originaria istanza o anche una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, in ordine alla legittimazione all'accesso" (TAR Lazio, Roma, sez. III, 03 marzo 2021, n. 2607);

²⁹ Cons. Stato, ad. pl., 20 aprile 2006, n. 7. Con riferimento alla reiterazione della richiesta di accesso, si è precisato che: "... il cittadino potrà reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa in presenza di fatti nuovi non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante all'accesso; e, in tal caso, l'originario diniego, da intendere sempre *rebus sic stantibus*, ancorché non ritualmente impugnato, non spiegherà alcun rilievo nella successiva vicenda procedimentale e processuale. Ma qualora non ricorrano tali elementi di novità e il cittadino si limiti a reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta o, al più, ad illustrare ulteriormente le sue ragioni, l'Amministrazione ben potrà limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa, non potendosi immaginare, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa, in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra privato ed Amministrazione, che l'Amministrazione sia tenuta indefinitivamente a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità ...";



Si pensi alla richiesta di pianificazione di un'area o di un fondo, a seguito della decadenza del vincolo urbanistico espropriativo³⁰. Detta istanza, essendo idonea ad attivare la potestà pubblicistica di settore (cioè il potere pubblico di conferire ad un'area rimasta priva di disciplina urbanistica una nuova destinazione) deve culminare nell'adozione di un provvedimento espresso³¹.

3. Il profilo soggettivo tra presunzione della colpa e relative esimenti.

Altro profilo da accertare per configurare la responsabilità aquiliana della P.A. è quello soggettivo, ovvero verificare se l'amministrazione abbia agito almeno con colpa³².

Non vi è dubbio che una prova in tal senso si presenti eccessiva ed onerosa, non di agevole formulazione, considerata la natura stessa dell'Amministrazione e la difficoltà di ricondurre la scelta e la decisione ad un preciso soggetto agente.

La complessità delle strutture amministrative e la concorrenza di plurime volontà (politiche e gestionali) nella decisione rendono oltremodo difficoltosa la ricostruzione del profilo soggettivo e, quindi, la prova della colpa grave.

La colpa riferita all'amministrazione come apparato, e non al singolo soggetto agente, si attegga in un modo del tutto peculiare nell'ambito della responsabilità aquiliana derivante dall'emanazione di atti illegittimi³³.

³⁰ *Ex multis*, TAR Puglia, Bari, sez. III, 06 agosto 2021, n. 1303; Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2002, n. 3999. Indirizzo confermato da Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2006, n. 8043. In tale sede si è precisato non solo che "... elemento caratterizzante il silenzio nella ritipizzazione delle aree bianche è l'obbligo di provvedere con immediatezza ed in tempi ragionevoli", ma anche che "se l'Amministrazione è libera di adottare la misura ritenuta più idonea allo scopo (variante ad hoc o variante generale), tuttavia resta sempre tenuta a definire con tempestività il procedimento, in relazione al quale è stata presentata la diffida (...). Occorre distinguere, infatti, l'ipotesi della revisione di una disciplina urbanistica superata, che si opera con una variante generale o con la revisione del piano regolatore, e quella della definizione della disciplina urbanistica a seguito della decadenza dei vincoli funzionali all'espropriazione: nel primo caso, sussiste pur sempre una disciplina che regola la costruzione (che è quella del piano da riformare); nel secondo caso, manca totalmente la disciplina delle costruzioni, protraendosi nel tempo quell'inconveniente (inedificabilità dell'area) che il Legislatore ha inteso evitare con la decadenza dei vincoli per decorso del tempo. Per cui, il Comune è obbligato a provvedere in tempi brevi e con sollecitudine (90/120 giorni). In difetto, il decorso del tempo si trasforma in inerzia e questa è illegittima";

³¹ In termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 24 aprile 2009, n. 2166;

³² 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. Sull'ampio dibattito sviluppatosi sul punto, cfr. E. CASETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., 213.

³³ Il riferimento della colpa all'amministrazione vista come organizzazione consente di qualificare la condotta complessiva dell'Ente pubblico come negligente o imperita ogni qual volta l'illegittimità scaturisce da disfunzioni amministrative dovute a carenze organizzative o di funzionamento. Per rilievi critici a tale orientamento, sostenuto soprattutto dalla Cassazione, cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 447;



Sul punto va registrato un tendenziale *revirement* della giurisprudenza che sembra abbandonare la tralaticia ricostruzione dogmatica di un onere probatorio a carico, prevalentemente (ed esclusivamente), del privato.

Significativi spunti esegetici si rinvencono, in *subiecta materia*, nella decisione dell'adunanza plenaria 3 dicembre 2008 n. 13. In essa si richiama il filone giurisprudenziale³⁴, in virtù del quale al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non viene richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della P.A., 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.

A tale orientamento si giustappone un enunciato di principio secondo cui l'imputazione della responsabilità della P.A. non può avvenire sulla base della mera illegittimità dell'atto, giacché ciò si risolverebbe in un'inammissibile presunzione di colpa, ma comporta, invece, l'accertamento in concreto della colpa della P.A., che è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza³⁵.

La prevalente giurisprudenza, nell'aderire al primo dei riferiti orientamenti³⁶, tende ad unificare l'illegittimità con la colpevolezza, nel senso di rinvenire, nell'accertata illegittimità del provvedimento impugnato, anche il profilo soggettivo di un comportamento colposo. Di modo che, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo, possono operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

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.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114; *id.*, 9 giugno 2008, n. 2751;

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242;

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144, in cui si è sostenuto che in sede di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, ai fini della dimostrazione del necessario presupposto della colpa della P.A., non è comunque richiesto al privato danneggiato un particolare impegno probatorio, potendo quest'ultimo 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 questo punto alla P.A. fornire una prova esimente;



Spetterà all'Amministrazione comprovare la sussistenza di un esimente³⁷, 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,
- di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti,
- di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Per cui deve ritenersi sussistente la responsabilità per colpa della P.A. 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 scusabile³⁸; graverà sull'amministrazione intimata in giudizio l'onere di disculparsi, evidenziando e comprovando che l'illegittimità sia riconducibile a difficoltà esegetiche³⁹ indipendenti da mere scelte organizzative dell'Ente⁴⁰.

Laddove, invece, non dovesse intervenire un provvedimento illegittimo e l'amministrazione rimanere silente, l'elemento soggettivo andrà accertato tenendo conto dell'eventuale scusabilità del ritardo, potenzialmente ascrivibile a comportamenti di altri Enti, alla complessità della fattispecie o del quadro normativo di riferimento. Con la conseguenza che, in presenza di fattispecie non complesse o in mancanza di ragioni giustificative del mancato rispetto del termine per provvedere, potrà presumersi la colpa in capo all'amministrazione procedente.

4. L'ingiustizia del danno.

Altro presupposto è che il danno sia ingiusto⁴¹.

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 risarcimento⁴².

