

D.L. n. 5/2012

Il decreto “semplifica Italia”

DECRETO LEGGE 9 FEBBRAIO 2012, N. 5, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALL'ART. 1, COMMA 1, LEGGE 4 APRILE 2012, N. 35

Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo.
(G.U. 9 febbraio 2012, n. 33, suppl. ord.)

Omissis.

La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?

di Marcello Clarich

Il commento ripercorre la disciplina della durata dei termini del procedimento amministrativo a partire dall'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, modificato più volte nel corso degli anni e da ultimo dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35. Dopo aver illustrato le principali modifiche legislative, ci si sofferma sulle novità introdotte nel recente intervento legislativo che tuttavia, probabilmente, non riusciranno a risolvere in modo efficace il problema dei ritardi cronici della pubblica amministrazione nel concludere i procedimenti amministrativi.

Premessa

Quando il legislatore interviene ripetutamente a riformulare, integrare, specificare il testo di una disposizione legislativa è sempre un brutto segno. È anzitutto il sintomo dell'esistenza di un problema avvertito come grave nella consapevolezza sociale e politica. Altrimenti non si spiegherebbe l'insistenza del legislatore ad affrontarlo. In secondo luogo è il segnale che il legislatore non è stato capace di trovare metodi e strumenti atti a risolverlo. I fatti economici e sociali, com'è noto, sono spesso impermeabili ai cambiamenti legislativi, com'è dimostrato anche dal lungo elenco delle leggi rimaste sulla carta. Ciò può provocare anche frustrazione in un legislatore, come il nostro, ancora intriso della cultura illuministica del legislatore onnipotente.

Le vicende relative all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul termine di conclusione del procedimento amministrativo, modificato ora dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35, costituiscono un caso paradigmatico di un legislatore che sbatte la testa contro

un muro forse solo di gomma, ma che comunque si è rivelato fino a oggi impenetrabile.

Va ricordato in premessa che l'articolo in questione costituì, ormai più di vent'anni fa, un'innovazione che, insieme a molte altre contenute nella medesima legge (il responsabile del procedimento, la partecipazione, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, ecc.), mirava a rendere più civile il rapporto tra cittadino e amministrazione. Come fu subito detto, infatti, la legge n. 241/1990 operava una sorta di rivoluzione copernicana poiché sembrava anteporre le esigenze del primo, che veniva riscattato dalla posizione di suddito e veniva dotato di quelli che furono definiti come i nuovi diritti di cittadinanza amministrativa, a quelle della seconda, che veniva invece assoggettata a regole più stringenti, più conformi all'ideale dello Stato di diritto, e spogliata di alcuni tratti di autoritari (1).

Nota:

(1) Cfr., in termini generali, A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. II, II ed., Milano, 2003, 1125 ss.

In particolare l'art. 2 incorporava quello che fu definito un po' ottimisticamente come il principio della certezza del tempo dell'agire amministrativo (2). Un siffatto principio corrisponde all'idea generale, avanzata già da Max Weber, secondo la quale lo sviluppo di un'economia capitalista, fondata sul calcolo razionale, ha necessità di rendere per così dire "calcolabile" anche il potere amministrativo, in modo tale che l'imprenditore possa operare le proprie scelte di investimento in un quadro di certezze (3). E il fattore tempo, relativo per esempio al rilascio dei titoli autorizzativi necessari per costruire e mettere in opera un impianto industriale, è, da questo punto di vista, un elemento essenziale.

La versione originaria dell'art. 2 della l. n. 241/1990 e le modifiche successive

Conviene partire dalla versione originaria della disposizione, che aveva una struttura molto asciutta e si componeva di soli quattro commi (rispetto ai tredici attuali).

Il primo comma, rimasto invariato fino a oggi, pone la regola secondo la quale l'amministrazione che avvia un procedimento su istanza di parte o d'ufficio ha il dovere di concluderlo con l'adozione di un provvedimento espresso (dovere di procedere e di provvedere). I procedimenti amministrativi non possono cioè perdersi nel labirinto o nella nebbia burocratica senza trovare uno sbocco finale in un atto amministrativo finale.

