

SCRITTI PER FRANCO GAETANO SCOCA

SCRITTI
PER
FRANCO GAETANO SCOCA

Volume III

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-964-7

INDICE

VOLUME III

<i>Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche</i> PIERPAOLO FORTE	2141
<i>Alle radici teoriche dell'interesse legittimo (venticinque anni dopo)</i> MARCELLO FRACANZANI	2199
<i>Le reti e i social nella prospettiva del diritto</i> FABRIZIO FRACCHIA	2219
<i>Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno</i> FABIO FRANCIOSI	2231
<i>Note sulla disciplina del conflitto di interessi nei concorsi pubblici</i> FEDERICO GAFFURI	2245
<i>Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia</i> DIANA-URANIA GALETTA	2265
<i>L'interesse del privato all'autotutela amministrativa</i> CARLO EMANUELE GALLO	2281
<i>Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione</i> FRANCO GALLO	2295
<i>Appunti a margine del superamento della dimensione negoziale della conferenza di servizi decisoria secondo la riforma Madia</i> FORTUNATO GAMBARDELLA	2303
<i>La dimensione "politica" della giustizia amministrativa</i> GIACOMO GARGANO	2325
<i>Sulla successione a titolo particolare nel processo amministrativo</i> FRANCESCO GASPARI	2345
<i>Note minime su "L'interesse legittimo. Storia e teoria" di F.G. Scoca</i> VITTORIO GASPARINI CASARI	2371

<i>Consumo di suolo e sviluppo sostenibile della destinazione agricola dei suoli</i> WLADIMIRO GASPARRI	2387
<i>La vocazione ad una tutela ambientale complementare della pianificazione urbanistica quale funzione di governo del territorio</i> MARIA PIA GENESIN	2427
<i>I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento</i> LOREDANA GIANI	2461
<i>Lesività dell'atto e sfera giuridica soggettiva</i> EDOARDO GIARDINO	2497
<i>Difesa del «terzo spazio giuridico» delle pubbliche amministrazioni</i> FABIO GIGLIONI	2535
<i>Il peso della giurisdizione contabile nel rimedio al torto ambientale, fra vincoli legislativi e potenzialità inespresse</i> VALENTINA GIOMI	2553
<i>Ordine pubblico economico e concorrenza: modelli di tutela e interferenze nella difficile via italiana al subappalto</i> ANNALISA GIUSTI	2589
<i>Tutela cautelare atipica e amministrazione del giudice</i> MARCELLA GOLA	2617
<i>Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)</i> GUIDO GRECO	2637
<i>Il diritto giurisprudenziale in Italia, oggi</i> PAOLO GROSSI	2649
<i>Il potere decisorio tardivo della soprintendenza ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 e l'istituto del silenzio assenso ex art. 17 bis della legge n. 241/1990</i> CARMENCITA GUACCI	2659
<i>Destinazione dei beni pubblici e teoria del provvedimento amministrativo</i> NICOLA GULLO	2691
<i>Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Profili evolutivi</i> GIOVANNI GUZZARDO	2719
<i>La natura di res a destinazione pubblica dei beni culturali</i> ANNARITA IACOPINO	2747

<i>Un patto centro-periferie per la sostenibilità urbana del commercio e del turismo</i>	2761
GIOVANNA IACOVONE	
<i>Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.</i>	2787
MARIA IMMORDINO	
<i>Tantalo e la ricerca dello "spazio-tempo" perduto: riflessioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo e di altri démoni</i>	2821
IGNAZIO IMPASTATO	
<i>L'AGCM come giudice a quo a "limitati fini" e la dimensione sovranazionale della tutela della concorrenza</i>	2851
MARGHERITA INTERLANDI	
<i>Alcune considerazioni intorno al partenariato pubblico-privato</i>	2875
MADDALENA IPPOLITO	
<i>Effettività della tutela e sindacato giurisdizionale sugli atti sanzionatori delle autorità indipendenti</i>	2899
LAURA LAMBERTI	
<i>150 anni di Roma capitale d'Italia. Potere civile e potere religioso</i>	2947
SERGIO LARICCIA	
<i>Diritti degli immigrati e giustizia amministrativa</i>	2973
ANNA LAZZARO	
<i>La vicenda autostrade: un caso "all'italiana"</i>	2993
GIOVANNI LEONE	
<i>Il procedimento di formazione dei precedenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato</i>	3023
GIOVANNI FABIO LICATA	
<i>Diritti sociali, servizi sociali e principio di programmazione</i>	3049
SEBASTIANO LICCIARDELLO	
<i>Appunti sul sindacato del giudice amministrativo in tema di valutazioni tecniche delle autorità indipendenti</i>	3063
FIRENZO LIGUORI	
<i>Il governo del territorio in Lombardia dopo la l.r. n. 18/2019: tra rigenerazione urbana e territoriale e consumo del suolo</i>	3079
PAOLA LOMBARDI	

<i>Effetti e risonanza della concezione fascista dello Stato nelle circolari antiebraiche: storia, diritto e letteratura</i> ROBERTA LOMBARDI	3099
<i>Lo statuto dell'amministrazione pubblica</i> NINO LONGOBARDI	3115
<i>I problemi del processo amministrativo e gli effetti del corona-virus. (Considerazioni critiche a margine dell'inaugurazione dell'anno giudiziario amministrativo 2020)</i> FILIPPO LUBRANO	3121
<i>Il sistema di regolazione dei rifiuti</i> SIMONE LUCATTINI	3141
<i>Principio di legalità e Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 195 del 2019</i> MASSIMO LUCIANI	3173

Loredana Giani

I TEMPI (DELL'AZIONE E DELLA DECISIONE)
DELL'AMMINISTRAZIONE
TRA CERTEZZA E AFFIDAMENTO

SOMMARIO: 1. Certezza (dell'azione) e calcolabilità. – 2. La difficile convivenza tra certezza ed esauribilità del potere amministrativo e la naturale relatività del tempo della decisione amministrativa. – 3. Certezza della decisione dal silenzio al risultato amministrativo. – 4. La lenta emersione della rilevanza del tempo come tempestività della decisione nei rapporti amministrativi e le esigenze di stabilità e garanzia dell'affidamento. – 5. Certezza del tempo della soluzione al problema amministrativo nella prospettiva del rapporto e istituti di semplificazione. – 6. Cenni sulla lenta (e parziale) affermazione del tempo come bene giuridico valutabile e prassi della responsabilità. – 7. Conclusioni.

1. *Certezza (dell'azione) e calcolabilità.* – Nonostante sia trascorso quasi un secolo dalle prime ricostruzioni del provvedimento amministrativo, l'attenzione alla decisione dell'amministrazione (e al procedimento che ad essa conduce) non si è mai sopita, seguendo un costante flusso di adeguamento in ragione della ridefinizione, nel contesto del rapporto, dei confini tra situazioni giuridiche soggettive dei privati, che emergono nella loro (reale) consistenza sostanziale e il potere. Quel potere che, come sottolineato dal Maestro, non perde i tratti della autoritatività neanche in quei casi in cui la scelta operata dall'amministrazione sia vincolata dallo schema normativo attributivo del potere¹ o da un suo esercizio consensuale, poiché, anche l'assenza di una scelta dell'amministrazione o di una decisione sull'assetto di interessi non fa venire meno il suo (del potere) dato caratterizzante, e cioè la capacità di modificare unilateralmente la situazione soggettiva del destinatario².

¹ Si tratta di una posizione chiaramente espressa dal Maestro nel corso della sua riflessione, già a partire dallo scritto (F.G. SCOCA) *Considerazioni sull'inerzia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1962, 489 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; e nel lavoro su *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss. dove sottolinea come esso rappresenti «un modello teorico che ha il pregio di riflettere con fedeltà la disciplina positiva della produzione giuridica tipica di diritto amministrativo» (9-10) in quanto, dal punto di vista funzionale, «atto di cura degli interessi pubblici» (53).

² Il potere, rileva Scoca, «non è sempre un potere di scelta (tra soluzioni diverse) o potere di decisione (sul conflitto di interessi) o potere determinante (...) ma anche [potere] di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere giuridicamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere) l'effetto» per la soddisfazione dell'interesse pubblico (F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 33, e anche in *Il provvedimento*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 283 ss.

Ed è appunto questa capacità di produrre effetti giuridici (provvedimenti), frutto del carattere autoritativo, e dunque precettivo, l'elemento attorno al quale far convergere le numerose riflessioni, snodatesi lungo percorsi diversi, tese a confrontare il potere con la graduale riduzione del «tasso di sovranità che, secondo la concezione classica dello Stato liberale di diritto, ne costituiva la caratteristica saliente»³. Una riduzione che è ancora più evidente se si pone mente alla strada tracciata dal Maestro nella sua riflessione sull'interesse legittimo⁴ che può essere seguita anche attraverso l'evoluzione in parallelo del principio di certezza, come emerso nelle sue molteplici declinazioni, che certamente ha avuto un ruolo determinante nella scrittura dell'attuale quadro teorico di riferimento della funzione amministrativa. Principio che ha sempre occupato un posto di primaria importanza nel contesto della riflessione filosofica e giuridica, riproponendosi, agli inizi del secolo scorso, come reazione alla crisi dell'esistenzialismo le cui esigenze erano manifestate con magistrale linearità, soprattutto in una prospettiva provocatoriamente più vicina al diritto amministrativo, dalla odissea kafkiana⁵.

Ai fini delle riflessioni che si intendono svolgere prendendo a base la ricostruzione dogmatica del sistema amministrativo operata dal Maestro nei suoi scritti, occorre evidenziare come nel tempo esso (il principio di certezza) sia emerso in una dimensione complessa, strutturale e funzionale, che supera il mero riferimento ai processi di codificazione segnato dal passaggio dal giusnaturalismo al positivismo giuridico. L'ampliamento dei confini del concetto ha,

³ Così F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 39.

⁴ Per la ricostruzione della figura dell'interesse legittimo nel pensiero del Maestro è di fatto parziale il richiamo a *Interessi protetti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.; ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, rintracciandosi le basi teoriche della ricostruzione dogmatica anche negli scritti precedenti, ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; ID., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

⁵ Centrali, soprattutto ai fini del discorso che si intende condurre in questa sede, le riflessioni di N. BOBBIO, *Persona e società nella filosofia dell'esistenza*, in *Archivio di filosofia*, XI, f. 4, Roma, 1941, e di G. CAPOGRASSI che già nel suo primo lavoro *Saggio sullo Stato* (in *Opere*, Milano, 1959, 3 ss.) dedicato a V. E. Orlando, si occupa del potere, di quel potere (legittimo) riconosciuto e preventivamente accettato, la cui legittimazione e "forza" va rintracciata in una sorta di consenso preventivo che non si fonda però sulla forza intesa come coercizione, perché dall'altro lato, a fronte del potere, vi è l'individuo che, come evidenzia lo stesso G. CAPOGRASSI, è trascurato e oscurato. Quell'individuo che rischia di «disindividualizzarsi» (in *Incertezze sull'individuo*, V, 442, in particolare 445), «di perdere la propria identità, diventando fungibile, anonimo, confinato, conglutinato nei regimi di propaganda» (in *Incertezze sull'individuo*, cit., 461); di essere trasformato in «individuo senza individualità» (459); soggetto «puramente obbedienziale» (459), «scolaresche disciplinate» (462), soggetto passivo e paziente (445), soggetto che ha smarrito il valore della vita individuale (452). Una tematica sviluppata anche negli scritti successivi, ID., *Considerazioni sullo stato*, ivi, vol. III, 329; ID., *Frammenti sullo Stato*, ivi, 377; e ancora ID., *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, ivi, vol. I, 151.

infatti, comportato l'allontanamento da quell'"idea forte" che aveva caratterizzato la visione giuspositivista in un contesto politico diverso da quello che viviamo attualmente, in cui esso veniva riferito a una sorta di sicurezza oggettiva, naturalmente riportata al profilo delle fonti e, dunque, alla codificazione del diritto, e conseguentemente ricondotto al concetto di "tranquillità", "sicurezza".

Con il mutare delle condizioni di contesto, il principio è stato diversamente declinato a seconda che venisse rapportato al "sistema giuridico", alla società o al "potere"⁶ assumendo una portata assai rilevante anche nel contesto dei rapporti privato-pubblica amministrazione.

Ove riferita al sistema giuridico, la certezza può essere ricondotta al profilo della conoscibilità delle norme. Ma anche in questo caso può essere diversamente declinata, potendo essere riferita all'ordinamento nel suo complesso, rispondendo così all'esigenza di conoscere l'identità del sistema giuridico, o alle singole branche del diritto; ma, nella prospettiva che qui ci interessa, anche al connesso profilo del "se" della decisione, alla sua "prevedibilità", intesa come calcolabilità (dei tempi e dei contenuti) e "stabilità" (rispetto alla sua assunzione) e, dunque, dell'affidamento che in essa ripongono, o possono riporre i destinatari. E in questa dimensione è innegabile che, nel corso dei secoli, numerosi colpi sono stati inferti alla certezza⁷, disperdendosi questa esigenza in un processo eterogenetico che trova le proprie origini all'interno della innata lacunosità del sistema normativo, della legge, e nella sua tendenza alla mutazione continua che elide la fiducia nella volontà dello Stato «quale volontà permanente e costante (...) solo vero carattere dello Stato etico»⁸; o ancora nella molteplicità e minuziosità della legge nelle

⁶ Sul punto cfr. l'analisi condotta da G. PECES BARBA MARTINEZ, *La teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993.