³⁷ Assunto ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6110;

³⁸ Il T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 22 luglio 2009, n. 4137, ha riconosciuto la colpa grave dell'amministrazione intimata in giudizio che aveva negato una concessione edilizia, adducendo la mancanza di un piano di lottizzazione in un'area sufficientemente urbanizzata, disattendendo il consolidato indirizzo giurisprudenziale e configurando un'ingiustificata violazione dei canoni di legalità e correttezza;

³⁹ Ad esempio, si è rigettata l'azione di risarcimento dei danni proposta nei confronti di un Comune, per insussistenza del requisito della colpa, tenuto conto, da un lato, che l'annullamento dell'atto amministrativo (in sede giurisdizionale) era stato disposto esclusivamente per vizi formali e, dall'altro, che la vicenda, sotto l'aspetto giuridico, non era di facile soluzione (Cons. Stato, sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5419);

⁴⁰ Si è 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 P.A. (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5004);

⁴¹ Sulla nozione di danno ingiusto, cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 710;



Anche alla stregua del prevalente orientamento della giurisprudenza, si nega l'esistenza di un generale riconoscimento del danno da ritardo, riconnesso alla semplice tardività nell'adozione del provvedimento amministrativo.

Si è statuito che nel nostro diritto positivo non è previsto un meccanismo riparatore dei danni causati dal ritardo procedimentale in sé e per sé considerato⁴³.

L'inerzia amministrativa, per essere sanzionabile in sede risarcitoria, postula non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della sua illegittimità, ma vieppiù il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante, in senso favorevole all'interessato (ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria).

Il *leading case* di tale orientamento può rinvenirsi nella decisione dell'Adunanza plenaria, 5 settembre 2005, n. 5, in cui si afferma che, allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno da ritardo "puro", cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere e, pertanto, l'eventuale danno non è risarcibile quando l'amministrazione abbia adottato, ancorché con notevole ritardo, un provvedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l'interessato.

Detto diversamente, il danno da ritardo non ha un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie da cui scaturisce, dato che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima; né si presenta a guisa di un'ordinaria ipotesi di riparazione per equivalente, tenuto conto che si associa il più delle volte (quando non vi ostano circostanze fattuali sopravvenute) alla riparazione in forma specifica dell'effettivo rilascio (sia pur tardivo) del provvedimento favorevole⁴⁴.

Decisione ribadita dall'Adunanza plenaria del 15 settembre 2005, n. 7, in cui si precisa che il ritardo nell'adempimento degli obblighi procedurali non comporta per ciò solo il risarcimento dei danni per responsabilità dell'amministrazione. Il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il risarcimento per equivalente a carico della P.A. solo quando l'interesse pretensivo abbia ad oggetto la tutela di interessi sostanziali, come nel caso di mancata emanazione o di ritardo nell'emanazione di un provvedimento "vantaggioso" per l'interessato, suscettibile di

⁴² Per un'ampia panoramica sul tema, cfr. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata. Atti del IX convegno biennale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 183;

⁴³ In termini, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162;

⁴⁴ Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, secondo cui: "Non è possibile accordare il risarcimento del danno da ritardo della P.A. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute intangibili per la omessa proposizione di una qualunque impugnativa" (in senso conforme, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 26 ottobre 2017, n. 5023);



appagare un "bene della vita"; situazione non ravvisabile nel caso in cui un provvedimento di segno negativo, ancorché emanato con ritardo, risulti legittimo⁴⁵.

In altri termini, l'interessato può chiedere un ristoro nella sola circostanza che (a seguito di un accertamento *ex post* o della riedizione del potere amministrativo) ottenga un provvedimento positivo e, quindi, il ritardo riguardi un atto di cui, giustamente, lo stesso ne abbia invocato il rilascio⁴⁶.

Nell'opposta circostanza, invece, in cui l'attività procedimentale si concluda con un provvedimento negativo (inoppugnabile o inoppugnato) nessun ristoro può ipotizzarsi, posto che nessuna ingiustizia viene ritenuta configurabile, eccetto quanto ora previsto dal citato comma 1 *bis* dell'art. 2.

Alla luce di tale indirizzo ermeneutico anche se un diniego intervenga dopo lo spirare del *dies ad quem* (ovvero del termine predeterminato per la conclusione del procedimento), all'interessato nulla può riconoscersi (salvo l'esperimento, vittorioso, dei prescritti rimedi giustiziali avverso le ragioni del diniego).

Ne deriva che, nei casi in cui la lesione discenda da una illegittimità provvedimentale accertata solo sul piano dei vizi formali (e, quindi, senza il riconoscimento della fondatezza della pretesa sostanziale), il danno può essere riconosciuto soltanto all'esito della riedizione dell'azione amministrativa correlata all'effetto conformativo del giudicato o, più correttamente, dell'annullamento, che opera, sul piano giuridico, eliminando l'atto che, con la sua adozione, aveva estinto l'obbligo di provvedere sull'istanza privata e riattivando, con ciò, l'obbligo di riprovedere: ciò perché solo all'esito del satisfattivo riesercizio del potere potrà dirsi accertata la spettanza del bene della vita⁴⁷.

Valga sottolinearlo. L'obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse; cosicché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di *chance*.

Anche la più recente giurisprudenza sembra attestarsi su tali conclusioni⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 27 maggio 2009, n. 3859;

⁴⁶ Il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 gennaio 2015 n. 94 ha accolto una domanda, avanzata da una impresa nei confronti di un Comune, di risarcimento del danno subito in conseguenza del ritardo con il quale l'Ente locale ha concluso il procedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione di insegne pubblicitarie. Il Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600, ha riconosciuto il danno da ritardo in caso di concorso concluso dopo dieci anni;

⁴⁷ È quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2019, n. 5737;

⁴⁸ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2020 n. 7622;



Si è ribadito che per poter riconoscere la tutela risarcitoria in tali fattispecie, come in quelle in cui la lesione nasce da un provvedimento espresso, non può prescindersi dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione quanto dalla sua colpevole inerzia e lo rende risarcibile.

L'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stato adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente, ovvero avrebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento. In altri termini, il riferimento, per la risarcibilità del danno, al concetto di "danno ingiusto", ove la posizione tutelata sia quella avente ad oggetto il bene della vita richiesto con l'istanza che ha dato origine al procedimento, non può che postulare la subordinazione dell'accoglimento della domanda risarcitoria all'accertamento della fondatezza della pretesa avanzata, altrimenti si verrebbe alla conclusione paradossale e *contra legem* di risarcire un danno non ingiusto.

Ne consegue, quale corollario, che in materia di risarcimento della lesione di interessi legittimi, non può trovare ingresso il risarcimento del mero interesse procedimentale, in quanto esso non è di per sé qualificabile come bene della vita, suscettibile di autonoma protezione mediante il risarcimento del danno e resta avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale, al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; ai fini della tutela risarcitoria qui divisata si impone la prova rigorosa della spettanza del bene della vita preteso, in stretta correlazione con il giudicato⁴⁹.

