GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione

di Antonio Bartolini

27 luglio 2021

Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione [1]

di Antonio Bartolini

1. Con queste brevi note si vogliono mettere in evidenza le più recenti novità, in tema di ”tempi del procedimento amministrativo”.

Da un lato, verranno evidenziate le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che hanno apportato delle modifiche alla l. n. 241/90, volte a dare certezza ai tempi del procedimento amministrativo. Dall’altro lato, si considererà la recente pronuncia di Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 23 aprile 2021, n. 7, con cui sono stati espressi importanti principi sulle vicende riguardanti i tempi procedimentali.

2. Il d.l. n. 77/2021, come noto, ha introdotto misure organizzative, di accelerazione e di semplificazioni dirette a consentire al nostro paese di rispettare i *milestones* segnati dal c.d. *recovery plan* (PNRR).

Tra queste misure, alcune hanno riguardato la legge n. 241/90, con particolare riguardo ai poteri sostitutivi in caso di inerzia della amministrazione, alla certezza della formazione del silenzio

assenso ed all'abbreviazione del termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio.

Principiando dalle modifiche apportate all'art. 2 della l. 241/90, il d.l. n. 77/2021 con l'art. 61, ha modificato sia il comma 9-*bis* che il comma 9-*ter* del predetto art. 2.

La novità è consistita nell'aver dato il potere alle amministrazioni di "individuare" una "unità organizzativa" cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia (mentre la regola previgente, peraltro confermata dalla novella del 2021, era solamente quella di dover individuare un dirigente apicale responsabile del potere sostitutivo).

La seconda novità è quella di aver stabilito che il predetto potere sostitutivo non sia più ad inziativa di parte, ma che debba essere esercitato d'ufficio dall'unità organizzativa preposta o dal dirigente apicale.

La portata delle due disposizioni è, a mio avviso minimale, e non tocca i veri problemi che riguardano il rispetto sui tempi del procedimento: ma su qusto aspetto avremo modo di tornarci sopra *amplius infra*.

3. Con l'art. 62, del d.l. 77, si introducono, invece, disposizioni volte a dare certezza sulla formazione del silenzio assenso previsto dall'art. 20, l. 241/90.

Si stabilisce, infatti, che l'interessato possa chiedere all'amministrazione competente di rilasciare in via telematica un'attestazione circa la formazione o meno del silenzio: in particolare si dispone che l'amministrazione rilascia un'attestazione "*circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda*" (così il nuovo art. 20, comma 2-*bis*).

Inoltre, se l'amministrazione non provvede nel termine di dieci giorni, l'interessato può attestare, con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, la formazione del silenzio-assenso.

Analoga disposizione era già stata introdotta per il permesso di costruire con la l. 120/2020: peraltro, questa disposizione (art. 20, comma 8, t.u. edilizia) non prevede il meccanismo della dichiarazione sostitutiva. Sicchè, per il noto principio della *lex generalis* si deve ritenere che la disciplina speciale contenuta nel t.u. dell'edilizia vada integrata con quella della l. 241/90, per cui anche per il permesso di costruire dovrebbe valere il nuovo meccansimo, affidato alla dichiarazione sostitutiva dell'interessato, introdotto dal d.l. 77/2021.

La novella all'art. 20 presenta, peraltro, alcune questioni problematiche.

In primo luogo, non è chiarissimo l'ambito di estensione della attestazione, meglio della certificazione, ovvero se riguardi solamente l'*an* della formazione del silenzio assenso, oppure anche il *quomodo*, coinvolgendo pure la legittimità della sua formazione.

Il dubbio nasce dal fatto che la disposizione dapprima prevede che l'attestazione riguardi non solo "l'avvenuto decorso dei termini del procedimento", ma anche "l'intervenuto accoglimento della domanda": infatti, se l'amministrazione è tenuta ad attestare "l'intervenuto accoglimento della domanda", questo potrebbe portare a dire che l'attestazione della formazione del silenzio è un vero e proprio provvedimento espresso comportante esercizio di discrezionalità sulla sussistenza dei presupposti di formazione.

Questo dubbio, però va fugato: si tratta pur sempre di un'attestazione, di una certificazione, priva di contenuto volitivo, essendo una dichiarazione di scienza riferibile solo alla scadenza del termine. Cioè l'attestazione non può essere equiparata a provvedimento espresso e non impone all'amministrazione di fare verifiche sui presupposti relativi ai presupposti sull'accoglibilità. Se, infatti, l'amministrazione a seguito della richiesta si accorge che il silenzio è intervenuto *contra legem*, sarà semmai tenuta ad avviare un procedimento di annullamento del silenzio attestato.