⁷ Un processo che mette a nudo, dunque, la stessa crisi dell'esperienza giuridica e delle sue costruzioni concettuali che P. CALAMANDREI (*La relatività del concetto di azione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 24 ss.) con precisione chirurgica individuava nel «progressivo affievolimento del diritto soggettivo, fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile, assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri volontari del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale». Sul punto si rinvia anche alla limpida analisi di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

⁸ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, 71. In maniera assai significativa l'autore rilevava che «L'artefice (irrequietezza) per cui si fanno continue leggi, secondo l'arguta definizione napoletana di uno spirito bonario e profondo del Settecento, il Tanucci [citato da B. CROCE in *Uomini e cose della vecchia Italia*, serie II, Bari, 1927, 29] sarebbe indizio di spirito giovanile: ma sono gli Stati giunti ad uno stadio di avanzata civiltà tecnica, invece, che si lasciano vincere continuamente dalla tentazione. L'ipertrofia della legge è un fenomeno moderno, o meglio che si è nuovamente presentato nell'epoca moderna, dal seicento, il secolo della Ragion di Stato, in poi, in connessione con certi caratteri di essa (il crescere ed anzi l'ingigantirsi del potere centrale e

quali «la certezza del diritto, e la giustizia della quale essa è garanzia, si disperdono»⁹. E così, in risposta a queste manifestazioni di crisi, si è assistito al riconoscimento della centralità del sistema di legalità che all'inizio ha viaggiato in parallelo con il culto dei giuristi per le forme¹⁰.

Ove intesa in relazione alla società, la certezza assume una caratterizzazione più aderente alla sicurezza in senso proprio, essendo riconducibile all'aspettativa che l'ordinamento giuridico intervenga nel libero gioco dei rapporti sociali ed economici come garante del rispetto dei diritti fondamentali.

Se riferita al potere, invece, la certezza può essere riportata a quei meccanismi che pongono un sistema al riparo da pericoli e insidie riconducibili, in primo luogo, all'esercizio del potere coercitivo, garantendo quell'autonomia dell'ordinamento rispetto alle deliberazioni del potere e ad altre forme di deviazione del potere dal "fine". Dunque, una sicurezza attraverso il diritto che riguarda, da un lato, l'origine del potere, ricondotta al principio di legalità, dall'altro, l'esercizio del potere e, quindi, le modalità del suo esercizio, e la conformità a quei diritti fondamentali attorno ai quali il sistema giuridico si organizza secondo una accezione ampia della legalità sostanziale. Un profilo che, evidentemente, si pone come speculare al primo, soprattutto se si considera la decisione quale manifestazione del potere e che si ricollega alla prima dimensione considerata, riferita al "se" della decisione.

Specularità che consente di individuare un percorso che, prendendo le mosse dal potere, declina la certezza rispetto all'azione, al suo esercizio, alle modalità e ai tempi del suo esercizio, nonché alla calcolabilità e stabilità della

l'affidarsi supino ad esso da parte dell'individuo, il quale attende che questo potere provveda a tutti i suoi bisogni e gli assicuri la massima misura possibile dei beni della vita che si sono presentati già in altre epoche ora appaiono in proporzioni macroscopiche» (72-73). Dunque, la inquietudine legislativa di cui parlava F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1930, 424 ss. anche in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, vol. 1, 167 ss. in particolare 180 e che ancora oggi viene individuata come una delle cause della inefficacia del sistema normativo.

⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 73.

¹⁰ Sul punto occorre, però, precisare che la rilevanza della forma non va intesa in senso strettamente legato al suo profilo esteriore, ma, almeno nella sua evoluzione, nella dimensione evidenziata da F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss., anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 549 ss. il quale avverte, ad esempio, come il tramonto del mito dell'atto amministrativo, «forma di manifestazione necessaria dell'autorità» sia da guardarsi con preoccupazione, «perché al tramonto fa seguito il crepuscolo, che è già preannuncio della notte, e quindi dell'oscurità che ci impedisce di distinguere forme e figure» (556, l'indicazione della pagina fa riferimento all'ultima collocazione). «Nell'ipotetico tramonto non si riuscirebbe del resto a ravvisare alcunché di fisiologico, anzi dovrebbe percepirsi qualcosa di malsano, di assai pericoloso: ed è davvero singolare che di simili fenomeni si parli proprio nel momento in cui, attenuandosi non poco il rigore dei discorsi sul diritto, viene esaltata al massimo la "trasparenza", certo non molto amica della notte» (556).

“decisione” stessa muovendosi in uno scenario in cui muta (e non potrebbe non mutare) gradualmente la rilevanza del tempo, facendo emergere profili che assumono una dimensione centrale nel contesto della corretta definizione del “rapporto amministrativo” all'interno della decisione. E così la certezza, la sua rilevanza nel contesto della definizione dell'esercizio di potere, ha via via esteso i suoi ambiti applicativi spostandosi dal solo “se” della decisione, per intercettare gradualmente aspetti più penetranti che vanno al tempo della decisione, riferito alla sua tempestività, alle cautele da adottare nella sua assunzione, alla garanzia della sua stabilità. E così lo stesso tempo assume una valenza poliedrica: tempo riferito alla tempestività dell'azione, da bilanciarsi con la dimensione del tempo come elemento essenziale per il raggiungimento della virtù etica, dell'etica nicomachea, come elemento essenziale affinché si scelga il giusto.

In questo senso, dunque, la riflessione, soprattutto, come si dirà, anche in ragione delle spinte provenienti dal mercato, è avanzata sino al punto di indagare la qualificazione del “tempo” come bene autonomamente valutabile, proiezione di un diritto alla certezza.

Ma per comprendere appieno il “senso” del principio, anche nel contesto che ci interessa, esso, nella sua dimensione più pura, non può essere riferito “solo” all'ordinamento ma, al contrario, deve essere posto in relazione anche al suo destinatario finale in risposta a quella ineliminabile corrispondenza biunivoca che esiste tra società (ordinata dal diritto) e individui (che ne fanno parte). Infatti, è proprio il rapporto tra individualità e certezza del diritto¹¹, quel rapporto circolare tra certezza riferita al potere, all'ordinamento e all'individuo, a porsi non solo come limite all'arbitrio individuale¹² ma anche a quello del legislatore¹³ e della stessa amministrazione.

E in questa chiave l'evoluzione del principio di certezza, la cui plurivocità rimane immutata, è stata da tempo approfondita dalla dottrina¹⁴ che, dal

¹¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., «l'esigenza della certezza appare come l'esigenza più viva di difesa del soggetto nella sua individualità precisa, singola ed irriducibile: quella cioè reale e concreta nella quale realmente e concretamente si fonda e deve fondarsi lo Stato (...). L'individuo deve essere salvato con tutti i valori di cui esso è portatore, perché possa essere salvata la realtà sociale che su di esso è basata» (129).

¹² Una prospettiva già evidenziata da N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 3 ed., Roma, 1924, 10.

¹³ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Breitkopf und Härtel, 1877 § 162, 242.

¹⁴ La dottrina che nel corso degli anni, in diverse prospettive, ha affrontato il tema della certezza del diritto è molto ampia. Sia consentito in questa sede richiamare solo alcuni dei principali scritti nei quali la problematizzazione, anche in chiave evolutiva, del principio di certezza è stata esaminata: C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1, 1997, 89 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2001; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992. Sul punto cfr. anche AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003.

superamento della illusione kantiana, ha individuato modelli epistemologici che hanno proiettato in diversa luce il potere dell'amministrazione¹⁵, giungendo in ultimo ad assegnargli una caratteristica di servizio al cittadino, modellando il rapporto giuridico di diritto pubblico non solo nella sua componente procedimentale e processuale, ma anche in quella sostanziale.

Si è, così, via via delineato un diritto alla certezza che, nel fluire delle elaborazioni, è stato declinato più come "diritto alla calcolabilità" di un esercizio "giusto" del potere¹⁶ in cui si intersecano una molteplicità di fattori che in diversa misura si correlano agli aspetti legati proprio al profilo temporale dell'azione e della decisione nelle sue diverse declinazioni e implicazioni.

Una dimensione, quella sommariamente richiamata, in cui il "tempo dell'azione amministrativa e della decisione" si collocano in una prospettiva complessa, che si articola ulteriormente, e si coglie in tutte le sue implicazioni, se riferita alle attività economiche per le quali il pensiero va immediatamente a Weber che aveva individuato proprio nella calcolabilità uno dei tratti caratterizzanti dei sistemi capitalistici¹⁷. Ma su questo occorre far chiarezza proprio prendendo spunto dalle sollecitazioni weberiane. La calcolabilità non può, evidentemente, essere limitata al solo profilo connesso al "se" e al "quando" della decisione, alla sua prevedibilità e, dunque, a quegli aspetti correlati alla interferenza dei profili soggettivi che intervengono nella formazione della decisione, ma deve intercettare anche quegli elementi, oggettivi, che portano ad approfondire gli aspetti connessi all'assetto di interessi che essa racchiude e, quindi, anche ai profili presupposti che attengono alla programmazione dell'attività (e alla predeterminazione dei parametri di riferimento dell'azione) a beneficio della razionalità (intrinseca ed estrinseca) delle scelte, seguendo l'intuizione di J. G. March e H. A. Simon che nella loro *Teoria dell'organizzazione*¹⁸ sottolineavano, non a caso, che «maggiore è la programmazione di certe attività nell'organizzazione, maggiore è la prevedibilità di quelle attività».

Sul tema non si possono non richiamare gli scritti di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. com.*, I, 1942, 345 ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1943, 87 ss.

¹⁵ Sul punto sia consentito rinviare, tra i numerosi studi che si sono occupati del tema, al lavoro di G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

¹⁶ Sul tema cfr. AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017. Come precisato già nella introduzione del volume «il tema risale al grande Max Weber, che descrivendo generi e caratteristiche del capitalismo occidentale segnalò l'essenzialità del calcolo giuridico, cioè della possibilità di prevedere l'esito delle controversie. L'imprenditore conta sul futuro e dunque anche su aspettative di carattere giuridico, sia nei rapporti con le pubbliche istituzioni, che nei contratti privati» (7).

¹⁷ *Economia e società, Sociologia politica*, trad. it., Torino, 1999.

¹⁸ Milano, 1971, 179. Una prospettiva che, in linea di continuità con l'impostazione teorica del Maestro, è stata approfondita da M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, 2001.

In questo contesto il fattore tempo (come elemento costitutivo della certezza) emerge nella sua poliedrica rilevanza, riferita tanto al momento che precede la assunzione della decisione, quindi al tempo riferito alla individuazione (esternazione e formalizzazione) dei presupposti che portano alla soluzione del problema amministrativo, quanto al momento successivo che intercetta inevitabilmente la soluzione al problema amministrativo, quindi la definizione del rapporto e la stessa stabilità dei suoi effetti. Dunque, il tempo inteso in una dimensione complessa, riconducibile a «tre verbi che si completano vicendevolmente: il valutare, il prevedere, il giudicare»¹⁹.

Assumendo la prospettiva del destinatario dell'azione (autoritativa), è evidente che la rilevanza del tempo (il peso che si riconosce al principio di certezza) viaggia di pari passo, come si cercherà di evidenziare nel testo, anche se spesso non dichiaratamente, con la evoluzione della situazione del privato nei confronti del potere e con lo stesso riconoscimento della strumentalità dell'interesse legittimo rispetto all'interesse finale (bene della vita) del privato²⁰.

Si coglie la diversa e crescente rilevanza, riferita al meta-valore costituzionale della certezza dell'azione e dell'affidamento, come espressione del dovere di solidarietà, rapportato alla prevedibilità e, in seconda battuta, alla prassi della responsabilità²¹. In questo contesto, dunque, la stessa "certezza" intercetta la correttezza dell'operato – come manifestazione del più generale canone del dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.)²² – rispetto a parametri, canoni comportamentali predeterminati tra cui il tempo della decisione²³.

¹⁹ Così G. LEGNINI, *Introduzione*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., 11.

²⁰ La prospettiva considerata è evidentemente quella del Maestro ricondotta a sistema, in un dialogo critico con quegli autori che hanno nel corso degli anni assunto posizioni differenti, in F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit.

²¹ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino, 1997; ID., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009. Per un approfondimento sia consentito rinviare a L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

²² Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., in particolare 260 ss.

²³ Cfr. Cass., SU, 28 aprile 2020, n. 8236. La responsabilità viene ricondotta allo schema del contatto sociale qualificato, essendo il contatto tra privato e pubblica amministrazione presupposto della definizione del rapporto amministrativo, fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.) dal quale derivano reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione (artt. 1175, 1176 e 1337 c.c.). Una impostazione le cui conseguenze saranno, sia pure rapidamente, esaminate nel testo, e che è chiara nelle sue coordinate essenziali: la posizione dell'affidamento che rileva in questo caso non è quello riconducibile al 21 *nonies*, ma una situazione autonoma «tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica che si sostanzia, mediante una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta in sostanza di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede» (Cass., SU, 28 aprile 2020, n. 8236). Dunque, un obbligo ricondotto ai principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. in cui viene radicato

Dunque, una prevedibilità dell'azione e della decisione nel contesto non solo della certezza del diritto ma come esplicitazione del diritto alla certezza²⁴ in linea con una sua visione sostanziale che la correla, anche, alla soddisfazione degli interessi (al bene della vita) degli individui.