Inevitabili sono i riflessi sul piano probatorio; spetta, infatti, al danneggiato dare in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria e quindi del danno di cui si invoca il ristoro per equivalente monetario, con la conseguenza che, laddove la domanda di risarcimento danni manchi dalla prova del danno da risarcire, la stessa deve essere respinta.

Diversi sono i presupposti per riconoscere l'indennizzo da mero ritardo; mentre il risarcimento presuppone la prova del danno e del comportamento colposo o doloso dell'amministrazione nonché del nesso di causalità, la fattispecie dell'indennizzo da ritardo prescinde dalla dimostrazione dei suddetti elementi, essendo sufficiente il solo superamento del termine di conclusione del procedimento⁵⁰.

⁴⁹ L'assunto è di Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2021 n. 1354;

⁵⁰ Come ribadito dal TAR Campania, Napoli, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2346. Tale pronunciato sottolinea, al contempo, che al fine del riconoscimento del diritto all'indennizzo, l'interessato, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento e nel termine perentorio di 20 giorni dalla scadenza del termine entro il quale il procedimento si sarebbe dovuto concludere, deve ricorrere all'Autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art.



5. *Presupposti formali e sostanziali dell'azione amministrativa ex post: i termini dei procedimenti inibitori e la svilita tutela del terzo.*

Nell'ambito della qui trattata direttrice di riforma, si iscrive il processo di trasformazione radicale ed ontologico che ha interessato il modello tradizionale dell'azione amministrativa. Quello tipico ed originario, caratterizzato da una decisione preventiva ad ogni iniziativa intrapresa dal privato, cede progressivamente il passo ad istituti di inibizione postuma, esercitabili anche in corso di svolgimento di attività intraprese sulla base di una preventiva comunicazione dell'interessato⁵¹.

Anche 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.

Sotto tale profilo, la semplificazione è duplice.

In primo luogo, come già osservato, si è ampliata la portata applicativa del "silenzio assenso"⁵², istituto già noto alla giuspubblicistica, ma inizialmente relegato a ruoli marginali poiché previsto solo da alcune normative di settore e costituendo un'ipotesi eccezionale rispetto al "silenzio inadempimento".

Al contempo, per molteplici attività, si è 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 intende intraprendere.

In tale ultima ipotesi, l'amministrazione è notiziata dell'iniziativa a seguito di apposita comunicazione, corredata da autocertificazioni e relazioni tecniche asseverate, tese a comprovare il rispetto del paradigma normativo.

2, comma 9-bis, L. n. 241/1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato; in mancanza la domanda di corresponsione dell'indennizzo non può trovare accoglimento;

⁵¹ Le coordinate di tale processo evolutivo risultano declinate nell'art. 34 del d.l. 6 n. 201/2011, convertito dalla l.n. 214/2011 ("Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli *ex-ante*") ove si è stabilito che "La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità"; ed ancora: "L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità"; ed infine: "Quando è stabilita ... la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito; restano salve le responsabilità per i danni eventualmente arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa";

⁵² Ai sensi dell'art. 17 (Procedimenti di rilascio delle autorizzazioni), del d. lgs. n. 59/2010 (recante l'attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno), "ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241". Sul tema, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, www.federalismi.it, n. 10 del 15/04/2020;



Nel modello di origine, tra la comunicazione e l'iniziativa doveva intercorrere un arco temporale minimo⁵³, onde consentire all'amministrazione di verificare, prima dell'inizio dell'attività, l'eventuale sussistenza di circostanze ostative⁵⁴.

Ad oggi, invece, l'iniziativa può essere intrapresa immediatamente, non imponendosi alcun accertamento o assenso preventivi.

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.

Ovviamente, anche tale intervento inibitorio (seppur postumo) è in grado di arrecare un serio e non ristorabile pregiudizio al privato, riconnesso agli oneri già sostenuti ed agli investimenti programmati.

Pur tuttavia, 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 (altro "pilastro" della normativa comunitaria).

Per tale ragione, l'esercizio del potere di riesame deve rispettare limiti di proporzionalità e ragionevolezza, onde contemperare, da un lato, l'affidamento che matura in capo al privato che ha presentato la formale comunicazione senza "subire" alcun atto inibitorio, dall'altro, di preservare tutti gli altri interessi sottesi.

La scelta operata dal Legislatore si è orientata sull'introduzione di un limite temporale, il cui spirare incide sul potere inibitorio esercitabile.

Precisamente, alla stregua di quanto sancito nell'art. 19 della l. n. 241/1990, 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.

Diversamente, decorso il previsto *dies ad quem* (fissato, in via generale, in sessanta giorni dalla presentazione della comunicazione, eccetto in materia edilizia ove il termine è dimezzato), l'intervento dell'amministrazione è tendenzialmente inibito, potendo ipotizzarsi solo in presenza di "rigorose" circostanze.

⁵³ La versione iniziale dell'art. 19 della l. n. 241/1990 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);

⁵⁴ Tra gli altri, il comma 1, dell'art. 19, risulta modificato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (n. 106/2011), e poi dal comma 1 dell'art. 2, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5. Analogamente il comma 6-bis, concernente gli interventi in materia edilizia, risulta aggiunto dall'art. 5 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e poi modificato dall'art. 6, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. n. 148 del 2011;



Su tali profili è intervenuta la legge 7 agosto 2015 n. 124, il cui art. 6 ha introdotto diverse novità nel tessuto normativo, novellando, *inter alia*, gli artt. 19 e 21 *nonies* della legge n. 241/1990.

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)⁵⁵.

Al contempo, è stata modificata anche tale ultima disposizione, sancendo, nell'ambito del comma 1, un termine preciso e predefinito per l'esercizio del potere di riesame (ovvero diciotto mesi, di recente ridotto a **dodici mesi**)⁵⁶ ed inserendo il comma 2 *bis* che consente di intervenire oltre il predetto termine solo in caso di provvedimenti conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di mendaci dichiarazioni sostitutive.

Sul piano "strutturale" la s.c.i.a.⁵⁷ è costituita dall'autocertificazione dell'interessato, tesa a comprovare la sussistenza dei requisiti soggettivi all'uopo previsti per l'esercizio dell'attività (tra cui i titoli abilitativi, i requisiti professionali o la disponibilità dell'immobile o del bene interessato dall'intervento), e da una perizia⁵⁸ a firma di un tecnico abilitato, riferita alle condizioni di idoneità dei locali all'uopo da utilizzare (la conformità edilizio-urbanistica, l'agibilità, *et similia*).

A fronte della predetta comunicazione (che abilita anche all'avvio immediato dell'attività) si impone all'amministrazione di accertare l'effettiva sussistenza dei requisiti e dei presupposti nel successivo termine di 60 gg⁵⁹.