In secondo luogo, problemi interpretativi li pone la natura della dichiarazione sostitutiva. Trattasi infatti di una dichiarazione che sostituisce una attestazione, cioè una certificazione: e qui già c'è una confusione di piani.

Orbene tale dichiarazione è equipollente alla attestazione amministrativa, sicchè ci si deve chiedere se si tratti di atto privato o, invece, di una vera e propria attestazione rilasciata nell'esercizio privato di pubbliche funzioni.

La *ratio* della norma sembrerebbe deporre a favore di quest'ultima tesi (per la necessità di chiudere il cerchio): sicchè sembrerebbe che l'interessato sia diventato un commissario civico alla certezza dei tempi procedimentali.

4. . Con l'art. 64, si è proceduto a modificare l'art. 21-nonies, l. 241/90, riducendo il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio degli atti autorizzatori e delle sovvenzioni, passando da 18 a 12 mesi. C'è peraltro da

chiedersi se un termine così ridotto sia effettivamente ragionevole

5. A mio modo di vedere, queste disposizioni sono assolutamente insufficienti, se lo scopo – come lo è – è quello di di accelerare i procedimenti amministrativi, in relazione al PNRR che impone il rispetto rigorso dei *miles stones*individuati dal medesimo Piano.

Il giudizio di insufficienza deriva dalla constatazione che mentre il legislatore spinge per accelerare, la giurisprudenza come Penelope di notte, disfa di notte la tela legislativa faticosamente creata.

Cerco di spiegarmi meglio.

Non si può sottacere che nell'aprile scorso il Consiglio di Stato, con adunanza plenaria n. 7, ha perso la grande occasione di un avanzamento di tutela in materia di tempi e termini del procedimento amministrativo.

Come noto, difatti, il CGA per la regione sisiciliana aveva posto la questione se la responsabilità da ritardo avesse, o meno, natura contrattuale.

La risposta del Consiglio di Stato è stata negativa.

A tal fine, è stato evidenziato dall'adunanza plenaria che la disciplina dei tempi del procedimento si inserisce nel rapporto potestà-soggezione, sicchè le relative pretese si risolvono in interesse legittimi, con conseguente configurazione della natura della responsabilità da ritardo in termini extracontrattuali.

Diverse potrebbero essere le critiche da rivolgere a questa pronuncia: me ne limiterò a due.

In primo luogo, la sentenza risulta essere in controcorrente rispetto agli orientamenti legislativi che, in maniera sempre più crescente, tendono a considerare il "fattore tempo" come un bene della vita a sè, e come obiettivo prioritario dell'ordinamento giuridico. Non solo, dunque, un diritto, ma un vero e proprio "interesse pubblico alla celerità del procedimento ", da intendersi come valore primario dell'ordianmento.

In secondo luogo, si negano, dunque, i più autorevoli e maggioritari orientamenti dottrinali che avevano configurato la pretesa al rispetto dei tempi procedimentali come un "diritto al termine" Inquadrando il "tempo" come un bene a sè stante, che si inserisce in un rapporto obbligatorio, secondo lo schema diritto-obbligo.

Ecco il salto di cui ci sarebbe veramente bisogno: una espressa previsione legislativa volta a configurare l'aspettativa al rispetto dei tempi procedimentali in termini di "diritto pubblico soggettivo", come diritto chiaro, preciso ed incondizionato.

Occorre, dunque, passare dalla logica del potere discrezionale a quella del rapporto obbligatorio.

Se, infatti, la questione della celerità del procedimento è concepita come un fattore lasciato al potere amministrativo ed al suo agire discrezionale, ciò equivale adagiarsi alla *diuturnitas* amministrativa fatta di lungaggini, riposi, sospensioni, rimandi, navette, rimbalzi di competenza, etc.

Occorre, invece, affermare la natura obbligatoria, in termini di rapporto obbligatorio, della disciplina sul termine del procedimento.

Occorre affermare nettamente che il rispetto del termine è un obbligo dell'amministrazione ed un correllativo diritto del privato.

Se non si taglia la nuova "foresta pietrificata" eretta dalla giurisprudenza, sarà difficile che l'amministrazione sia capace di adeguarsi alla pressante richiesta di riforme da parte dell'Europa.

Nessun passo decisivo in avanti altrimenti può essere fatto e ci dovremmo rassegnare ad una amministrazione dai "tempi senza tempo".

[1] Intervento al webinar "Stato, Autonomie territoriali, imprese e cittadini per l'attuazione del PNRR", Fondazione Flaminia e Spisa, Ravenna, 15 luglio 2021.