2. *La difficile convivenza tra certezza ed esauribilità del potere amministrativo e la naturale relatività del tempo della decisione amministrativa.* – Volendo individuare le tappe di un ideale percorso che ha portato alla elevazione del principio di certezza all'interno del diritto amministrativo, il primo momento va evidentemente rintracciato nell'ambito processuale dove esso ha trovato una via preferenziale di affermazione, non senza difficoltà, soprattutto nella sua accezione riferita alla stabilità delle decisioni, secondo uno schema proprio dei rapporti giuridici privati²⁵.

Con riferimento ai sistemi di giustizia amministrativa occorrerà, però, attendere il tramonto della giustizia ritenuta per assistere alla sua graduale affermazione nella accezione riferita alla stabilità della decisione. Si pensi, ad esempio, al sistema francese dove solo nel 1872 il *Conseil d'Etat* acquisterà il potere di «statuire sovranamente sui ricorsi in materia contenziosa e sulle domande in annullamento per eccesso di potere»²⁶, con automatico riconoscimento della autorità di cosa giudicata alle sue decisioni.

Un percorso analogo si registra nei sistemi germanofoni a seguito della creazione dei primi sistemi di giustizia amministrativa, ampiamente differenziatisi tra loro nel contesto delle riflessioni dottrinali. Una impostazione che, come noto, viene salutata con favore dalla nostra dottrina la quale riconosceva, con riferimento al sistema austriaco, che “i principi statuiti nella sentenza” divengono norma dell'azione futura dell'autorità amministrativa²⁷, rimettendo «in corso il dovere dell'amministrazione e il diritto del cittadino verso un procedimento legale e giusto», secondo il percorso indicato da Feliciano Benvenuti²⁸.

quel *quid pluris* rispetto al generale precetto del *nenimen laedere* che è all'origine del riconoscimento di una responsabilità correlata alla “violazione di un dovere di protezione” che sorge «dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima». In ciò discostandosi, dunque, dal modello della responsabilità aquiliana che, secondo quanto affermato dal giudice di Cassazione (157/2003) non sarebbe adatto a uno schema in cui non si rinviene il principio di autorità, che non sarebbe rinvenibile in quelle ipotesi in cui «si è in presenza di una attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto».

²⁴ G. PECES BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, 222 ss.

²⁵ Sul punto cfr. gli approfondimenti condotti in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, cit.

²⁶ Legge 24 maggio 1872, art. 9.

²⁷ M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, Bologna, 1881, 269.

²⁸ *Giustizia amministrativa*, in *EdD*, XIX, Milano, 1970, 598.

Ma se l'intangibilità dei casi esauriti e dei fatti preteriti in qualche modo si è affermata con maggiore lentezza nell'ambito dei sistemi continentali di giustizia amministrativa, nel contesto del diritto amministrativo sostanziale, dell'azione dell'amministrazione, la certezza, soprattutto nella accezione riferita alla stabilità, ha incontrato degli ostacoli all'inizio insormontabili, scontrandosi con il carattere inesauribile della sovranità e, dunque, del potere e con la presupposta perennità dell'interesse pubblico²⁹.

Si tratta di una questione alla quale la scienza giuridica tedesca ha dedicato molta attenzione nella consapevolezza, più o meno acquisita, che il rapporto tra tempo e attività amministrativa rappresenti un profilo fondamentale dello Stato di diritto. Ma, nonostante ciò, la stabilità del provvedimento si è di fatto imposta sulla perennità del potere soltanto in Austria dove, nelle elaborazioni della nomodinamica della scuola di Vienna, si è operata una identificazione tra giustizia e amministrazione. Una impostazione portata avanti da Merkl³⁰ che confluirà nella legge austriaca del 1925 sul procedimento amministrativo, che tende a ribaltare il tratto tipico della specialità del diritto amministrativo ponendo in secondo piano il principio di inesauribilità del potere e che, come ben sappiamo, non è stata accolta nell'ordinamento tedesco nel quale la certezza, intesa come stabilità della decisione, non veniva vista come attributo naturale del provvedimento ma come risultato della ponderazione tra interesse pubblico all'adozione del provvedimento di secondo grado e affidamento del privato. Basti pensare alle riflessioni di Otto Mayer che individuava proprio nel diverso grado di stabilità e, dunque, nella idoneità ad assumere la immutabilità del giudicato, la principale differenza tra sentenza e provvedimento amministrativo³¹. E così la certezza, intesa come stabilità della decisione amministrativa, come esigenza di una sua immutabilità, non trovò spazio in questo ambito, non risultando trasponibili ai rapporti amministrativi i principi del diritto civile in ragione della molteplicità e complessità dei rapporti pubblicistici.

²⁹ Sul punto si rinvia alla analisi di B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, vol. 32, 353 ss. il quale evidenzia che, nel nostro sistema «bisogna attendere lo Stato costituzionale, dopo il silenzio dello Statuto, per trovare il principio di irretroattività sancito in modo intangibile, almeno per il legislatore penale ed iniziare a vedere all'opera il giudice delle leggi ad esercitare anche nel rapporto tra norma e tempo un sindacato di ragionevolezza sull'esercizio del potere legislativo, ispirato alla salvaguardia della "certezza dei rapporti preteriti", al canone di "razionalità normativa", ed al riconosciuto valore costituzionale dell'"affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica» (357). E mentre «stabilità, certezza, irrevocabilità scandiscono il ritmo dei rapporti giuridici privati», «il potere amministrativo contrappone subito il carattere inesauribile della sovranità, la perennità dell'interesse pubblico» (358).

³⁰ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927. Sul punto si rinvia alla analisi svolta da B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.

³¹ O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrecht*, Strassburg, 1886.

Allo stesso modo la stabilità della decisione dell'amministrazione non ha trovato spazio nell'ordinamento francese rispetto al quale Hauriou³² ci ricordava che la decisione amministrativa è per definizione revocabile trovando spazio la certezza, intesa come *sécurité juridique*, soltanto nelle decisioni del giudice amministrativo il quale, nella decisione *Dame Cachet* del 1922³³, come noto, fissa per la prima volta un termine entro il quale l'amministrazione può esercitare il proprio potere di annullamento degli atti a tutela dell'affidamento del privato.

Un convincimento accolto dalla dottrina nostrana che ora non trova pieno conforto, come si dirà, nel dettato normativo. Basti ricordare le parole di Nigro che nel suo volume sulla *Giustizia amministrativa*³⁴ rilevava come la immutabilità contrastava con «l'energia persistente e sempre rinnovantesi» tipica del potere amministrativo. E prima di lui Santi Romano il quale nei *Frammenti di un dizionario giuridico* ci ricordava come «il potere preesiste e deve necessariamente preesistere al suo esercizio e rimanere sempre il medesimo attraverso i vari casi in cui si esplica»³⁵. Dunque, un potere che, come evidenzia Guido Corso, sopravvive al suo esercizio³⁶ e, in virtù di questa sua caratteristica, si pone in maniera antagonista rispetto alla certezza, quanto meno nella declinazione riferita alla stabilità della decisione.

3. *Certezza della decisione: dal silenzio al risultato amministrativo.* – E così, nel contesto dell'azione amministrativa, il principio di certezza, anche nella sua declinazione immediatamente riferita al tempo della decisione, stenta ad affacciarsi all'attenzione della riflessione giuridica nazionale, risultando, tra l'altro, convincimento comune che essa fosse garantita dal principio di legalità, in prima battuta circoscritto al momento formale e, solo in un secondo momento, esteso limitatamente alla prevedibilità dell'atto amministrativo³⁷, mentre la certezza con riferimento al tempo dell'azione amministrativa, al tempo della decisione come soluzione al problema amministrativo e ai diversi profili correlati, rimanevano appannaggio della discrezionalità dell'amministrazione.

Ma se si guarda alla evoluzione del sistema amministrativo l'esigenza di certezza ha, in alcuni casi in maniera indiretta o implicita, operato da motore

³² M. HAURIOU, *La distinction de la décision exécutoire et du fait personnel*, Note sous Tribunal des conflits, 22 avril 1910, Préfet de la Côte-d'Or c/ Abbé Piment ; Tribunal des conflits, 4 juin 1910, Préfet de l'Aisne c/ Abbé Mignon et autres; Conseil d'Etat, 8 juillet 1910, Abbé Bruant, S. 1910.3.129, in www.revuegeneraledudroit.eu.

³³ Conseil d'Etat, 3 novembre 1922, Dame Cachet.

³⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 284.

³⁵ *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce *Poteri, potestà*, 172 ss., 186.

³⁶ *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 185.

³⁷ Sul punto A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

di molte spinte significative a base della stessa evoluzione del sistema amministrativo.

Assai significativa in tal senso è l'attenzione che viene gradualmente rivolta alla decisione dell'amministrazione.

Superato il tentativo di ricostruire le esternazioni di volontà dell'amministrazione secondo lo schema proprio dei negozi di diritto privato³⁸, l'attenzione della dottrina è stata spostata sul provvedere³⁹, come espressione di una decisione "pronunciata" all'esito di un procedimento (non disciplinato nella sua fase strutturale, ma presupposto logico dell'esercizio di potere), e manifestazione della autorità, o meglio della imperatività della decisione che è direttamente correlata alla "evoluzione" delle situazioni giuridiche soggettive dei privati⁴⁰ proprio in ragione della sua natura precettiva. Ed è proprio la intima consapevolezza della correlazione esistente tra esercizio di potere e soddisfazione dell'interesse, non solo pubblico ma anche privato, alla base delle indagini condotte dalla dottrina non solo sul provvedimento amministrativo ma anche sulla "non decisione" dell'amministrazione⁴¹. Un profilo che porta alla luce la rilevanza del "tempo" della decisione come declinazione del principio di certezza.

In questo contesto hanno un ruolo di primaria importanza proprio le riflessioni sulla inerzia dell'amministrazione che, nella ricostruzione del Prof. Scoca, letta attraverso la lente della funzione amministrativa⁴², risulta essa, e

³⁸ Sul punto si veda, ad esempio, il lavoro di R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1941, 387 ss.

³⁹ Il cambiamento di rotta è segnato da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 290 ss.

⁴⁰ Nelle *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., Giannini identificava la imperatività come «un carattere proprio del provvedimento» che si traduce nella degradazione dei diritti e nella esecutorietà del provvedimento (419) e, nell'evoluzione della sua riflessione, nella sua esecutività e inoppugnabilità (*Atto amministrativo*, in *EdD*, IV, Milano, 1959, 164 ss., in particolare 187 ss.) e poi autotutela (*Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 278 ss.). Soltanto in un momento successivo ne accentua la connessione con le situazioni giuridiche soggettive, identificando il provvedimento come strumento che ne determina la estinzione, la modifica, la sostituzione con altre, il loro trasferimento «in una parola produce l'avverarsi di eventi di nascita, modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui; indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che la subisce» (*Diritto amministrativo*, cit., 279).

⁴¹ Sul punto F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., nonché lo studio successivo *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., il quale, in relazione all'inadempimento, inteso come violazione di un dovere di fare, sottolinea che «più che di fatto-inadempimento sarebbe giusto parlare di non fatto, in quanto è proprio l'omissione del comportamento dovuto che integra la fattispecie inadempitiva. L'omissione non può considerarsi come esercizio di un potere giuridico, in quanto il potere ha sempre un contenuto positivo [mutamento dell'ordine giuridico concreto, nota 23, 98] e lo ha partitamente in presenza di un dovere a contenuto positivo. L'omissione è quindi la mancanza di esercizio di un potere giuridico» che «non assume rilievo giuridico (...). Sotto questo profilo si conclude quindi negando alla fattispecie-inadempimento la struttura di un atto» (98).

⁴² F.G. SCOCA, *Considerazioni sull'inerzia amministrativa*, cit.

non il silenzio, lesiva dell'interesse del privato al provvedimento⁴³, non potendosi ad esso ricondurre una efficacia precettiva, un valore provvedimentale, essendo solo un fatto patologico nel fluire dell'azione amministrativa, «una pausa anomala nello sviluppo dell'attività amministrativa»⁴⁴ che è per sua natura doverosa proprio in quanto finalizzata alla soddisfazione dell'interesse pubblico⁴⁵. Una doverosità cui si correla l'obbligo specifico di pronunciarsi sulla istanza presentata dal privato, un obbligo procedimentale di provvedere quale presupposto logico di quello provvedimentale⁴⁶ e che trova un suo radicamento all'interno del quadro costituzionale. Dunque uno schema, quello proposto da Scoca, che palesa il legame logico esistente tra soddisfazione dell'interesse pubblico e soddisfazione dell'interesse del privato che, tradotto in termini di effettività della tutela, mira a superare l'ipoteca ricostruttiva, all'epoca esistente e oggi non ancora pienamente superata, della situazione sostanziale sottostante⁴⁷ che, non a caso, nella sistemazione dog-

⁴³ F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., in particolare 50, note 58 e 59.

