

*Potere amministrativo, tempo e consumazione:
riflessioni
a margine di Cons. Stato, sez. VI - 19 gennaio 2021, n. 584*

Di ELEONORA LIBERALI

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La tradizionale inesauribilità del potere amministrativo – 3. La costituzionalizzazione del rapporto amministrativo e l'emersione del bene “tempo” – 4. La tesi eversiva della perentorietà dei termini – 5. La presa di posizione di Cons. St., VI, n. 584/2021 – 6. Conclusioni

Abstract. Come noto, con la pronuncia n. 584 del 19 gennaio 2021, la sezione VI del Consiglio di Stato ha risolto il conflitto giurisprudenziale afferente alla perentorietà o meno dei termini di conclusione di procedimenti sanzionatori di competenza di Autorità Indipendenti, affermando che il relativo potere è sottoposto a termini decadenziali, a prescindere da un'espressa previsione legislativa in tal senso.

Partendo da tale presupposto, ma compiendo un'analisi di più ampio respiro, il lavoro si propone di analizzare l'attuale rapporto intercorrente tra potere amministrativo, rispetto dei termini di conclusione del procedimento e sanzione della consumazione, con l'intento di evidenziare i punti di rottura col più recente passato, derivanti dalla crescente importanza attribuita alla posizione di interesse legittimo vantata dal privato dinanzi alla P.A.

1. Introduzione

La pronuncia in commento, sebbene riferita allo specifico settore dei procedimenti sanzionatori opera di Autorità Amministrative Indipendenti (nella specie ARERA), si inserisce nella più generale tendenza – anche legislativa – volta a limitare temporalmente l'esercizio del potere amministrativo a tutela della posizione del privato, che altrimenti rimarrebbe ingiustamente esposto *sine die* alla scure della potestà pubblica.

Le stesse motivazioni spese dal giudice amministrativo nell'anzidetta sentenza confermano, infatti, questa inclinazione, evidenziando come la sottoposizione a un procedimento scandito



da tempi certi costituisca naturale corollario del diritto di difesa e del diritto a una tutela effettiva *ex art. 24 Cost.*, oltre che dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A. di cui all'art. 97 Cost.

Tali affermazioni assumono portata dirimpente, se si considera che la tesi tradizionalmente seguita dalla giurisprudenza amministrativa afferma la non perentorietà dei termini di conclusione del procedimento, se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge. Pertanto, sebbene non sia consentito estendere le conclusioni raggiunte dalla VI sezione alla generalità dei procedimenti amministrativi (le peculiarità esibite dal “mondo” dei procedimenti “sostanzialmente” penali e delle Autorità Indipendenti, infatti, ne impediscono un asettico e automatico trapianto altrove), non può non rilevarsi come esse costituiscano l'ultimo e più coraggioso approdo applicativo del generale principio di doverosità dell'azione amministrativa.

2. La tradizionale inesauribilità del potere amministrativo

Il riconoscimento della consumabilità del potere pubblico costituisce traguardo recente nella storia del diritto amministrativo, frutto della sensibilità sviluppata nell'ultimo trentennio nei confronti della posizione del privato dinanzi alla P.A.

Fino a un recente passato, infatti, imperava il dogma dell'inesauribilità del potere di provvedere, giustificato dalla rilevanza superindividuale degli interessi che l'azione amministrativa mira a curare. In particolare, costituiva corollario dell'art. 97 Cost. la possibilità, accordata all'amministrazione, di plasmare l'assetto degli interessi collettivi senza limiti temporali, per consentirne l'adeguamento ai cangianti bilanciamenti e alle fluide esigenze della comunità. In quest'ottica, la posizione del privato, espressiva di un interesse egoistico e chiuso in se stesso, era (giustamente) sacrificata rispetto ai bisogni generali dei consociati.

Del resto, risultava arduo predicare la sottoposizione del potere amministrativo a limiti temporali, in assenza di un parametro cui far riferimento per valutarne la tardività o meno. Le disposizioni che prevedevano termini di conclusione del procedimento erano, infatti, sporadiche e riguardanti specifici settori.

3. La costituzionalizzazione del rapporto amministrativo e l'emersione del bene "tempo"

Il quadro di riferimento ha subito notevoli mutamenti con l'entrata in vigore della legge generale sul procedimento (e, dal 2005, anche sul provvedimento) amministrativo, n. 241/1990. L'art. 2 l. cit. codifica, infatti, in termini generali, il principio di doverosità dell'azione amministrativa, che si traduce nell'obbligo di provvedere entro il termine (residuale) ivi fissato (30 giorni), la cui violazione è oggi sanzionata, ai sensi dell'art. 2-*bis* (introdotto con l. n. 69/2009), attraverso la responsabilità della P.A. per il c.d. danno "da ritardo".