⁵⁵ Sussiste un'ontologica incompatibilità tra l'istituto della d.i.a.-s.c.i.a. e l'autotutela amministrativa, posto che la natura privatistica di detta segnalazione mal si concilia con un provvedimento di secondo grado teso a rimuovere una precedente determinazione amministrativa. In proposito, si ritiene che la prospettata criticità possa trovare un'ideale conciliazione nella precisazione che con l'art. 21 *nonies* si rimuovono gli effetti prodottisi a seguito della s.c.i.a. e non un atto amministrativo di primo grado;

⁵⁶ In virtù della novella di cui al d.l. n. 77/2021, convertito con la l. n. 108/2021;

⁵⁷ L'istituto della s.c.i.a. costituisce espressione del più ampio processo di liberalizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa. Sul punto v. F.G. SCOCA, *Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, pag. 241; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, pag. 177 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pag. 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3/2018, pag. 405 ss. Sull'istituto in generale si v. M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, pag. 121 ss.; EAD., *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017; EAD., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in *ead.*, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pag. 215 ss.; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pagg. 1223 ss.; B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero l'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pagg. 1328 ss.;

⁵⁸ Non necessaria qualora l'iniziativa non presupponga l'uso di un immobile;

⁵⁹ In materia edilizia il termine è dimezzato. Tra i più recenti contributi in materia, R. MUSONE, *La doverosità nell'an dei poteri di intervento tardivo sulla s.c.i.a.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, 3, 401; E. FREDIANI, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 5, 579; G. LA ROSA – E.L. BONSIGNORI, *Scia e tutela del*



In caso di esito negativo, deve essere adottato un motivato provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti prodotti.

Il *favor* per le iniziative del privato trasuda dalla previsione (sempre del nuovo comma 3) secondo cui, qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente, l'amministrazione, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime; in difetto di adozione delle misure, l'attività si intende vietata.

Oltre il termine suindicato, la PA potrà azionare i soli poteri di cui al comma 4, per il quale: *"Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies"*.

In sostanza, a fronte di una s.c.i.a., tenuto conto della contestuale modifica di cui all'art. 21 *nonies*, può prospettarsi la seguente scansione temporale.

Qualora l'amministrazione verifichi tempestivamente (e nel prescritto termine di 60 gg.) l'assenza di una condizione abilitante l'utilizzo della s.c.i.a. ovvero l'assenza di uno dei presupposti all'uopo previsti, può adottare un atto inibitorio (senza previa comunicazione di avvio del procedimento e senza preavviso di diniego, come previsti, rispettivamente, dagli artt. 7 e 10 *bis* della legge n. 241/1990, non trattandosi di istanza tesa ad ottenere un provvedimento amministrativo).

In tal caso, per evitare facili elusioni del predetto termine, si impone l'adozione e la comunicazione dell'atto inibitorio nel termine previsto⁶⁰, di natura perentoria.

Laddove le suddette carenze⁶¹ dovessero emergere dopo il predetto termine, per inibire l'attività intrapresa (ovvero per rimuovere gli effetti prodottisi) si impone la

terzo dopo la Corte Cost. n. 45/2019, in *Urbanistica e Appalti*, 2019, 4, 480, M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in www.federalismi.it, n. 18/2019;

⁶⁰ Su tale aspetto le posizioni giurisprudenziali sono tutt'altro che univoche. Secondo alcuni (T.R.G.A. Trento, 9 maggio 2013, n. 150): *"E' pur vero che l'atto inibitorio della d.i.a. ha natura di atto recettizio che, ex art. 21bis della L. n. 241 del 1990, acquista efficacia nei confronti del destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata. Peraltro, applicando i principi generali in materia di notifiche a mezzo posta (comma 3 dell'art. 149 c.p.c.; sent. C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477), ne consegue che la decadenza dell'Amministrazione dal potere di inibizione dei lavori è impedita dall'adozione dell'atto e dalla sua tempestiva consegna all'agente postale"*. Per altri (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 febbraio 2013, n. 1165): *"La mancata notifica dell'atto inibitorio nel prescritto termine di 30 giorni di cui all'articolo 23 D.P.R. n. 380/2001 comporta il consolidamento dell'attività denunciata, la cui eventuale non conformità a legge può essere fatta valere dall'amministrazione comunale nei limiti dell'esercizio del potere di autotutela"*. La natura perentoria del termine in esame è stata affermata anche da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 giugno 2019, n. 3259, Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5741;

⁶¹ Evidentemente non può trattarsi di mere carenze formali (quale l'assenza di un documento di riconoscimento o di un documento prescritto a corredo della segnalazione);



preventiva verifica di tutti i presupposti prescritti per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela, incluso il relativo limite temporale (*id est*: dodici mesi)⁶².

In altri termini, il potere di intervento dell'amministrazione sussiste anche dopo la scadenza del termine perentorio per la verifica della legittimità della s.c.i.a., ma trova una diversa base giuridica, potendo essere esercitato solo in presenza dei presupposti individuati dall'art. 21 *nonies* (per l'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi); come affermato in sede giustiziale, "*sebbene la d.i.a. e la s.c.i.a. non abbiano natura di provvedimenti amministrativi taciti, gli effetti di esse possono essere legittimamente rimossi, tardivamente, mediante un potere che condivide con quello di annullamento d'ufficio i termini e le condizioni di esercizio*", ossia in virtù dell'adozione di specifici provvedimenti, volti alla rimozione degli effetti della s.c.i.a., con esternazione delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la loro adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati⁶³.

Pertanto, una volta scaduto il termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, subentra in capo all'amministrazione un potere residuale, utile a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, da esercitare nel rispetto del limite di tempo ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi⁶⁴.

Un potere inibitorio (e di rimozione degli effetti) *sine die* può essere esercitato laddove dovessero emergere dichiarazioni mendaci o false rappresentazione dei fatti, alla stregua del combinato disposto dell'art. 19, comma 4, e dell'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della legge sul procedimento.

Al contempo, sul piano procedimentale, per garantire un idoneo temperamento dei contrapposti interessi e per una adeguata ponderazione anche del pregiudizio che il privato subirebbe, risultano doverosi la comunicazione di avvio del procedimento e un articolato supporto motivazionale, con il quale si esternino gli interessi pubblici sottesi alla fattispecie e potenzialmente lesi; onere motivazionale che svilisce qualora dovesse emergere il mendacio del privato.

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* concernente la revoca), in tal modo "rafforzando" la posizione del privato.