⁴⁴ F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., 108.

⁴⁵ F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., 33-34, configurandosi «l'obbligo di esprimersi sulle richieste dei privati (...) una specificazione dell'obbligo di agire» (34).

⁴⁶ In questa prospettiva si comprende perché il «silenzio non è mai un atto (o comportamento) che curi interessi pubblici, non è mai un atto di esercizio della funzione amministrativa» e la sua lesività è correlata proprio al mancato esercizio della funzione (F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., 51, nota 51).

⁴⁷ Il silenzio della pubblica amministrazione ha da sempre occupato le riflessioni degli studiosi. Dapprima qualificato come atto o fatto illecito (S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1932, 207), poi oggetto di approfondimenti circa la (im)possibilità di qualificarlo, nel silenzio del legislatore. Si veda, ad esempio, la ricostruzione di R. MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Roma, 1932, il quale invocava una «riforma legislativa che rechi il vantaggio della certezza del diritto e sanzioni, come è già avvenuto per altri argomenti (errore scusabile, equivalenza della piena conoscenza alla notifica del provvedimento agli effetti dell'impugnativa), i risultati cui la giurisprudenza è giunta con paziente lavoro nei suoi responsi, che, se talvolta sembrano arditi, sono sempre ispirati (...) da sostanziali criteri di giustizia» (57). E discostandosi dalla opinione espressa da U. BORSI (*Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giurisprudenza it.*, 1903, IV, 252 ss., in particolare 399) rilevava che «l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di dar seguito alla richiesta si esaurisce nell'indagare se la legge accordi o meno all'interessato il diritto ad un atto avente il contenuto determinato dalla legge medesima o il diritto ad una risposta indipendentemente dal suo contenuto quando questo è discrezionale; l'accertamento del discorso d'un congruo lasso di tempo e dell'iniziativa dell'interessato diretta ad ottenere il provvedimento si riduce a pure contestazioni di fatto; l'accertamento della possibilità che l'amministrazione aveva di provvedere o di rispondere, anche quando non si limiti alla valutazione di elementi di fatto o di diritto (...) si arresta ad un esame sommario e non richiede quella specifica valutazione della convenienza amministrativa che è consentita solo in sede di merito» (62-63). Per una ricostruzione dogmatica del silenzio, già nella prospettiva della tutela situazione soggettiva (sostanziale) del privato a fronte del potere dell'amministrazione, si rinvia al lavoro di F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 239 ss.; ID., *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in AA.VV. *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, Catanzaro, 2009, 249 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 397 ss.

matica offerta da Scoca, perde la sua rilevanza meramente processuale per collocarsi in una posizione “sostanziale” di dialogo con il potere anche in un momento antecedente alla stessa formulazione della decisione. In questo quadro concettuale, la dimensione temporale dell'azione viene riferita alla decisione e alle conseguenze (anche in termini di responsabilità) derivanti dalla sua mancata o tardiva assunzione, nonché ai rimedi che il sistema appronta per garantire da un lato la sua assunzione che dovrà (poi) essere tempestiva; dall'altro la sua “resistenza” o meglio la resistenza dell'assetto delineato rispetto a eventuali decisioni tardive e nuove determinazioni assunte, divenendo così una misura della stessa validità dell'azione dell'amministrazione⁴⁸, valutata anche con riferimento alla stabilità della decisione e, quindi, alla esauribilità del potere.

Non si può negare, però, che la stessa attenzione al momento della volizione dell'amministrazione (che per evidenti ragioni dovrà essere espressa) sottende la consapevolezza, che sarà poi esplicitata e dotata di una propria veste giuridica dalla dottrina, della sua rilevanza nella definizione delle situazioni soggettive dei privati in quanto espressione della autorità dell'amministrazione⁴⁹ correlata all'esercizio della funzione. E così la decisione dell'amministrazione, la sua evoluzione, emerge in tutta la sua consistenza connessa all'esercizio della funzione – anima del potere, ragione ultima della sua creazione –, eziologicamente concatenata alla soddisfazione dell'interesse pubblico che è l'elemento attorno al quale si ricostruisce l'esercizio del potere autoritativo.

E la stessa rilevanza dell'inerzia viene posta in evidenza in una duplice prospettiva riferita da un lato all'obbligo di provvedere, dall'altro, al primo inscindibilmente correlato, alla tutela del privato la cui posizione, come noto, viene lentamente a emersione nella sua rilevanza sostanziale. Dunque, rispetto a un interesse che non si esplica riguardo al solo momento processuale, costruito attorno all'atto, ma anche a quello sostanziale⁵⁰, quale *prius* logico

⁴⁸ Cfr. l'analisi condotta da A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013.

⁴⁹ Per una ricostruzione della genesi del provvedimento amministrativo e al suo inquadramento sistematico si rinvia a F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit. il quale sul rapporto autorità, imperatività del provvedimento precisa che «l'autorità del provvedimento consiste nella sua idoneità a modificare situazioni giuridiche altrui, senza necessità dell'altrui consenso; (...) l'imperatività si manifesta in modo pregnante soltanto nella vicenda descritta come degradazione e affievolimento dei diritti soggettivi; negli altri casi essa si manifesta semplicemente come esecutività del provvedimento» (6).

⁵⁰ Sul punto, in aggiunta alle opere richiamate, cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *EdD*, VI aggiornamento, 2002, 75 ss. il quale evidenzia il significato polisensu della funzione connotando la *deputatio ad finem* dell'attività amministrativa la sua consistenza «pregiuridica, descrittiva di un carattere (per così dire intrinseco)», accezione compatibile con la sua consistenza giuridica, correlata alla «attività in quanto globalmente rilevante per il diritto» (77).

che ha avuto modo di affermarsi appieno – e con una gradualità che ben conosciamo – grazie al riconoscimento della strumentalità dell'interesse legittimo rispetto alla soddisfazione del bene della vita del privato⁵¹, e quindi alla sostanzializzazione della situazione giuridica del privato.

E così lo stesso il provvedimento emerge, in primo luogo, come forma della decisione autoritativa, rilevando, però, la sua mancanza in ragione del rapporto di strumentalità rispetto a un interesse del privato la cui soddisfazione dipende dall'assetto che viene dato al rapporto amministrativo così come consacrato nel provvedimento⁵². E così la decisione emerge in una "doppia funzionalità" in risposta alle esigenze che confluiscono in una sintesi quasi perfetta nel principio di certezza.

La certezza viene in questo contesto in rilievo con riferimento alla definizione del rapporto amministrativo, cioè il rapporto nel quale si inscrivono interesse legittimo e potere e dal quale originano l'obbligo di procedere e l'obbligo di provvedere dell'amministrazione⁵³, l'agire per la decisione (riferito alla fase procedimentale) e l'agire per la produzione dell'effetto giuridico (riferito alla adozione del provvedimento)⁵⁴. Un agire per la decisione che, naturalmente orientata alla soddisfazione dell'interesse pubblico, non può vedere frustrati questi profili in ragione di un "presunto" valore provvedi-

⁵¹ Sul punto sia consentito richiamare le parole di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964: «una volta esaurito il ciclo dell'azione la tutela viene (...) modellata (...) mediante la predisposizione di un controllo di legittimità (e in casi eccezionali anche sulla opportunità) dell'atto in cui si esprime l'attività compiuta. Orbene perché la tutela sia completa ed effettiva occorre che i due momenti fondamentali della protezione siano saldati tra loro, senza alcuna soluzione di continuità: in altre parole è necessario che la situazione di dovere, lo stimolo ad agire, non cessi di operare se non quando venga ad esistenza un atto assoggettabile al sindacato di legittimità» (108).

⁵² Sul punto in maniera chiarissima F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., il quale sottolinea che «l'interesse finale del privato rileva in modo non dissimile da quello in cui si manifesta l'interesse pubblico rispetto alla vicenda nella quale si inscrivono le situazioni soggettive contrapposte di potere e interesse legittimo. Alla pari dell'interesse pubblico, l'interesse finale del privato costituisce un interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine» (129).

⁵³ E ciò è chiaro se si considera la preesistenza dell'interesse legittimo rispetto all'esercizio di potere e la lesione che ad esso deriva dalla inerzia dell'amministrazione «che impedisce la conclusione di un procedimento dal quale può sortire il riconoscimento giuridico dell'interesse finale del privato» (F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., 164).

⁵⁴ Sul punto si rinvia agli approfondimenti di M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, cit., in particolare 182 ss. Si tratta di una prospettiva già adombrata da F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, e con un diverso taglio teorico evidenziata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, 252 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, 133 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 1 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

mentale di un mero inadempimento che, radicato su una "inerzia", come detto, non rappresenta certo esercizio della funzione amministrativa, con la conseguenza che la valutazione in termini di liceità può riguardare l'inerzia rispetto al dovere di procedere e provvedere, ma non il "fatto silenzio" che altro non è che un meccanismo per accedere alla tutela. Un presupposto processuale⁵⁵ che, in questa dimensione correlata all'inerzia (al dovere di provvedere), rileva sul piano della valutazione delle responsabilità correlate alla violazione dell'obbligo di provvedere, positivizzato a seguito della disciplina normativa del procedimento amministrativo ma preesistente ad essa⁵⁶ in quanto riconducibile al dettato costituzionale.

E qui entra nuovamente in gioco il principio di certezza che, evidentemente, non riguarda solo la decisione *ex se* considerata, ma l'assetto di interessi che in essa viene consolidato, espressione di quell'interesse (legittimo) del privato alla decisione amministrativa strumentale alla soddisfazione del suo (del privato) interesse sostanziale (al bene della vita).

Si tratta di un passaggio che diviene ancora più evidente, anni dopo, quando la "funzione amministrativa" viene delineata come funzione per il "nuovo cittadino"⁵⁷ riferita, quindi, non solo al perseguimento di un interesse pubblico alla soddisfazione degli interessi dei privati coinvolti nella dinamica di un rapporto amministrativo cui fa riferimento l'attività di gestione dell'esercizio della funzione amministrativa stessa, secondo uno schema che mutua molte matrici concettuali dal diritto comune (del mercato) e che chiama il soggetto pubblico a svolgere un ruolo diverso, di garanzia dei diritti.

E così, assunta la autonoma rilevanza giuridica dell'attività amministrativa⁵⁸, l'attenzione si sposta gradualmente dalla valutazione della sua conformità al suo statuto giuridico⁵⁹, ai profili teleologici, venendo in rilievo, nel con-

⁵⁵ Una prospettiva, quella richiamata nel testo, ripresa e sviluppata in F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., dove si specifica che il silenzio «non ha motivo di essere qualificato come inadempimento, dato che il processo amministrativo, che il silenzio permette di instaurare, non ha ad oggetto l'inadempimento dell'amministrazione», 402.

⁵⁶ Sul punto F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 246, nota 13.

⁵⁷ Il richiamo è evidentemente al volume di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. D'obbligo anche le riflessioni contenute nel volume ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

⁵⁸ Una rilevanza cui consegue «la predicabilità della (valutazione di) legittimità per l'attività amministrativa» (F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 91) che non si differenzia dalla valutazione di legalità della stessa «ove la legalità sia assunta in senso ampio e comprensivo» (92).

⁵⁹ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 95. Dunque, una disciplina "formale" della funzione, come forma necessaria della funzione, secondo la felicissima definizione di F. Benvenuti che, però, e questo è stato evidenziato negli studi successivi, non può prevalere sulla considerazione del contenuto secondo uno schema già proposto da N. Luhmann delle illegittimità praticabili. Sul punto cfr. N. LUHMANN, *Funktionen und Forlgen Formaler Organisation*, Berlino, 1964, richiamato

testo della sua (dell'attività) valutazione aspetti correlati agli obiettivi e ai risultati ottenuti. Una prospettiva che apre nuovi ambiti entro i quali la istanza di certezza può trovare una sua (più ampia) legittima affermazione, spostando l'attenzione su aspetti correlati ai profili sostanziali della definizione del rapporto amministrativo.

E non è un caso, infatti, che nelle evoluzioni successive la stessa riflessione sulla attività amministrativa si estende oltre i confini della decisione formale, per intercettare il (la calcolabilità del) "risultato" amministrativo, inteso come fatto giuridico che si pone in linea con il riconoscimento della valenza funzionale del provvedimento amministrativo. Una ricostruzione (l'amministrazione di risultato) che, come sottolineato dalla dottrina⁶⁰, si pone come un principio di costituzione materiale, ancorato al valore dell'efficienza intesa, per usare le parole di Antonio Romano Tassone, quale «parametro fondativo esterno della giuridicità delle proposizioni dell'ordinamento normativo relative all'azione della P.A.»⁶¹ che si ancora alla

anche da F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, cit., in particolare 563: un'idea sviluppata da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., *Vizi formali e vizi procedurali*, in *www.giustamm.it*, 2007. Per un ideale confronto tra Maestro e Allievo, anche su questi profili, sia consentito rinviare ad AA.VV., *Itinerari interrotti: il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, a cura di L. Giani e A. Police, Napoli, 2017, in particolare gli scritti di M. D'ORSOGNA, *Invalità o infallibilità? Elogio della forma e rilevanza del risultato*, ivi, 207; M. TRIMARCHI, *L'(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, ivi, 227. Un tema affascinante sul quale si sono confrontati successivamente molti autori tra i quali sia consentito rinviare a F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria della invalidità amministrativa*, Torino, 2003; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; M. MAZZAMUTO, *Dalla dequotazione dei vizi 'formali' alla dequotazione dei vizi 'sostanziali', ovvero della dequotazione 'tout court' della tutela costitutiva (a proposito di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria)*, in *www.giustamm.it*, 2015.