Peraltro, anche grazie agli influssi del diritto sovranazionale, tra cui quello dell'Unione Europea (art. 41 Carta di Nizza) e – per i procedimenti amministrativi volti all'emanazione di sanzioni sostanzialmente penali – quello CEDU (artt. 6 e 7), progressivamente è emersa l'importanza e l'autonomia del bene "tempo", il quale, si rileva, riceve protezione anche a livello costituzionale. In primo luogo, infatti, l'aleatorietà dell'intervento pubblico, discrezionale anche nel *quando*, incide negativamente sull'iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost.; in secondo luogo, la tempestività dell'azione amministrativa viene ricondotta ai livelli essenziali minimi delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.

La riconosciuta rilevanza del fattore temporale discende, in sintesi, da una rivalutazione della posizione del privato e dal complessivo ripensamento del rapporto amministrativo, il quale resta asimmetrico (solo la P.A. gode, infatti, del potere di incidere unilateralmente su posizioni soggettive altrui), ma non più gerarchizzato: il privato non riveste più il ruolo di suddito, ma di cittadino titolare di un interesse legittimo che si compone di pretese partecipative e procedimentali, e che si affianca attivamente al potere.

4. La tesi eversiva della perentorietà dei termini

Nonostante il riconoscimento della pretesa al tempo dell'azione amministrativa, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti sono costanti nell'associare alla violazione del termine procedimentale la (mera) sanzione comportamentale della responsabilità, fondata sull'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990. In particolare, si afferma che la perentorietà del termine può discendere solo da un'espressa previsione legislativa, sicché sanzioni incidenti sul potere (*i.e.* consumazione) e dunque sull'atto (*i.e.* invalidità) possono predicarsi solo in tali eccezionali ipotesi.



Una eversiva tesi minoritaria, in controtendenza rispetto all'orientamento generalmente accolto, afferma invece la perentorietà di tutti i termini di conclusione di procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti sfavorevoli, di fronte ai quali il privato è titolare di un interesse legittimo oppositivo. Nello specifico, tale dottrina sostiene che la validità della tesi maggioritaria sarebbe limitata ai soli casi di provvedimenti accrescitivi (cui corrisponde un interesse legittimo pretensivo), poiché in queste ipotesi la consumazione del potere dopo lo spirare del termine si tradurrebbe in un pregiudizio per il cittadino, che verrebbe privato della possibilità di ottenere, anche se tardivamente, il bene della vita anelato.

La perentorietà dei termini per l'emanazione di provvedimenti restrittivi è sostenuta sulla base di plurimi argomenti. In primo luogo, si evidenzia un'esigenza di simmetria rispetto alla disciplina prevista per i provvedimenti favorevoli all'art. 20 l. n. 241/90 (disciplinante l'istituto del c.d. silenzio-assenso), il quale sancisce che l'omessa adozione del provvedimento nel termine equivale a provvedimento tacito, così consumando il potere della P.A. di adottarne uno tardivo. In secondo luogo, si sottolinea come la non perentorietà dei termini priverebbe di precettività la regola di cui all'art. 2, l. n. 241/90 che, presidiata da una (mera) sanzione comportamentale, verrebbe, di fatto, posta nel nulla. In terzo luogo, si nota come non sottoporre a decadenza l'esercizio del potere pubblico equivarrebbe a riconoscere alla P.A. un privilegio che mal si attaglia all'evoluzione subìta dal rapporto tra privato e amministrazione. Infine, si esclude l'applicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c. al potere amministrativo: trattasi, infatti, di norma processuale, inapplicabile a rapporti di diritto sostanziale come quello tra potere e interesse legittimo.

5. La presa di posizione di Cons. St., VI, n. 584/2021

Nel contesto così delineato, si inserisce la pronuncia n. 584/2021 della sezione VI del Consiglio di Stato che, sebbene limitatamente ai provvedimenti sanzionatori di Autorità Indipendenti, sembra aderire alla tesi minoritaria suesposta.