⁶² Si è ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale un Comune, a distanza di nove mesi dal consolidamento di una scia, presentata per il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, da uffici a residenza, ha annullato in autotutela la scia stessa, senza esternare le ragioni di pubblico interesse attuale e concreto, diverse dal ripristino della legalità violata, nonché le ragioni che hanno indotto la PA a disattendere le deduzioni del privato (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 luglio 2019, n. 1298);

⁶³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-B, 25 maggio 2017, n. 6262;

⁶⁴ T.A.R. Campania, Napoli, 3259/2019, cit;



D'altro canto, mentre il precedente comma 4 consentiva interventi "tardivi" (ovvero oltre i 60 gg.) solo per evitare un danno agli interessi sensibili ivi contemplati (*recte*: il patrimonio artistico e culturale, l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale), la novella richiama i presupposti dell'art. 21 *nonies*, 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 tanto si occupa l'ultimo comma dell'art. 19⁶⁵, 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 Leggi⁶⁶, le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter (su stimolo del controinteressato) sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i 60 o 30 giorni dalla presentazione della s.c.i.a., e poi entro i successivi 18 mesi (*ndr*: 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. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue⁶⁷.

Sempre secondo la Corte, ciò non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, 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

⁶⁵ Il comma 6 ter dell'art. 19 (aggiunto dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), nel premettere che la s.c.i.a. e la d.i.a. non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, precisa che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (ovvero il rito speciale avverso il silenzio inadempimento);

⁶⁶ Corte Cost. n. 45 del 13 marzo 2019 e n. 153 del 20 luglio 2020. Su tale seconda decisione, cfr L. GISI, *Scia e tutela del terzo (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 2020)*, in www.federalismi.it, n. 36/2020, pagg. 71 e ss.;

⁶⁷ La Corte conclude evidenziando che: "Nella 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)".



sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.

6. *La sorte del provvedimento tardivo nell'atecnica disciplina del decreto semplificazioni (n. 76 del 2020).*

Ulteriore, ma non secondario, presupposto per l'applicabilità dell'art. 2-bis è il mancato rispetto del termine per provvedere.

Del resto, il solo riconoscimento dell'obbligo di provvedere, non collegato alla certezza nel *dies ad quem*, sarebbe stato inadeguato per contrastare l'inerzia amministrativa⁶⁸.

Ragion per cui il Legislatore è opportunamente intervenuto anche sotto l'aspetto temporale, rinviando ai termini fissati nelle singole normative di settore (legge statale o atti equiparati, leggi regionali, regolamenti governativi e regionali, fonti di autonomia locale) o, in via residuale, nella stessa legge sul procedimento; in mancanza di qualsiasi previsione di un *dies ad quem*, il termine residuale di conclusione del procedimento è sancito in trenta giorni⁶⁹.

In tale contesto va evidenziato come la legge n. 69/2009 abbia risolto una delle maggiori criticità derivanti dalla formulazione dell'art. 2 seguita alla novella di cui alla legge n. 15/2005, la cui applicazione era di incerta configurazione⁷⁰; ha sancito *ex professo* l'obbligo anche per le autonomie locali di rimodulare i tempi dei procedimenti di loro competenza, entro un anno dall'entrata in vigore della legge (termine spirato il 3 luglio 2010); in mancanza, non potranno più applicarsi termini superiori ai novanta giorni, restando efficaci solo quelli inferiori.

Di significativo interesse è la previsione⁷¹ di un mero effetto sospensivo (e non interruttivo⁷²) all'eventuale richiesta di integrazione documentale concernente fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni; con la conseguenza che, una volta prodotta l'integrazione, all'amministrazione resta (per

⁶⁸ Sul tema, M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico, e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 372 ss.; prima ancora, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995;

⁶⁹ Il termine di 30 giorni era già previsto nella versione originaria della legge, poi modificata (con la previsione del termine di 90 giorni) con la novella del 2005;

⁷⁰ Sulle novità introdotte dalla legge n. 15/2005, si rinvia alle opere di G. BACOSI - F. LEMETRE, *Le nuove sembianze del procedimento amministrativo: ecco la l. n. 15/2005*, in *Foro Amm.-CdS.*, 2005, 2401; G. FERRERO - F. RISSO, *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Prime riflessioni su alcuni aspetti di particolare rilievo*, in *Foro Amm.-CdS.*, 2005, 2784; V. CERULLI IRELLI, *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)*, in www.astridonline.it; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in www.giustamm.it;

⁷¹ Di cui all'art. 2, comma 7, della legge n. 241/1990, nel testo novellato;

⁷² Capace, quest'ultimo, di creare un vero e proprio arresto procedimentale, a seguito del quale il termine per provvedere decorre *ex novo*;



concludere il procedimento) il solo tempo non ancora decorso che si aggiunge a quello già maturato all'atto della richiesta di integrazione.

Ai fini del computo, il termine di conclusione del procedimento viene fatto decorrere dal ricevimento dell'istanza⁷³ (ovvero dall'acquisizione della stessa al protocollo), risultando irrilevante il tempo occorrente (per ragioni organizzative dell'ente) per il concreto avvio dell'istruttoria e per la nomina del responsabile del procedimento.

Va, infine, precisato che la predeterminazione del termine di conclusione del procedimento è da ricondurre a previsioni di carattere generale (in assenza di disposizioni legislative, almeno in sede regolamentare), essendo da rifuggire qualsiasi determinazione (caso per caso) ad opera del responsabile del procedimento (anche se organo di vertice della struttura amministrativa).

Si è ampiamente dibattuto se al termine di conclusione del procedimento possa attribuirsi, o meno, una natura perentoria, nonché se sia sanzionabile (in termini di illegittimità) l'eventuale provvedimento "tardivo".

I due aspetti sono strettamente collegati.

Cominciamo dal primo.

Per pacifiche acquisizioni giurisprudenziali, il *dies ad quem* del procedimento amministrativo viene ritenuto meramente ordinatorio o sollecitorio, il cui decorso (salvo i casi in cui sia stabilito espressamente) non determina il venir meno del potere amministrativo⁷⁴.

Per usare un'espressione probabilmente non raffinata, ma certamente esplicitiva, può ritenersi che il potere di provvedere non si "consuma", residuando, in capo all'amministrazione procedente, anche in caso di inutile decorso del termine, la possibilità (e, pertanto, l'obbligo) di determinarsi.

Del resto, tale assunto preserva anche l'interesse di cui è portatore il privato-amministrato, il quale, in caso di "consumazione" del potere, dovrebbe necessariamente azionare i rimedi giustiziali per ottenere il provvedimento invocato. Precipitato di tale assunto è che il provvedimento tardivo non è sanzionabile *ex se*, ovvero per il superamento del termine per provvedere⁷⁵.

⁷³ È quanto sancisce il novellato art. 2, comma 6, della legge n. 241/90;

⁷⁴ 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.;

⁷⁵ Si è detto anche che l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento non è comunque causa di invalidità del provvedimento che sia stato emesso tardivamente, poiché dopo la scadenza del predetto termine non viene meno il potere-dovere della P.A. di attivarsi comunque per il soddisfacimento degli interessi pubblici affidati alle sue cure (T.A.R. Sardegna, sez. II, 14 giugno 2021, n. 435);



Precisamente, quest'ultimo non potrebbe contestarsi per il solo fatto di essere tardivo, non configurando, tale aspetto, un vizio del provvedimento (oltre quelli tipici dell'art. 21 *octies*, comma 1, della l. n. 241/90).