⁶⁰ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (a cura di M. Immordino e A. Police), Torino, 2004, 1 ss. in particolare 10.

⁶¹ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, cit., 12. Dello stesso autore cfr. *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, II, 813 ss. il quale sottolinea che «il modello di razionalità legale dell'azione amministrativa in tanto si è storicamente imposto, in quanto ritenuto l'unico conforme alle esigenze del vivere sociale, esso è destinato a passare in seconda linea non appena tale identificazione non opera più: se infatti l'agire legale non è più sinonimo di agire efficiente, è allora fatale che sia quest'ultimo (qualunque altra cosa esso significhi) ad ispirare la ricostruzione giuridica dell'azione amministrativa, e questo sia sul piano della responsabilità, che su quello del regime dell'invalidità degli atti amministrativi» (822). Gli studi sul risultato si vedano gli studi di L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 302 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI, *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999, Milano, 2000, 37 ss. il quale sottolinea «la centralità, nell'amministrazione di risultato, di ogni singola vicenda concreta, nella consapevolezza che solo guardando al caso concreto è possi-

certezza nella sua dimensione riferita alla azione⁶². Una dimensione sincronica in cui essa si pone quale presupposto logico del risultato, non soltanto in termini di prevedibilità dell'azione, ma anche con riferimento alla conoscibilità dei suoi presupposti e del contesto di diritti in cui esso si inserisce⁶³.

In questo senso il risultato spinge in avanti la certezza, intercettando l'assetto (sostanziale) del rapporto amministrativo⁶⁴, rivalutando non solo il profilo procedimentale⁶⁵, anch'esso rispondente alla esigenza di certezza⁶⁶, ma quei profili sostanziali dell'azione (correlati alla valutazione del suo profilo teleologico) declinati successivamente alla definizione del precetto astratto da parte del legislatore, in linea con la distinzione tra disporre, cioè il dare regola all'azione, e provvedere⁶⁷, e ponendosi come elemento che consente al

bile aspirare a far ciò che è stato richiesto oggi alla pubblica amministrazione: conoscere i risultati, prevederli, prefigurarli, realizzarli con certezza» (40); ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 57 ss. dove evidenzia che il risultato si concretizza «negli effetti materiali e nelle conseguenze dei comportamenti sulle persone e sui beni di tutti i soggetti coinvolti nelle vicende (compresi gli agenti)» (58); ID., *La decisione giuridica*, Relazione al convegno organizzato dall'I.P.E. sul tema *il processo decisionale*, Napoli, 2000; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

⁶² Sul punto cfr. M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma 1988, 1 che pone in rilievo il profilo della prevedibilità dell'azione. Sul punto cfr. anche F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 78.

⁶³ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., 275 ss.; G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 223 ss. La correlazione tra certezza del diritto e risultato amministrativo è indagata diffusamente, e con spunti significativi, da M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 15 ss. la quale sottolinea che «entrambi i principi rinvergono un elemento di unificazione nello scopo di miglioramento della situazione dei consociati nei rapporti con la pubblica amministrazione» (34), entrambe «operano sul piano della realtà materiale che è poi il piano sul quale opera il principio di giustizia sostanziale, la cui vigenza nell'ordinamento è il risultato della combinazione del principio di uguaglianza sostanziale e della tutela dei diritti fondamentali, che viene invocato quale parametro di legittimità dell'amministrazione di risultato ed obiettivo di un diritto certo. Il che esclude per entrambi i principi la loro collocazione nell'area del non giuridico» (35).

⁶⁴ Una prospettiva chiara nella analisi di M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, cit., che pone anche in luce le connessioni con i profili organizzativi e con la stessa performance delle amministrazioni. Sul punto cfr. anche gli approfondimenti di M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss., il quale ne analizza le variabili organizzative; M. SPASIANO, *Organizzazione e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 342 ss.

⁶⁵ Sul punto si rinvia alle riflessioni di R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Diritto e società*, 2000, 101 ss. il quale sottolinea come «il risultato non possa essere misurato secondo parametri quantitativi (e quali, fra l'altro?) ma debba invece sempre sostanzarsi di legalità, essendo del tutto inammissibile ogni scambio transattivo di performance contro legalità» (115); S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 234 ss.

⁶⁶ Sul punto cfr. M. IMMORDINO, *op. cit.*, 26 ss.

⁶⁷ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *EdD*, IV, 238 ss.; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella*

contempo di superare la stessa incertezza insita nel dato normativo⁶⁸. Infatti, è proprio la dimensione del risultato amministrativo ad ampliare i confini entro i quali l'esigenza di certezza può essere legittimamente reclamata e soddisfatta, individuando quale parametro di riferimento la definizione degli obiettivi e delle priorità dell'azione secondo una dimensione che supera il paradigma formale della legittimità⁶⁹.

4. *La lenta emersione della rilevanza del tempo, come tempestività della decisione nei rapporti amministrativi e le esigenze di stabilità e garanzia dell'affidamento.* – In questo contesto si individuano le basi teoriche per una ricostruzione anche della certezza riferita al tempo dell'azione che supera i confini del (solo) obbligo di provvedere entro un termine certo, così come codificato nella legge sul procedimento amministrativo la cui reale portata è sempre stata offuscata dal dogma della irrisarcibilità del danno per lesione degli interessi legittimi che esprime, quest'ultimo, una visione parziale del sistema. E infatti, se nel contesto del bilanciamento degli interessi si inserisce, sia pure in maniera riflessa, stante il rapporto di strumentalità necessaria

teoria giuridica dell'organizzazione, Milano, 1969, anche Padova, 1989, il quale individua nella attività di indirizzo «lo strumento giuridico, a cui è affidata la realizzazione del risultato voluto dalla norma, a cui si riconnette il puntuale uso della libertà che residua nella decisione (singolarmente assunta) per il raggiungimento dei fini complessivi cui è ordinata l'azione amministrativa. (...) mezzo giuridico per giungere alla definitiva composizione degli interessi normativizzati e per "governare", quindi, in modo coordinato, la soddisfazione. Rispetto alla norma, esso si pone come mezzo a fine: riceve da questa la finalità unitaria e alla medesima coordina le finalità incorporate nei singoli poteri e presenti nelle singole attribuzioni. È attorno a questo principio organizzativo che viene prendendo corpo e articolandosi la conduzione dell'azione amministrativa, e vanno elaborandosi in modo caratteristico, tipi di atti, procedimenti e strutture organizzative» (167 ss.).

⁶⁸ In tal senso A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 87 ss. secondo il quale «affinché vi sia amministrazione di risultato la decisione della pubblica amministrazione basata sulla norma non può mai fondarsi sulla generalizzazione a unica ragione giustificatrice della decisione stessa quand'anche la portata della norma sia all'apparenza chiara: e ciò perché, così operando, si finisce per attribuire alla generalizzazione normativa non un valore probabilistico, la cui reale portata va verificata in relazione al fatto di realtà cui essa deve applicarsi, ma un valore assoluto (...) l'amministrazione di risultato, per essere tale deve adottare tecniche interpretative diverse da quelle utilizzabili per l'amministrazione di legittimità» (92) e deve guardare agli atti politici come atti di programmazione strategica. Su quest'ultimo profilo si rinvia a M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., in particolare 132 ss.

⁶⁹ Si tratta di una dimensione che emerge con chiarezza se si considerano le finalità della funzione di indirizzo politico nella quale, sulla base delle indicazioni contenute nel quadro normativo si delineano le strategie generali, si offre una prima composizione degli interessi. Una prospettiva analizzata, nel contesto della attività di indirizzo, da M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., e rispetto alla decisione da A. POLICE, *La pre-determinazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

con il provvedimento amministrativo, l'interesse (al bene della vita) del privato, è chiaro come l'interesse legittimo possa essere soddisfatto se e nella misura in cui i principi e le regole contenuti nello statuto dell'azione amministrativa siano rispettati⁷⁰ e tra questi anche le regole sui tempi della decisione e le garanzie via via elaborate in funzione del loro rispetto⁷¹. Una diversa prospettiva che consente di riempire di ulteriori contenuti il diritto alla certezza (dell'azione e della decisione).

Senza soffermarsi in questo contesto sugli ampi studi riguardanti la tematica del tempo dell'azione amministrativa, in una prospettiva prevalentemente diacronica, riferita al termine entro cui la decisione deve essere assunta dall'amministrazione, aspetto approfondito agli albori della legge sul procedimento amministrativo da Marcello Clarich⁷², per dare solo delle pennellate sulla rilevanza del tempo nei rapporti (amministrativi) economici al fine di delinearne un quadro di insieme che, evidentemente superi il confine del dettato del solo art. 2 della legge 241/90 nelle sue molteplici versioni, è necessario operare una lettura trasversale per verificare come e in che modo esso rilevi, e soprattutto venga "preso in considerazione" dall'amministrazione in questo contesto.

⁷⁰ «Ogni violazione di prescrizioni (formali e sostanziali) inerenti all'esercizio (unilaterale) del potere arreca, per ciò stesso, una lesione dell'interesse legittimo, in quanto ostacola l'ottenimento (o la conservazione) dell'assetto di interessi che offra soddisfazione all'interesse finale cui il primo è strumentalmente collegato» (F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 250); come «ogni violazione di principi e regole che riguardano qualsiasi aspetto del (lo svolgimento del) l'azione amministrativa, in quanto impedisca, complichino o ritardi la determinazione (o il mantenimento) di un favorevole assetto degli interessi (finali) per ciò stesso lede l'interesse legittimo» (F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 34).

⁷¹ Si pensi alla previsione di termini suppletivi contemplati all'art. 2 della l. 241/1990, o al divieto di sospendere il procedimento per più di una volta e per un termine superiore a 30 gg.

⁷² M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995. La dottrina sul tema è assai vasta. In aggiunta ai lavori richiamati nel testo sia consentito rinviare a G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998 il quale individua un rapporto circolare tra diritto e tempo inteso come rapporto nel quale il diritto prende le proprie mosse dalla dimensione del passato per attualizzarsi e proiettarsi nel futuro, pur essendo regola del presente; V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, 431 ss.; B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit.; G. SARACENI, *Il tempo nel diritto*, in *Iustitia*, 2003, 459 ss.; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005, 704 ss.; ID., *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005, 786; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 251 ss.; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in *Interesse pubblico tra politica e amministrazione* (a cura di A. Contieri e A. Zito), Napoli, 2010, 56 ss.; F. BIGNAMI, *Il tempo del procedimento ed il tempo del processo secondo la prospettiva del diritto costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 3843, per il quale, peraltro, «l'efficienza dell'operato dell'Amministrazione, inquadrata nell'ottica peculiare della celerità del provvedere, è divenuta una clausola costituzionale forte, a fronte della quale possono recedere istanze partecipative, istituti di garanzia, spazi deliberativi e persino competenze costituzionalmente protette»; S. OSELLA, *La centralità del "tempo" nella valutazione della correttezza della Pubblica amministrazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 649.

Il primo e più evidente impatto della interferenza è rappresentato proprio dal graduale riconoscimento della sua “rilevanza”, inteso come elemento che viene ad assumere una propria “autonomia” all’interno dell’azione dell’amministrazione, fino a diventare un principio cogente del diritto amministrativo, entrando all’interno della matrice dei diritti tra cui anche quello di libertà economica proprio dello Stato del mercato. Dunque, il tempo (e con esso la certezza) non solo come preconditione per la realizzazione dello Stato del mercato, ma come diritto, valore bilanciabile con gli altri che porta alla affermazione, sempre più ampia, di istituti creati dalla legge sul procedimento amministrativo per risolvere il problema della tempestività e della certezza dell’esercizio del potere amministrativo.

Basti pensare alla significatività, sempre più estesa, del silenzio che è sempre meno «un fatto mero che si qualifica a fronte dell’obbligo di provvedere» e, dunque, non «un provvedimento ma (...) inadempimento»⁷³, frutto di una soluzione normativa che esprime, come anticipato, un diverso modo di concepire proprio le coordinate del rapporto amministrazione/privato che non viene visto più, e questo ormai da tempo almeno per quanto riguarda le elaborazioni dottrinali, come titolare di un interesse occasionalmente protetto, ma entra in gioco nella dinamica di esercizio del potere con il proprio corredo di situazioni sostanziali, di diritti e libertà (tra cui il diritto alla certezza dei tempi e alla stabilità delle decisioni e la libertà di intrapresa economica, dunque i diritti del mercato e dei suoi operatori e utenti) che vengono lesi o garantiti dall’attività dell’amministrazione.

E così, spostando l’attenzione su un profilo diverso, la portata del principio di certezza abbraccia anche le questioni riconducibili alla esauribilità del potere, e alla possibilità per l’amministrazione di emanare un provvedimento tardivo. Un tema oggetto di vivaci dibattiti che non si sono sopiti neanche a seguito della emanazione della legge sul procedimento amministrativo, essendosi l’attenzione spostata sulla sua (del termine) qualificazione che, se non intesa, come di fatto è stato, in termini di perentorietà, non esclude il potere dell’amministrazione di provvedere tardivamente, facendo così vacillare l’esigenza di certezza⁷⁴.