In particolare, per sostenere la perentorietà di tutti i termini anzidetti, il giudice amministrativo sostiene, in primo luogo, che se certamente la perentorietà deve essere prevista dalla legge, per "legge" non deve intendersi (solo) la disposizione, bensì la norma, come sintesi di enunciato linguistico e attività interpretativa. In altre parole, l'interprete ben potrebbe dedurre la

perentorietà dei termini da indici diversi rispetto all'espressa previsione letterale.

In secondo luogo, la pronuncia condivide la non applicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c. al rapporto amministrativo di diritto sostanziale, ed evidenzia che l'art. 2964 c.c. rimette ai singoli ordinamenti settoriali la determinazione dei casi di prescrizione e di quelli di decadenza.

In terzo luogo, i giudici di Palazzo Spada sottolineano la stringente necessità, in caso di provvedimenti sanzionatori, di irrogare la sanzione "a stretto giro" rispetto all'infrazione, per non frustrare le finalità general e special-preventive, che scemano con il trascorrere del tempo tra misura sanzionatoria e fatto commesso.

Infine, si ricorda che la sottoposizione a procedimento sanzionatorio costituisce, già di per sé, una pena, e che l'incedere temporale rende difficile, per il privato, esercitare il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. e, al contempo, si pone in contrasto con i principi di cui all'art. 97 Cost.

L'adesione a una nozione sostanziale di interesse legittimo è, poi, resa esplicita nel passo in cui i giudici analizzano i mezzi di tutela esperibili dal privato, una volta oltrepassato il termine di conclusione senza l'emanazione di alcun provvedimento. Si afferma, infatti, che più che un interesse a ottenere una risposta, qual che ne sia il contenuto (attraverso il rito del silenzio *ex* artt. 31 e 117 c.p.a.), il cittadino ha interesse a non essere sanzionato, sicché potrebbe, al più, ipotizzarsi un interesse a esperire un'azione atipica di accertamento dell'avvenuta scadenza del termine per provvedere, il cui accoglimento comporterebbe la perenzione delle misure cautelari eventualmente *medio tempore* applicate, e la possibilità di tutela risarcitoria per il danno causato da sottoposizione a procedimento sanzionatorio.

6. Conclusioni

Dall'analisi sin qui svolta, è facile cogliere come l'evoluzione del modo di concepire il rapporto tra P.A. e cittadino non solo ha condotto al riconoscimento di maggiori tutele processuali (principio di atipicità e pluralità delle azioni, oggi accolto dal c.p.a.), ma ha modificato, ancor prima, l'assetto di diritto sostanziale, attraverso la previsione di sanzioni e limiti nei confronti della parte pubblica.

In particolare, si è evidenziato come si tratti, generalmente, di sanzioni comportamentali, che incidono sul piano della responsabilità; ma si è anche dato atto di quella più recente tendenza a riconoscere la sanzione "attizia" della consumazione del potere, che si traduce in illegittimità del provvedimento amministrativo, *sub specie* di annullabilità per violazione di termini



decadenziali o, secondo altri, di nullità per difetto assoluto di attribuzione.

In particolare, non può essere sottovalutata la proliferazione dei casi di consumazione derivanti da presupposti diversi rispetto alla previsione di termini perentori: ci si riferisce ai casi di *one shot* (processuale) temperato, di *one shot* procedimentale (“secco”) *ex art. 10-bis l. n. 241/90* (introdotto dal D.L. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020), di attribuzione allo spirare del termine di un effetto legale tipico, che equipara il silenzio a provvedimento tacito (v. art. 20 l. n. 241/90), e alle ipotesi di inefficacia di taluni provvedimenti tardivi *ex art. 2, comma 8-bis l. n. 241/90* (anch’esso introdotto dal D.L. 76/2020).

Al contempo, si assiste alla moltiplicazione delle previsioni che stabiliscono esplicitamente termini perentori: artt. 9, 13, 22 e 23 T.U.Espr.; artt. 61 e 159 T.U. Beni culturali; art. 21-*nonies* l. n. 241/90; art. 204 codice della strada, e così via.

In conclusione, proprio l’aumento dei casi di consumazione, in generale, e dei casi di previsione di termini decadenziali, in particolare, potrebbe far argomentare, in linea teorica, nel senso di un rovesciamento del rapporto tra regola (inconsumabilità) ed eccezione (consumazione), nonostante la mancata “espressa previsione” della perentorietà, anche al di là delle ipotesi di procedimenti sanzionatori di Autorità Indipendenti.

D’altronde, si tratterebbe di una implicazione coerente con l’evoluzione del rapporto amministrativo, letto non *a latere principis*, ma sempre di più *a latere civis*.