Resta salva la possibilità di richiedere il ristoro dei danni derivanti da un'azione amministrativa "colposamente" tardiva (come sopra ampiamente argomentato).

In sintesi, i termini previsti dall'art. 2 della l. n. 241/1990 per la conclusione del procedimento hanno natura acceleratoria, non contenendo la norma alcuna prescrizione in ordine alla loro perentorietà, né alla decadenza della potestà amministrativa, ovvero all'illegittimità del provvedimento adottato tardivamente⁷⁶.

Il mancato rispetto del termine previsto per l'esercizio del potere amministrativo non solo non connota d'illegittimità la stessa azione amministrativa ma, in via di principio, non è tale da ingenerare in capo agli interessati alcun legittimo affidamento in ordine alle future modalità di svolgimento della stessa, permanendo inalterato, in capo all'ente pubblico, il potere di provvedere, nei suoi connotati formali e sostanziali.

Diversamente, come già visto, il termine di sessanta (o trenta) giorni previsto in tema di s.c.i.a. è da considerarsi perentorio, con la conseguenza che, una volta decorso, l'amministrazione può provvedere solo con l'esercizio del potere di autotutela.

Una precisazione si impone.

Le citate considerazioni sono incompatibili con il silenzio-significativo.

Qualora, cioè, all'inerzia, la normativa di settore attribuisca una valenza provvedimentale, sia essa di silenzio-assenso che di silenzio-rifiuto, all'inutile decorso del termine per provvedere segue un "qualificato" effetto giuridico⁷⁷.

Per cui, ove sia previsto il silenzio-assenso, in caso di inerzia, il provvedimento si intende rilasciato implicitamente, cosicché l'interessato potrà esercitare l'attività sulla base dell'istanza prodotta e dopo il decorso del termine all'uopo fissato.

⁷⁶ Il T.A.R. Lazio, Roma, I *quater*, 3 settembre 2008, n. 8026, ha precisato che l'art. 2 della L. n. 241 del 1990, nel prevedere il termine finale per l'esercizio della potestà amministrativa, non attribuisce allo stesso il carattere della perentorietà o qualifica in senso provvedimentale l'inerzia dell'amministrazione; ne consegue che il decorso del termine per l'adozione del provvedimento finale non comporta, in capo all'amministrazione, la perdita del potere di provvedere, ma produce solo l'effetto di abilitare l'interessato ad esperire l'azione prevista per la declaratoria d'illegittimità del silenzio-inadempimento;

⁷⁷ Il provvedimento di assenso tacito non può formarsi in mancanza della documentazione completa prescritta dalle norme di settore, in quanto l'eventuale inerzia della PA non può far conseguire agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero mai conseguire in virtù di un provvedimento espresso (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II stralcio, 18 gennaio 2021, n. 693). Il silenzio-assenso previsto si forma a seguito del decorso del termine stabilito dalla legge (senza necessità di ulteriori istanze o diffide), a condizione che sussistano i requisiti formali previsti dalla legge e che, quindi, la domanda sia presentata da un soggetto legittimato ad un'amministrazione che ha l'obbligo di provvedere e deve essere completa della documentazione prescritta, anche al fine di dimostrare che non sussiste nessuno degli interessi sensibili ostativi di per sé alla formazione del silenzio assenso. In questa prospettiva, l'insussistenza dei requisiti sostanziali non impedisce il formarsi del silenzio assenso ma può giustificare, ricorrendone i presupposti, l'esercizio dei poteri di autotutela e l'impugnazione giudiziale (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 512);



Analogamente, ove sia prevista una fattispecie di silenzio-rifiuto (si pensi alla richiesta di accesso ai documenti che sia rimasta inevasa), l'inerzia equivale ad un provvedimento negativo (come sancisce l'art. 25 della l. n. 241/90), avverso il quale è possibile esperire i prescritti rimedi giustiziali.

In entrambe le suddette ipotesi, una volta decorso il termine per provvedere, l'amministrazione non può adottare un mero provvedimento di primo grado (positivo o negativo che sia), dovendo agire in autotutela qualora la determinazione che intende assumere sia di contenuto opposto all'effetto del silenzio⁷⁸.

In altre parole, se la legge (o un regolamento) prevede che dopo il termine per provvedere si formi il silenzio-assenso, l'eventuale provvedimento favorevole tardivo avrà natura confermativa di un titolo già rilasciato implicitamente; qualora, invece, la PA intenda negare l'autorizzazione richiesta dovrà rispettare le regole ed i criteri per i procedimenti di secondo grado (nella specie, l'annullamento in autotutela del silenzio assenso che si assume illegittimamente formato).

Resta, quindi, da chiedersi quale sia la sorte del provvedimento negativo e di quello inibitorio adottati dopo il formarsi del silenzio assenso implicito.

Su tale profilo è intervenuta la novella di cui al citato decreto semplificazioni (d.l. n. 76 del 2020) che *-inter alia-* ha introdotto nel tessuto normativo dell'art. 2 della legge sul procedimento il comma 8-*bis*.

Ivi si prevede 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)⁷⁹, 14-*ter*, comma 2⁸⁰, 17-*bis*, commi 1⁸¹ e 3⁸², 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 all'articolo 19, comma 3 e 6-*bis*, sono inefficaci.

Si fa salvo, conformemente agli indirizzi ermeneutici sopra esposti, l'annullamento d'ufficio, in presenza dei relativi presupposti⁸³.

Appare evidente come la riforma intenda recepire le conclusioni rassegnate dalla citata giurisprudenza che, come detto, sanziona(va) le determinazioni assunte tardivamente, rispetto ai termini di configurazione di un provvedimento abilitativo

⁷⁸ Per analoghe considerazioni, cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 13 aprile 2021, n. 121. 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 *fictus illegittimamente formatosi*";

⁷⁹ Quarantacinque giorni per l'assunzione di determinazioni in sede di conferenza di servizi;

⁸⁰ Quarantacinque giorni per la conclusione della conferenza di servizi simultanea;

⁸¹ Trenta giorni per atti di assenso, di concerto o nulla osta;

⁸² Novanta giorni per l'assenso di amministrazioni preposte alla tutela ambientale e paesaggistica;

⁸³ Evidentemente riferito al titolo abilitativo *formatosi implicitamente* e agli effetti derivanti dalla s.c.i.a., alla stregua del combinato disposto degli artt. 19, 20 e 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo, ferma la sussistenza dei presupposti all'uopo prescritti;



per *silentium* ovvero rispetto al limite temporale di provvedimenti inibitori degli effetti della s.c.i.a.