In questo quadro, il principio (della certezza) emerge gradualmente come valore bilanciabile rispetto al potere, e la sua ponderazione crea una scala

⁷³ F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., 33 e 34 il quale lo definisce come «una situazione antiggiuridica, caratterizzata dall’inadempimento dell’obbligo di provvedere e dalla lesione dell’obbligo di provvedere e dalla lesione dell’interesse legittimo al provvedimento, sulla quale può intervenire il giudice dell’azione amministrativa».

⁷⁴ La ricostruzione del silenzio (non significativo) come mero fatto ha come logica conseguenza quella di ritenere sempre ammissibile l’esercizio del potere da parte dell’amministrazione, sebbene il provvedimento sopravvenuto non comporti la cessazione della materia del contendere (F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit. 295). In senso difforme M. CLARICH, *Il termine*, cit., F. MERUSI, *La certezza*, cit.; M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018.

assiologica in cui vengono in rilievo anche i profili attinenti alla stabilità delle decisioni, riferita ai principi di buona fede e tutela dell'affidamento nella stabilità della decisione⁷⁵.

E anche con riferimento ai profili attinenti al controllo successivo dell'amministrazione⁷⁶, il peso della necessità di garantire la certezza nella sua declinazione riferita alla stabilità può essere rintracciato proprio nelle previsioni via via introdotte tese a limitare il termine entro il quale tale potere può intervenire o comunque può essere sollecitato. Un esercizio tempestivo che, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza, deve essere sempre sorretto da una comparazione tra interesse pubblico e interesse privato che deve emergere in sede di motivazione secondo una logica insita nella stessa normatività della legge la cui applicazione non può prescindere dalla corretta valutazione delle premesse cognitive dell'azione. In maniera molto significativa la giurisprudenza ha, ad esempio, sottolineato la illegittimità di un provvedimento di annullamento degli effetti della Scia privo di tale motivazione, affermando che sarebbe impossibile riconoscere la non necessità della motivazione in ragione, ad esempio, del «poco tempo intercorso tra consolidamento della scia e intervento dell'amministrazione, perché, se si sostenesse tale tesi, si finirebbe per negare ogni rilevanza alla prescrizione di legge secondo cui l'amministrazione può e deve inibire i lavori entro 30 giorni e si introdurrebbe nel sistema un elemento di profonda incertezza, rendendo necessario individuare, nel silenzio della legge, quale possa essere il termine ragionevole entro il quale l'amministrazione può annullare senza motivare sull'interesse pubblico»⁷⁷.

Ed è così che, all'esito di un percorso certamente accidentato, la stabilità ha prevalso sulla possibilità di riesercitare il potere in qualsiasi momento, logica conseguenza della sua ritenuta inesauribilità. Non solo, dunque, il limite della valutazione dell'interesse pubblico ma anche quello del suo esercizio entro un termine certo, operando così un bilanciamento tra esigenza di legittimità dell'azione dell'amministrazione e affidamento del privato. Un approdo di non poco conto, che supera la tradizionale inesauribilità del potere,

⁷⁵ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, cit. 527 ss. Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit.

⁷⁶ Il tema, assai complesso, è stato oggetto di numerosi e pregevoli studi. Tra i diversi Autori sia consentito richiamare F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *EdD*, V, Milano, 1959, 540 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., 336 ss.; ID., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; ID., *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, 2017; A. RALLO, *L'inserimento del termine certo nell'esercizio dell'autotutela: appunti per una discussione*, in AA.VV., *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 57 ss.

⁷⁷ Tar Lazio, Latina, I, 6 giugno 2018, n. 290.

che di fatto si allinea alle ricostruzioni di inizio secolo scorso della dottrina austriaca relative alla immutabilità attraverso l'importazione nel contesto dell'azione amministrativa del concetto di giudicato e, dunque, attraverso l'applicazione di una regola di diritto comune.

E così, come rilevava Merusi, «il tempo dell'affidamento sugli effetti del provvedimento illegittimo prevale sul presente nel quale si accerta il vizio del provvedimento e si dovrebbe provvedere al ripristino della legalità violata. È il principio di buona fede *sub specie* di tutela dell'affidamento che legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell'accertamento della illegittimità, possa avere conseguenze. Il tempo dell'affidamento rende certa la conservazione dell'atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità»⁷⁸.

Una impostazione che, però, non viene riproposta in maniera identica in tutti gli ambiti, soprattutto in ragione della considerazione della natura (vincolata o meno) del potere esercitato. E in questo senso si inquadrano quegli orientamenti giurisprudenziali che si discostano da una interpretazione letterale che vorrebbe un limite temporale all'esercizio del potere di autotutela, in linea con il superamento della ritenuta perennità della potestà amministrativa di annullamento degli atti invalidi, introducendo ulteriori parametri di valutazione quale la ragionevolezza commisurata alla rilevanza dell'interesse pubblico. Dunque, una inconsumabilità che, però, non può comportare una meccanica funzione sanante, con la conseguenza che il parametro della ragionevolezza può essere garantito a seguito di un bilanciamento della certezza con la conoscibilità. E così viene considerato ragionevole il termine per l'esercizio dell'autotutela tutte le volte in cui la sua decorrenza coincide col momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto⁷⁹. Si pensi, ad esempio, all'ambito edilizio, nel quale in relazione ai provvedimenti di primo grado sanzionatori, come noto, l'Adunanza Plenaria⁸⁰ ha riconosciuto che «il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristi-

⁷⁸ F. MERUSI, *op. cit.*, 33.

⁷⁹ Cons. Stato, IV, 14 novembre 2019, n. 7831.

⁸⁰ Cons. Stato, A.P., 17 ottobre 2017, n. 9.

no»⁸¹. E in linea con questa impostazione, l'inerzia dell'amministrazione è assolutamente inidonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine è illegittimo, non radicando alcun legittimo affidamento in capo al proprietario dell'abuso, quand'anche egli sia acquirente in buona fede. La doverosità dell'azione – stante anche la natura permanente dell'illecito – supera dunque l'esigenza di stabilizzazione connessa al legittimo affidamento, e la tardività dell'azione rileva soltanto ai fini dell'accertamento della responsabilità del funzionario o del dirigente responsabile del ritardo⁸².

Un discorso che si fa più complesso con riferimento alle ipotesi della revoca rispetto alle quali il bilanciamento con il tempo, con le esigenze di stabilità, va effettuato alla luce del principio di proporzionalità e dunque della idoneità, necessità e adeguatezza della misura adottata in aggiunta al requisito di validità rappresentato dalla prevedibilità del mutamento al momento dell'adozione del provvedimento.

Esigenza di stabilità che viene garantita, rinforzata, proprio con riferimento agli "atti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici" - cioè quegli atti, come evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato⁸³, necessari per lo svolgimento di un'attività economica, in linea con l'ampio concetto di autorizzazione delineato nel diritto dell'Unione Europea. In questi casi viene stabilita, ad esempio, la non revocabilità per rivalutazione dell'interesse pubblico originario e, come detto, la non annullabilità decorsi 18 mesi dalla loro adozione, a meno che non venga accertata, con sentenza penale passata in giudicato, la falsità degli elementi fattuali posti a base della decisione dell'amministrazione che così è stata fraudolentemente indotta in errore. Dunque, una impostazione che per certi versi supera anche il parametro della legittimità dell'affidamento, individuando quale unico limite la falsità della rappresentazione dei fatti o delle dichiarazioni sostitutive poste a base della decisione.

Seguendo questa impostazione si trova una indicazione interpretativa anche per le ipotesi che intercettano la delicata questione del bilanciamento tra buona fede e sopravvenienza normativa, garantito anche attraverso l'applicazione del principio *tempus regit actum*, evidentemente, con riferimento ai provvedimenti a efficacia durevole per i quali il mancato esaurimento degli effetti comporta, o meglio dovrebbe comportare, secondo una parte della giurisprudenza, l'obbligo per la pubblica amministrazione di rivalutare la complessiva vicenda alla luce dello *ius superveniens*. Un'impostazione che, evidentemente, contrasta proprio con la tutela del legittimo affidamento e

⁸¹ Cons. Stato, A.P., 17 ottobre 2017, n. 9, cit. In linea con questa interpretazione da ultimo TAR Lazio, Roma, II *quater*, 17 luglio 2020, n. 8258.

⁸² Cons. Stato, VI, 5 settembre 2018, n. 5204.

⁸³ Cons. Stato, VI, 10 dicembre 2015, n. 5625; VI, 29 gennaio 2016, n. 351. Sul punto cfr. anche Cons. Stato, A.P., 17 ottobre 2017, n. 8.

che parte della giurisprudenza tende ad attenuare ricorrendo al diverso principio del *tempus regit actionem*⁸⁴, valevole nei casi in cui il procedimento si sia concluso con grave ritardo. Significativa in tal senso l'Adunanza Plenaria richiamata in precedenza nella quale viene affermata la generale insensibilità del bando alle sopravvenienze normative volte a modificare procedure concorsuali in fase di svolgimento, essendo il perimetro regolatorio identificato con quello vigente al momento dell'adozione dell'atto, e ciò in funzione di uno svolgimento certo e imparziale della selezione, residuando, come sola eccezione, lo *ius superveniens* avente ad oggetto proprio specifico concorso in svolgimento purché la norma provvedimento rispetti i parametri di ragionevolezza sottolineati dallo stesso giudice costituzionale nella sentenza n. 137 del 2009. Dunque, una sostanziale impermeabilità del procedimento alle sopravvenienze normative, giustificata dal tempo della buona fede, la cui applicazione oltrepassa il confine della tutela dell'affidamento, intercettando il generale canone della correttezza che, come noto, non trova ampia condivisione delle sedi dottrinali e giurisprudenziali.

Questa una sostanziale differenza rispetto allo stesso potere legislativo, essendo l'amministrazione priva di quella libertà di cambiare idea e di rivedere l'assetto di interessi definito nel provvedimento amministrativo ogni volta che lo ritenga opportuno essendo comunque vincolata, sia pure non in senso assoluto, dalla determinazione adottata.

In questo senso, dunque, la certezza della buona fede si pone come «una certezza senza tempo con la quale un principio di diritto romano comune ha corretto e corregge ogni ordinamento codificato sostituendo al tempo naturale della legge il tempo del diritto quando il tempo della legge non dà risultati coerenti con la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini»⁸⁵.

5. *Certezza del tempo della soluzione al problema amministrativo nella prospettiva del rapporto e istituti di semplificazione.* – Lungo questo percorso il tempo è lentamente emerso come bene autonomamente valutabile, come spazio della decisione che non solo deve essere “ragionevole” rispetto alla complessità del procedimento, ma deve bilanciare anche le contrapposte esigenze del mercato nella consapevolezza che la “dilatazione” del tempo della

⁸⁴ Sul punto si rinvia alla analisi di G. COMPORI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto internazionale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001.

⁸⁵ F. MERUSI, *op. cit.*, 37. Una evoluzione che si coglie anche nel diritto civile. Emblematico il cambio di segno del diritto societario che, come sottolineato da una parte della dottrina (G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018, 45), nel 2003 registra la prevalenza, nel sistema normativo, dell'interesse della società e la stabilità dell'atto invalido consentendo «la negoziazione o meglio la rinegoziazione degli interessi facenti capo ad una prestabilita minoranza dei soci, che possono rinunciare all'azione d'invalidità della delibera consiliare e optare per l'azione risarcitoria nei confronti degli amministratori che l'hanno adottata».

decisione e lo stesso rischio amministrativo non risultano compatibili con i tempi del mercato, con i tempi degli investimenti, con i tempi del mercato del lavoro e del corretto operare dell'amministrazione. E la stessa dimensione di valore del tempo è entrata anche nei ragionamenti dello stesso giudice amministrativo⁸⁶ per il quale il tempo viene indicato come «componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex articolo 41 Cost.»⁸⁷. Si coglie, così, una duplice contrapposta prospettiva in cui il tempo si pone come elemento condizionante la competitività del «sistema paese»⁸⁸ che proiettata, come argutamente sottolineato dalla dottrina, «in uno scenario, ormai irreversibile, di “concorrenza tra ordinamenti giuridici”» comporta che gli investimenti in attività economiche e imprenditoriali «vadano a concentrarsi ... su quegli ordinamenti in cui si è maggiormente garantita la certezza e la rapidità dei tempi di risposta alle istanze presentate all'amministrazione per essere facilitati all'avvio di tali attività; in altri termini, in quegli ordinamenti laddove il “rischio amministrativo” sia minore e calcolabile»⁸⁹.

E in questo contesto si apre un ventaglio di ambiti di indagine che in una prospettiva diacronica presentano un comune denominatore rintracciabile in una sorta di ravvicinamento dei sistemi (dell'amministrazione e del mercato) in ragione della interferenzialità che ha comportato uno scambio di linguaggi e di principi.