Tuttavia, la previsione dell'inefficacia dell'atto tardivo si presta a plurime criticità al punto da sterilizzare la finalità stessa perseguita dal Legislatore.

La distinzione tra validità ed efficacia del provvedimento appare già nei primi trattati dell'atto amministrativo; in genere la scienza del diritto amministrativo ha seguito le evoluzioni di quella privatistica, salvo però a vedere talora la differenza tra negozio privato e provvedimento nel fatto che solo per il secondo sussisterebbe indipendenza tra le due nozioni⁸⁴.

In teoria generale l'efficacia pone un problema che è 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 disgreganti⁸⁵.

Nel diritto comune, l'inefficacia in senso lato non costituisce una categoria autonoma ma piuttosto un modo di essere del negozio che accomuna in via descrittiva ipotesi disparate, ogniquale volta 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 diritto⁸⁶.

Né può ipotizzarsi che l'inefficacia configurerebbe, in ogni caso, un'ipotesi di nullità⁸⁷. Il dettato normativo non abilita a sostenere tale conclusione.

Il vero problema è 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 per beneficiare degli effetti favorevoli derivanti dal decorso del tempo.

⁸⁴ Su tali tematiche classiche, R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento amministrativo e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 613;

⁸⁵ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 3 ss;

⁸⁶ Sull'inefficacia in diritto civile, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, estratto da *ID.*, Manuale di diritto privato, Napoli, 2019;

⁸⁷ Per G. 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»;



Cosicché, a fronte di un diniego "tardivo" o di un atto inibitorio "postumo", l'interessato è comunque onerato della contestazione degli stessi in sede giustiziale al fine di ottenere una pronuncia caducatoria.

Con la paradossale conseguenza che, in caso di mezzo impugnatorio non ammissibile in rito (perché tardivamente proposto o depositato) resterebbe formalmente l'atto "inefficace", con le connesse incertezze sul piano applicativo.

Come osservato⁸⁸, la tecnica dell'inefficacia nella sua operatività concreta potrebbe rivelarsi più uno strumento di complicazione che di semplificazione, tanto che si è proposta la sanzione della nullità con i suoi corollari: rilevabilità da chiunque vi abbia interesse, rilevabilità d'ufficio dal giudice, imprescrittibilità, insanabilità⁸⁹.

Senonché, come già detto, non sembra che tale tesi possa trovare suffragio nella novella qui in commento.

Né il vantaggio è connesso ad un più ampio arco temporale per ricorrere, posto che, non versandosi nell'ipotesi di nullità, resta il termine decadenziale ordinario.

Si rende necessario, poi, prevenire sviate conclusioni favorite dalla mera interpretazione letterale del comma 8-bis in esame.

Come detto, ivi si prevede l'inefficacia dei provvedimenti tardivamente adottati, nei procedimenti di semplificazione menzionati.

Così come scritta, la norma sembra penalizzante per l'amministrato.

L'inefficacia, infatti, dovrebbe riguardare solo i provvedimenti di diniego, non quelli di accoglimento dell'istanza.

Vuol dirsi che, qualora dopo lo spirare del termine, l'amministrazione dovesse determinarsi in senso favorevole, non avrebbe senso ritenere inefficace un provvedimento "confermativo" del titolo implicitamente già rilasciato.

Per quanto tardiva, infatti, tale decisione 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).

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.

In tale ottica il dettato normativo si presenta anche letteralmente inappropriato.

7. L'inesauribilità del potere amministrativo e la competenza "concorrente" sostenuta dalla discutibile decisione della Plenaria (n. 8 del 2021).

⁸⁸ Sono considerazioni di M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pag. 174 ss.;

⁸⁹ Su una articolata ricostruzione, storico-giuridica, della nullità (formale e strutturale) dell'atto amministrativo, con particolare riguardo al *revirement* della Plenaria (sent. n. 2 del 1992), alla vigente disciplina normativa (art. 21 *septies* della legge sul procedimento) ed ai relativi risvolti processuali, si veda F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, n. 1-2021, pag. 135 ss., ed i richiami dottrinari ivi indicati;



Nonostante la commentata riforma normativa, resta aperta la problematica concernente l'eventuale consumazione del potere di provvedere a fronte della nomina di un Commissario *ad acta*⁹⁰; fattispecie configurabile laddove non sia contemplato un silenzio significativo.

Secondo una prima risalente impostazione⁹¹, il potere-dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia verrebbe meno già dopo la nomina del commissario *ad acta*.

In base ad un secondo orientamento, maggioritario nella giurisprudenza più recente, l'esautoramento dell'organo inottemperante (*recte*: inadempiente) si verificherebbe solo con l'operatività dell'investitura commissariale o, per dirla diversamente, dopo il suo insediamento che attuerebbe il definitivo trasferimento del *munus* pubblico dall'ente che ne è titolare per legge a quello che ne diviene titolare in ragione della sentenza del giudice amministrativo⁹².

Al fine di dirimere i contrapposti orientamenti è stato richiesto l'intervento della Plenaria, con l'ord. n. 6925, del 10 novembre 2020, resa dalla VI sez. del Cds.

Con la decisione del 25 maggio 2021, n. 8, la Plenaria ha ritenuto che *"gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, non potessero essere considerati affetti da nullità, poiché essi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario medesimo; tali atti potranno essere, ricorrendone le condizioni, dichiarati nulli dal giudice per la diversa ipotesi di violazione o elusione del giudicato (art. 21-septies, l. n. 241 del 1990), ovvero annullati perché ritenuti illegittimi"*

⁹⁰ Per una ricostruzione storico-dottrinale della figura commissariale, v. S. PIGNATARO, *Il commissario ad acta nel quadro del processo amministrativo*, Bari, 2019;

⁹¹ La tesi è stata sostenuta da Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378, secondo cui *"non è sufficiente il mero decorso del termine fissato in sentenza per provvedere affinché l'amministrazione perda il relativo potere, rimanendone invece titolare fintantoché il commissario ad acta non si sia insediato, in quanto soltanto all'atto del suo insediamento si verifica un definitivo trasferimento di poteri, rimanendo precluso all'amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, con conseguente nullità degli atti da essa compiuti oltre la suddetta data"*. Nello stesso senso *id.*, Sez. IV, 1° dicembre 2014, n. 5912; *id.*, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975; *id.*, 27 marzo 2013, n. 1768; *id.*, 21 maggio 2010, n. 3214;