Il primo e più evidente ingresso del fattore tempo nella accezione ivi considerata, e cioè come tempo della decisione, come evidenzia Merusi nel suo saggio su *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*⁹⁰, avviene in quello che lui definisce come stato totalizzante, cioè lo Stato caratterizzato dalle programmazioni generali settoriali, nelle quali si assiste a una declinazione, ad esempio, dei tempi dei vincoli preordinati all'esproprio. Quello stesso Stato che punta sulla programmazione come strumento di razionalizzazione e garanzia di prevedibilità dell'azione dell'amministrazione.

⁸⁶ Cons. Stato, Parere 15 aprile 2016, n. 929

⁸⁷ A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in *Persone e amministrazione*, 2017, 313 ss., in particolare 320.

⁸⁸ A. COLAVECCHIO, *op. cit.*, 321.

⁸⁹ A. COLAVECCHIO, *op. cit.*, 321.

⁹⁰ *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 527 ss., anche in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, cit. 33 ss. Dello stesso Autore, si veda l'analisi condotta in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2009. Il tempo, nella prospettiva considerata, non viene presentato quale elemento di appannaggio solo della legge, ma consegnato anche nella sfera della garanzia della buona fede e dell'affidamento: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all'alternanza*, Milano, 2001. Sul tema sia consentito rinviare a F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, nonché a L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza, Profili di tutela del privato*, cit.

Ed è con il passaggio a quello che comunemente si definisce lo “Stato del mercato” che il tempo, le certezze temporali anche dell’azione dell’amministrazione acquisiscono gradualmente un rilievo autonomo, emergendo nelle plurime sfaccettature richiamate, non solo in una dimensione quantitativa, ma anche qualitativa, assurgendo, solo in seconda battuta e con estrema lentezza, proprio il tempo a bene giuridicamente rilevante. E così il tempo dell’economia in un certo senso preme e condiziona il tempo dell’amministrazione imponendogli un adeguamento, che, però, non può che essere, anzi deve risultare compatibile con le sue (del procedimento) caratteristiche di durata⁹¹ connesse al tempo (del procedimento) necessario per la individuazione di una soluzione al problema giuridico, cioè, in diversa prospettiva, al tempo necessario per il conseguimento del (giusto) risultato.

La rilevanza del tempo della decisione rispetto alle attività economiche, e dunque una diversa dimensione della certezza, emerge con maggiore chiarezza se si considera il peso che essa (sia autorizzativa o di controllo successivo) viene ad assumere nel contesto del mercato o in quanto direttamente concorrente alla produzione del bene certezza⁹² riferito alla definizione del rapporto amministrativo oppure come «fonte delle regole che compongono la cornice istituzionale del mercato». E ritorna alla mente Max Weber il quale sottolineava che «il capitalismo moderno industriale, su basi razionali, ha bisogno, al pari dei mezzi tecnici calcolabili, di un diritto di cui si possa fare calcolo e di una amministrazione secondo regole formali»⁹³, evidenziando la rilevanza che le dimensioni legate alla certezza assumono all’interno del mondo economico. Rilevanza ormai divenuta consapevolezza nel contesto della progressiva trasformazione dello Stato liberale da “guardiano notturno” a protagonista dello sviluppo economico e sociale delle comunità, e dunque nella prospettiva in cui lo Stato, il diritto amministrativo, vengono chiamati a interpretare un ruolo che non può essere identificato con il mero esercizio del potere, considerato come situazione giuridica soggettiva che si impone sulle altre, ma come situazione che si interfaccia con le altre, presupponendo, dunque, un momento di garanzia dei diritti fondamentali tra cui in primo luogo, come detto, il diritto di libertà economica nelle sue molteplici e multiformi manifestazioni.

Una prospettiva che non può essere scissa dalla considerazione della trasformazione cui si è assistito, o se vogliamo dalla graduale presa di consape-

⁹¹ Sul punto si rinvia nuovamente allo studio di G. COMPORI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto internazionale dei procedimenti amministrativi*, cit., in particolare 20-21. Sul punto cfr. anche l’analisi di P.G. PORTALURI, *La regola estrosa, note su procedimento amministrativo e ius superveniens*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹² M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 321, in particolare 323.

⁹³ *Economia e società, III, Sociologia del diritto*, Torino, 2000, 133.

volezza, o riconoscimento, della autonoma identità del soggetto che si pone rispetto al potere con un suo corredo di diritti che impone un dialogo con il potere funzionale alla definizione del rapporto amministrativo, un dialogo che è reso possibile anche (o forse proprio) dal suo essere titolare di una situazione giuridica soggettiva (sostanziale) che consente tale dialogo, che, come insegna Scoca, preesiste all'esercizio di potere e che è proprio funzionale alla garanzia della correttezza di quel rapporto sostanziale, proiettato verso il risultato amministrativo.

E su questo solco si inseriscono evidentemente gli "strumenti di semplificazione" (la Dia prima e la Scia poi, e uno spazio dovrebbe poi essere riservato alla conferenza di servizi che si pone nella prospettiva della operazione amministrativa⁹⁴), che ben esprimono questa necessità e che, come fa rilevare la dottrina e una parte della giurisprudenza, sono da considerarsi strumenti di liberalizzazione dell'attività, in linea con il diritto comunitario che ritiene ammissibile un regime autorizzatorio delle attività private soltanto nell'ipotesi in cui un controllo *ex post* per motivi di interesse generale quali sanità, ordine pubblico non possa essere considerato soddisfacente (dir. Bolkenstein); il che implica una valutazione a monte operata dal legislatore relativa alla necessità di una valutazione *ex ante* da parte del potere pubblico.

Si tratta di strumenti che se da un lato rispondono al paradigma della celerità e della certezza richiesto dal mercato, dall'altro, almeno nella loro iniziale configurazione, hanno avuto l'effetto di spostare in avanti (almeno per la Dia/Scia e per certi versi anche per il silenzio assenso) il momento di intermediazione e verifica da parte del soggetto pubblico della attività privata, con potenziali riflessi negativi anche sulla spendibilità nel mercato delle situazioni soggettive ad esse correlate, alimentando così un ampio dibattito sulle garanzie riconosciute al privato e, in ultima analisi, sulla certezza della stabilità dell'assetto di interessi formatosi in ragione del decorso del tempo. Certezza che è ancor più ipotecata dal continuo adattamento della normativa che in alcuni casi rischia di porsi come il frutto di quella *métis*, intesa, però, nella sua accezione negativa.

Superata la ricostruzione che, sulle orme dello schema già seguito in materia di silenzio, ricollocava in prima battuta la Dia nell'alveo dell'atto amministrativo tacito, idea che tanto faceva inorridire Ledda che non si capacitava su come fosse possibile parlare, interpretare, impugnare qualcosa che non c'è (un non atto)⁹⁵, l'attenzione è stata focalizzata sull'istituto configurando di-

⁹⁴ Sul punto si veda l'analisi di D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Napoli, 2002; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit.; E. PICOZZA, *Note minime sull'istituto della conferenza dei servizi e l'evoluzione della realtà*, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, 699 ss.

⁹⁵ Oltre alle preziose discussioni di cui Ledda rendeva partecipi i suoi allievi, sia consentito richiamare quanto da lui rilevato, ad esempio, in *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, cit.,

versamente la tutela del terzo rispetto alle conseguenze derivanti da «un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere una attività direttamente ammessa dalla legge»⁹⁶. In tal modo l'attenzione è stata spostata in un primo momento dall'atto tacito all'accertamento richiesto dal terzo dell'inesistenza della situazione legittimante sottesa alla Scia⁹⁷. E poi, riutilizzando di nuovo lo strumento dell'atto tacito, riconoscendo al terzo il potere di aggredire l'atto tacito negativo relativo al esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione, cercando così di ottenere un annullamento ai sensi dell'articolo 29 del c.p.a., e un'eventuale condanna attraverso l'azione di adempimento, tesa «ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio, ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia»⁹⁸.

Un'impostazione che, come noto, è stata in parte sovvertita dal legislatore attraverso la riscrittura del comma 6^{ter} dell'articolo 19 confinando all'interno dell'azione avverso il silenzio le forme di tutela del terzo, sottendendo quindi una diversa impostazione anche della questione relativa alla esauribilità del potere sulla quale si è pronunciato il giudice costituzionale⁹⁹ che, nel confermare la costituzionalità del comma 6^{ter}, ha offerto una lettura che va nel senso della esauribilità del potere dell'amministrazione, precisando che la fase amministrativa che accede alla liberalizzazione della attività oggetto di segnalazione costituisce una parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi. In particolare, il giudice costituzionale ha precisato che «una dilatazione temporale dei poteri di verifica, per di più con modalità indeterminate, comporterebbe (...) quel recupero dell'istituto all'area ammini-

nel quale «ancor oggi si parla di una “formazione” o di un “procedimento formativo”, cioè creativo o “produttivo del silenzio” (in questa produzione si ha certo qualcosa di veramente prodigioso, quasi una esaltazione della metafisica). (...) La patria del diritto, che indiscutibilmente merita di essere ricordata anche come patria della chiacchiera, dispone di risorse pressoché infinite: i “silenzii” sono divisi e raggruppati in diversi tipi e sottotipi; possono essere inoltre non soltanto “impugnati” ma prima ancor “sospesi, e costituire la premessa di un giudizio di “ottemperanza”, che fornirà al commissario *ad acta* una ghiotta occasione per inevitabili pasticci. (...) Le nuove prospettive sembrano radiose veramente: avremo un ciclo che ha inizio col silenzio e col silenzio si conclude; la metafisica potrà trionfare finalmente, sia pur con qualche spesa per il cittadino e con non lieve pregiudizio di quel pubblico interesse che da più di un secolo ci opprime minacciando la nostra libertà. Il prima e il dopo, il *vor* e il *nach*, potranno essere distinti con l'ausilio non dispendioso di un comunissimo orologio; di una responsabilità per i danni che potranno derivare dalla omissione di comportamenti necessari non avrà gran senso discettare, almeno quando il silenzio sia stato “formato” o “prodotto”, con il rispetto del rituale stabilito dal legislatore o dalla giurisprudenza (...). Ma a questo punto, sia pur con una nota di sconforto, il discorso può essere interrotto: ci si consenta di dire, solamente, che il silenzio non è “forma”, ed ancor meno risultato di un processo “formativo”, ma rappresenta soltanto un altro privilegio molto triste della giurisprudenza italiana» (558).

⁹⁶ Cons. Stato, A.P., 29 luglio 2011, n. 15.

⁹⁷ Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2009, n. 717.

⁹⁸ Cons. Stato, A.P., 29 luglio 2011, n. 15.

⁹⁹ Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45.

strativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere». E così le verifiche cui è chiamata l'amministrazione possono essere esercitate entro i 60 o 30 giorni dalla presentazione della Scia o nella diversa tempistica prevista per l'annullamento d'ufficio: «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 estingue». Una situazione che per certi versi trova conferma nel recente intervento normativo che, modificando nuovamente sull'articolo 2 della legge sul procedimento amministrativo¹⁰⁰ prevede la "inefficacia" dei provvedimenti adottati tardivamente esplicitando tanto nelle ipotesi di conferenza di servizi, quanto in tutti gli altri casi in cui sia necessario acquisire nulla osta, concerti o altri atti da altre amministrazioni, nonché nelle ipotesi di silenzio¹⁰¹.

6. *Cenni sulla lenta (e parziale) affermazione del tempo come bene giuridico valutabile e prassi della responsabilità.* – Si tratta di un'evoluzione che dovrebbe trovare una sorta di momento di chiusura nel riconoscimento di una autonoma rilevanza del tempo che assurge a bene giuridico in sé considerato, con conseguente codificazione del danno da ritardo rispetto al quale il mancato rispetto del termine – in quanto fatto giuridico autonomo assistito da specifici strumenti di reazione sostanziali e processuali – rientra nella categoria dell'illecito¹⁰², completando così il quadro delle tutele riconosciute al privato non solo rispetto all'esercizio del potere attraverso l'emanazione di un

¹⁰⁰ Il richiamo è alla previsione di modifica introdotta con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, in particolare art. 12.

¹⁰¹ Significativo, nel senso appena indicato, anche l'ingresso nel sistema processuale della stessa azione di adempimento, i cui ambiti di applicazione si scontrano con il mancato esaurimento della discrezionalità dell'amministrazione precedente, ma se la certezza si vuole garantire, non possono limitarsi all'accertamento della sussistenza dell'obbligo di provvedere. E le riflessioni potrebbero estendersi alla portata degli articoli 2 e 16 della legge sul procedimento amministrativo nonché ai profili di responsabilità connessi al mancato rispetto del tempo. Sul punto F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., dove afferma che «nei limiti in cui può individuare e interpretare le disposizioni applicabili e ricostruire autonomamente il fatto, con salvezza delle sole valutazioni (quali esse siano) riservate all'amministrazione, il giudice, quindi potrebbe anche "arricchire" il contenuto della sentenza (breve) resa nel giudizio avverso il silenzio rendendo intangibili, nella successiva attività amministrativa, le conclusioni ivi raggiunte, e in tal modo indirizzando (e restringendo anche i margini del) l'azione del commissario eventualmente nominato» (267).

¹⁰² Sul punto significativamente F. PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, in *www.giustamm.it*, 2011, 10.

provvedimento espresso, ma rispetto a un esercizio tempestivo del potere, secondo uno schema in base al quale doverosità¹⁰³ della decisione e tempestività della stessa sono posti sullo stesso piano¹⁰⁴. Ma l'applicazione concreta dell'istituto rende dovuto il condizionale.