⁹² Secondo tale impostazione *"... la nomina del commissario ad acta non determina di per sé l'esaurimento della competenza della p.a., in quanto sostituita, a provvedere all'ottemperanza al giudicato, in quanto il venir meno dell'inerzia della stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario, secondo i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza ed essendo indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall'amministrazione, piuttosto che dal commissario, perché l'attività resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice"* (Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378; *id.*, Sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1300; *id.* 9 novembre 2015, n. 5081; *id.* 3 novembre 2015, n. 5014; *id.* 1° dicembre 2014, n. 5912; *id.*, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2244; *id.* 18 dicembre 2009, n. 8409, *id.*, Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764). In dottrina, la tesi secondo cui il potere di provvedere persiste anche dopo la nomina del Commissario è sostenuta da A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, pagg. 907 ss., secondo cui *"questa soluzione, sul piano generale, rinviene una giustificazione, tra l'altro, nel principio di separazione tra funzioni giurisdizionali e funzioni amministrative che, anche in presenza di una giurisdizione di merito, dovrebbe essere assicurato (avuto riguardo anche agli altri principi rilevanti) nei limiti massimi consentiti. Si potrebbe, pertanto, ritenere che il commissario, prima di adottare le misure attuative del giudicato, debba accertare se l'amministrazione abbia adempiuto, ancorché in un momento successivo al termine assegnato dal giudice amministrativo"*;



all'esito di domanda di annullamento in un ordinario giudizio di cognizione, ma non possono in ogni caso essere considerati emanati in difetto assoluto di attribuzione e, per questa ragione, ritenuti affetti da nullità; b) il commissario ad acta nominato dal giudice potrà esercitare il proprio potere fintanto che l'amministrazione non abbia eventualmente provveduto; qualora persista il dubbio del commissario in ordine all'esaurimento del proprio potere per intervenuta attuazione della decisione (poiché, ad esempio, questa è reputata dal commissario parziale o incompleta), lo stesso potrà rivolgersi al giudice che lo ha nominato, ai sensi dell'art. 114, comma 7, del c.p.a.; c) gli atti emanati dal commissario ad acta, non essendo espressione di potere amministrativo, non sono annullabili dall'amministrazione in esercizio del proprio potere di autotutela; qualora l'amministrazione intenda dolersi di tali atti (ritenendoli illegittimi ovvero non coerenti con il comando contenuto nella decisione del giudice), potrà esclusivamente rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero al giudice del silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.; d) 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".

Da una prima sommaria analisi, alcune delle conclusioni rassegnate dalla Plenaria non sembrano pienamente convincenti, anche perché potrebbero alimentare meccanismi farraginosi e atipici, in special modo in presenza di determinazioni assunte sia dall'amministrazione inadempiente che dall'organo commissariale.

Si potrebbe arrivare al punto che il Giudice dell'esecuzione (meglio: dell'ottemperanza o del silenzio, per utilizzare la terminologia della Plenaria) sarebbe chiamato a stabilire (nel caso di provvedimenti adottati sia dalla P.A. che dal Commissario) quale decisione debba prevalere, sulla scorta (sembra) di un criterio temporale o di tempestività della decisione rispetto al quale potrebbe addirittura risultare dirimente (e fuorviante) il comportamento del privato (il quale, ad esempio, potrebbe avere interesse a riscontrare le richieste di integrazione o rettifica formulate dall'uno o dall'altro, tenuto conto della prospettazione ad esso più favorevole).

Né appare convincente il presupposto su cui si basa la decisione della Plenaria ovvero che nessuna norma di diritto positivo abiliterebbe a ritenere la P.A. esautorata dal potere, per cui, allo stato, non potrebbe precludersi alla stessa, anche dopo l'insediamento del Commissario *ad acta*, di adottare la decisione amministrativa.

Vero è, invece, che proprio il paradigma normativo richiamato per disporre la nomina di un Commissario *ad acta* deve ritenersi esaustivo per trasferire a questi la titolarità (temporanea) della funzione amministrativa.

Non c'è bisogno di altra previsione.

Se l'ordinamento contempla la nomina di un organo sostitutivo, implicitamente e conseguentemente dispone un effetto "abdicativo" a favore di quest'ultimo, a



decorrere, preferibilmente, dalla relativa nomina o, tutt'al più (sulla scorta dell'orientamento pretorio che si era consolidato), dal relativo insediamento.

Tale soluzione avrebbe plurimi effetti favorevoli.

Da un lato, semplificherebbe i rapporti con gli amministrati, i quali avrebbero un unico interlocutore e non potrebbero temere decisioni a sorpresa o contrapposte.

Dall'altro, eviterebbe il moltiplicarsi di azioni giudiziarie (di natura impugnatoria o in ottemperanza) volte a dirimere conflitti conseguenti a duplici interventi a conclusione del medesimo procedimento; il tutto a vantaggio della certezza delle situazioni giuridiche, che rappresenta uno dei fattori cardine dell'ordinamento giuspubblicistico, nonché della tempestività della definizione del procedimento, che costituisce il fine perseguito dalle novelle sopra commentate⁹³.

8. Brevi riflessioni conclusive.

La finalità di valorizzare il tempo come bene della vita rappresenta una positiva novità ordinamentale, nell'ottica di un più equilibrato rapporto tra amministrazione e privato/richiedente.

Si scalfisce, ulteriormente, quel tradizionale prototipo di "amministrazione contro" che permea la "*communis opinio*".

Tuttavia, la portata della riforma non sembra particolarmente innovativa, né introduce canoni ermeneutici capaci di favorire radicali cambiamenti.

Del resto, anche l'eventuale azione risarcitoria potrebbe risultare solo lievemente implementata o favorita in considerazione dei plurimi filtri cui soggiace.

In tale ottica, non sembra che la riforma costituisca una leva decisiva verso un'amministrazione celere e tempestiva, capace di riscontare, in tempi ragionevoli, le istanze del cittadino/amministrato, in special modo ove siano funzionali alla promozione di iniziative produttive e imprenditoriali.

Sarebbe stato meglio prevedere, a fronte di provvedimenti tardivi, l'obbligatorietà di una loro rimozione in autotutela, onerando, eventualmente, l'interessato della sola formalizzazione di una richiesta di riesame.

Di certo una ricaduta positiva potrebbero avere le misure premiali, al fine di incentivare le cc.dd. *best practices* e le azioni virtuose (invero, sempre più diffuse), individuando (e premiando), nell'ambito dell'assetto organizzativo dell'Ente, le figure professionali alle quali tali azioni sono riconducibili.

Possibili rimedi potrebbero rinvenirsi (come del resto spesso avviene) in un'interpretazione evolutiva da parte della giurisprudenza, chiamata, in sede di contenzioso, ad accertare la ricorrenza dei predetti presupposti e, quindi, a valutare

⁹³ Sul tema, F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, p. 36.; M. CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, p. 1;



quando il danno sia ingiusto e sia riconducibile ad un'azione almeno colposa della P.A., con interpretazioni estensive dell'ingiustizia e della colpa.

Allo stesso tempo sarebbe auspicabile un "consolidamento" della vigente normativa, evitando continue e (spesso) incomprensibili "novelle" o modifiche, riconducibili, peraltro, a provvedimenti "omnibus" o di "mille proroghe", visto che ad esse (non può revocarsi in dubbio) sono imputabili incertezze e dannosi ritardi.