Ed è proprio il momento della responsabilità quello che palesa la maggiore criticità del radicamento e del riconoscimento del principio di certezza all'interno del sistema, e questo tanto ove lo si misuri con riferimento al risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo quanto al risarcimento del danno da ritardo. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso il radicamento della responsabilità risente dell'ipoteca concettuale di un sistema radicato sull'atto amministrativo come momento condizionante la stessa nascita dell'interesse legittimo. E infatti, in entrambi i casi, si manifesta la ipoteca che tutt'ora pende sulla effettività della tutela del privato di fatto limitata agli interessi oppositivi¹⁰⁵, circoscrivendo anche l'ambito di applicazione dello stesso danno da ritardo la cui risarcibilità, attraverso la distinzione tra danno da ritardo e danno da mero ritardo, viene condizionata da una valutazione sulla spettanza del bene della vita¹⁰⁶, nonostante il riconoscimento della rilevanza del tempo in sé e per sé considerato e, dunque, la sua autonoma valutabilità da un punto di vista economico in ragione, ad esempio, delle implicazioni che esso può avere anche sulla pianificazione degli investimenti da parte dell'operatore economico. Impatto che è ancor più evidente, come evidenziato dalla dottrina, nell'ipotesi in cui il privato non ha scelto di assumere su di sé il rischio amministrativo, e dunque non ha in alcun modo avuto la possibilità di «previamente calcolare tale rischio e programmare conseguentemente la tempistica delle proprie scelte imprenditoriali»¹⁰⁷, come nel caso dei procedimenti sanzionatori, e più in generale dei procedimenti a iniziativa d'ufficio. E ciò, nonostante la violazione della «regola del tempo dell'azione» si ponga in contrasto con quelle regole e principi che costituiscono lo statuto

¹⁰³ A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e in silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2017, in particolare 301; F.G. SCOCA, *Amministrazioni pubbliche diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 256.

¹⁰⁴ Come rilevato da una parte della dottrina, «la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso ed entro un termine certo e predeterminato costituisce (...) un vero e proprio bene sostanziale, autonomo rispetto all'interesse legittimo, pretensivo o oppositivo, che si fa valere in sede procedimentale, tutelabile in sé e di per sé (...) ciò che rileva è che il cittadino non venga lasciato in una situazione di attesa, indipendentemente dalla fondatezza della pretesa ad ottenere un bene della vita o a conservarlo, ed a prescindere dalla legittimità o meno dell'eventuale provvedimento tardivo». M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo fra certezza ed incertezza*, in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 138-139.

¹⁰⁵ F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.

¹⁰⁶ Questa la regola di giudizio stabilita da Cons. Stato, A.P., 15 settembre 2005, n. 7.

¹⁰⁷ A. COLAVECCHIO, *op. cit.*, 329.

dell'azione dell'amministrazione¹⁰⁸ rappresentando, dunque, una lesione dei canoni generali di correttezza e buona fede e, quindi, una lesione dell'affidamento del privato che prescinde dalla valutazione della legittimità del provvedimento dell'amministrazione e della stessa spettanza. E così si è persino giunti ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario da parte del giudice di Cassazione per le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno da mero ritardo. Una ricostruzione alla cui base vi è il riconoscimento della responsabilità riconducibile alla violazione degli obblighi connessi ai principi di buona fede e affidamento: il privato non potrebbe fare affidamento su tale rapporto qualificato. In altri termini, oggetto della tutela non è «il diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio», ma «l'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione» rispetto al quale, dunque, il tempo diviene fattore determinante¹⁰⁹. E, secondo la ricostruzione offerta, avendo il privato fatto affidamento nel comportamento dell'amministrazione non si individuerrebbe un esercizio di potere sul quale radicare la giurisdizione del giudice amministrativo¹¹⁰. In questo quadro è evidente il non accoglimento di una visione relazionale dell'interesse legittimo, in ciò discostandosi dalla ricostruzione dog-

¹⁰⁸ F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., il quale sottolinea che «se l'amministrazione, che legittimamente può assumere un provvedimento sfavorevole (ma che probabilmente può assumere altrettanto legittimamente uno favorevole), ingiustificatamente traccheggia, perde tempo, costringe il privato ad affrontare spese o a prolungare i tempi di eventuali esposizioni finanziarie, può creare danni: tali danni vanno considerati ingiusti e in base ai principi di responsabilità civile vanno risarciti» in quanto «causati con violazione dei principi e delle regole riguardanti (lo svolgimento del) l'azione amministrativa (sono cioè *non iure*) e colpiscono interessi giuridicamente protetti (sono *contra ius*)». Una posizione già anticipata da Scoca nella voce *Interessi protetti*, cit., in particolare 18-19.

¹⁰⁹ Una prospettiva chiara anche nelle parole della Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5, cit., che sottolinea come il comma 1 dell'art. 2bis «configura un danno da ritardo che prescinde dalla spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento adottato in violazione del termine» e che «deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione».

¹¹⁰ «Il privato ha riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione. In questo caso i detti principi valgono con maggior forza, perché, l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa e il privato si gioca interamente sul piano del comportamento (quella dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione e il privato) nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo» (Cass., SU, 28 aprile 2020, n. 8236, cit.). L'orientamento richiamato si pone in linea con alcuni precedenti, richiamati dalla stessa Cassazione (SU 13454/2017 e SU 13194/2018 dove, ad esempio, ancorandosi alla tradizionale visione delle situazioni giuridiche soggettive, il Giudice nega la giurisdizione del giudice amministrativo qualora difetti il presupposto della sussistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato).

matica di Scoca, che giustamente lo qualifica come interesse a un comportamento dell'amministrazione strumentale alla soddisfazione di un bene della vita, in quanto la stessa fattispecie causativa del danno risarcibile dinanzi al giudice amministrativo viene individuata nella lesione dell'affidamento sulla legittimità di tale atto¹¹¹ escludendosi la connessione, anche in astratto, con l'esercizio di potere proprio in ragione dell'inerzia della pubblica amministrazione¹¹². Una distinzione che in astratto porta a distinguere diversi piani sui quali buona fede e affidamento potrebbero operare. Il primo relazionale, antecedente all'esercizio di potere, se vogliamo suo presupposto, dato il carattere del rapporto privilegiato tra cittadino e pubblica amministrazione; il secondo operante rispetto all'esercizio di potere.

Ma se si riflette sul bene tutelato dai principi di affidamento e buona fede alcune perplessità sorgono¹¹³. Se, infatti, presupposto logico dell'affidamento è la situazione di apparenza che viene a crearsi in determinate circostanze che ingenera delle aspettative nel soggetto, e se la stessa buona fede (oggettiva) corrisponde all'obbligo posto in capo all'amministrazione di tenere un determinato comportamento (che nel caso del danno da mero ritardo manca) o, radicando la buona fede al più generale obbligo di correttezza che si esprime nella conformità allo statuto dell'amministrazione, riferito, dunque, «al modo in cui l'amministrazione agisce nell'assumere la decisione»¹¹⁴ non si individua la estraneità rispetto al potere, in quanto è proprio ad esso che si fa riferimento, al suo corretto

¹¹¹ «La lesione (...) discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinsecano nel provvedimento, bensì alla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regola la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità» in ciò richiamando la stessa Adunanza plenaria, 4 maggio 2018, n. 5, «non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati anche per la pubblica amministrazione le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento) ma regole di responsabilità (per il comportamento) complessivamente tenuto».

¹¹² E così, anche alla luce del dettato della Corte costituzionale (191/2006) la quale afferma che «il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato, infatti, si pone – e va valutato – su un piano diverso rispetto a quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto procedimentale di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto (...) o addirittura, essere legittimo, così da risultare “un frammento legittimo” di un mosaico connotato da una condotta superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico» (Cons. Stato, A.P., 4 maggio 2018, n. 5)».

¹¹³ Sul punto sia consentito rinviare all'analisi condotta in L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit.

¹¹⁴ F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, 2003, 471 ss., in particolare 472.

(tempestivo) esercizio, indipendentemente dalla decisione sulla spettanza. Se, dunque, l'affidamento viene correlato al corretto esercizio di potere in ragione della fiducia che il cittadino ripone nel *modus* in cui la stessa amministrazione esercita (o non esercita, nel caso di mero ritardo) il potere¹¹⁵, non si vede la crisi che giustifica il radicamento della giurisdizione nella proiezione datane dal giudice di Cassazione, a meno di non considerare l'interesse legittimo in termini di una situazione giuridica soggettiva che nasce con l'esercizio di potere, quindi non in astratto un interesse al comportamento dell'amministrazione, ma un interesse che a un comportamento corretto da un punto di vista sostanziale, nasce quando l'azione ha avuto inizio¹¹⁶ o addirittura è stata esercitata. In questo senso, dunque, l'interesse qualificato ad una azione tempestiva, e dunque anche all'esercizio dell'azione, verrebbe a collocarsi all'esterno della dinamica dell'esercizio di potere, quasi come suo presupposto.

Ma in realtà, se si considera la connessione logica rinvenibile tra esigenza di certezza e il suo corollario (l'affidamento), si delinea un percorso che, a ritroso, individua non solo la certezza (anche in senso di prevedibilità) della decisione, la sua stabilità, ma anche la sua indifferibilità, e che dunque include la stessa determinazione in ordine all'esercizio dell'azione¹¹⁷. In questo senso, se si condivide il presupposto, e cioè che l'interesse legittimo del privato non nasce con il provvedimento, con la decisione, ma preesiste ad essa, intercettando anche il percorso formativo della volontà dell'amministrazione, fino dalla predeterminazione dei criteri dell'azione¹¹⁸, non si può escludere proprio la fase della iniziativa, essendo "buona fede", "affidamento", "correttezza" principi che offrono le coordinate entro cui il rapporto privilegiato con l'amministrazione (nel quale si deve inserire l'avvio dell'azione) deve muoversi. Una conclusione che, a mio avviso, trova un ulteriore elemento di supporto proprio se si pensa ai poteri di reazione (avverso l'inerzia) accordati dall'ordinamento. L'effetto collegato alla fattispecie dell'assenza, infatti, tro-

¹¹⁵ L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., in particolare 174 ss.

¹¹⁶ È questa pare essere la prospettiva assunta dai giudici delle SU ad avviso dei quali «Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui correttezza».

¹¹⁷ L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., in particolare 177-178.

¹¹⁸ L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., 240 ss.

va inevitabilmente il suo aggancio nelle norme che disciplinano la fattispecie che contempla la reazione all'assenza rispetto alla quale, dunque, non può logicamente escludere l'esistenza di un "interesse qualificato" del soggetto all'intrapresa dell'azione amministrativa, all'esercizio del potere proiettato certamente verso il risultato ma garantito nel suo esercizio da regole (formali) tra cui rientra anche il tempo dell'azione. Interesse al rispetto proprio di quelle norme generali che devono orientare l'azione dell'amministrazione e la cui violazione determina l'illiceità del comportamento (omissivo) dell'amministrazione.

E così in questo contesto il tempo come bene giuridico valutabile, soprattutto nell'ambito delle attività economiche, diventa fattore di valutazione della stessa responsabilità dell'amministrazione e non solo con riferimento all'esercizio dell'azione ma anche con riferimento al danno da mero ritardo.

7. *Conclusioni.* – In questo quadro, seguendo la linea dogmatica tracciata da Scoca nelle sue riflessioni si coglie una diversa dimensione in cui il privato viene collocato rispetto al potere. E questo è ancor più evidente se si considera anche la circolarità delle posizioni giuridiche soggettive con la conseguenza della impossibilità di circoscrivere il discorso alla bilateralità del rapporto privato pubblica amministrazione, dovendo necessariamente anche includere nella prospettiva quelle relazioni giuridiche che, pur non essendo formalmente coinvolte nella specifica dinamica dell'esercizio di potere, comunque risentono della strutturazione di quella determinata relazione giuridica.

In questo secondo senso si colgono, dunque, dalla prospettiva del rapporto, similitudini che via via si sono affinate tra diritto civile e diritto amministrativo, contratto e provvedimento amministrativo intesi come luoghi di definizione del rapporto tra le parti, per regolare la conformazione del procedimento amministrativo come «strumento di democrazia che dal basso consente» ai cittadini «di partecipare alla vita della collettività»¹¹⁹. Dunque, una prospettiva che non può essere estranea neanche ai contesti di *spending review* in cui «l'attenta considerazione della variabile temporale (che incide sulla lievitazione dei costi), la riorganizzazione delle procedure e delle forme di tutela, con riferimento alla dilatazione dei tempi di realizzazione» devono essere tenute in debita considerazione, senza far perdere quella attenzione per la nervatura del reale, scegliendo i tempi opportuni affinché i diversi elementi e soggetti, le diverse situazioni giuridiche soggettive coinvolte abbiano la loro identità rispettata, trovando nel molteplice il ritmo giusto, secondo quella prassi della responsabilità che non consente di sacrificare

¹¹⁹ G.P. CIRILLO, *op. cit.*, 58.

sull'altare del tempo l'analisi critica dei dettagli, delle premesse cognitive dell'azione, procedendo così in un tempo ragionevole con il giusto mezzo che è l'apice dell'azione amministrativa.