Gli altri commi, modificati invece a più riprese nel corso degli anni, imponevano alle pubbliche amministrazioni di individuare per ciascun tipo di procedimento il termine di conclusione, nei casi in cui non fosse già definito per legge o per regolamento (c. 2) e di rendere pubbliche, secondo i rispettivi ordinamenti, queste determinazioni (c. 4). Veniva poi fissato in 30 giorni il cosiddetto termine generale residuale, cioè il termine applicabile ai procedimenti in relazione ai quali le amministrazioni avessero omesso di fissare autonomamente il termine (c. 4). La brevità di quest'ultimo doveva stimolare le amministrazioni a darsi una disciplina dei termini più realistici quanto a durata. Ciò tanto più che l'articolo lasciava piena discrezionalità alle amministrazioni nell'individuare la congruità di tale durata (4). Nel complesso, la versione originaria dell'art. 2 poneva una disciplina della fisiologia del termine del procedimento, ma trascurava invece la patologia, cioè le conseguenze in capo all'amministrazione in caso di ritardo.

Quasi subito si pose dunque il problema di individuare i profili di rilevanza giuridica del termine.

Si ritenne generalmente che la nuova disposizione non avesse alcuna incidenza sulla questione della natura ordinatoria o perentoria del termine, cioè della legittimità o illegittimità del provvedimento emanato in ritardo (5). Infatti, la perentorietà del termine, secondo principi consolidati, dipende da qualificazioni legislative specifiche esterne alle l. n. 241/1990 che nelle singole fattispecie usano formule come, per esempio, quella che ricollega in modo espresso la decadenza al decorso del termine (6).

Invece, poiché la disposizione introduceva in capo al funzionario responsabile del procedimento un nuovo dovere d'ufficio, si poteva ritenere che il ritardo potesse far sorgere in casi estremi una responsabilità disciplinare o addirittura penale del funzionario (7). Viceversa, il puntuale o il mancato rispetto dei termini poteva assurgere a parametro per decidere se attribuire gli incentivi retributivi o di carriera.

Quanto ai rapporti con il soggetto privato interessato alla conclusione del procedimento nel termine stabilito, il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che operò la prima privatizzazione del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, già prevedeva come compito dei dirigenti di primo livello «la verifica, anche su richiesta di terzi interessati, del rispetto dei termini» (art. 17, lett. f).

In epoca anteriore alla svolta della Corte di Cassazione in tema di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (8), impensabile era invece ipotizzare che il ritardo nel rilascio del provvedimento potesse far sorgere una responsabilità di tipo patrimoniale in capo all'amministrazione.

Note:

(2) Cfr. M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; M. Lipari, *I tempi nel procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2003, 291 ss.

(3) Cfr. M. Weber, *Economia e società*, Vol. I, Milano, 1995, 294.

(4) Peraltro, il Consiglio di Stato in sede consultiva ha chiarito che i termini non possono essere così lunghi da vanificare la finalità della legge che mira a garantire la speditezza dei procedimenti: cfr. Cons. Stato, Ad. gen., 25 novembre 1993, n. 121 e Cons. Stato, Ad. gen., 23 gennaio 1992, n. 10.

(5) Lo chiarì ben presto anche la circolare del Ministero della Funzione pubblica 8 gennaio 1991, n. 60397/7-463.

(6) Cfr., per esempio, Cons. Stato IV Sez., 11 giugno 2002, n. 3256; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 26 settembre 1986, n. 161.

(7) Talora infatti potrebbero sussistere gli estremi per il rifiuto o l'omissione di atti d'ufficio ex art. 328 cod. pen.

(8) Avvenuta, com'è noto, con la sentenza delle sez. unite n. 599/1999.

L'art. 2 ha subito, come si è accennato, numerose modificazioni quasi tutte finalizzate a favorire l'attuazione pratica del principio della certezza del termine del procedimento amministrativo.

Anzitutto, l'art. 3-ter del decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 convertito in legge 11 luglio 1995, n. 273 per la prima volta introduceva alcuni rimedi per l'inosservanza dei termini stabiliti ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990. In particolare, prevedeva che l'interessato potesse proporre un'istanza al dirigente generale dell'unità responsabile del procedimento che poteva provvedere direttamente nel termine di trenta giorni (c. 1). Inoltre la disposizione attribuiva ai servizi di controllo interno dei ministeri e ai servizi ispettivi di compiere annualmente rilevazioni sul numero dei procedimenti conclusi in ritardo e precisava che l'inosservanza dei termini doveva dar luogo ad accertamenti ai fini dell'applicazione in capo ai dipendenti di sanzioni di tipo disciplinare e ai dirigenti quelle collegate alla responsabilità dirigenziale.

Si puntava cioè essenzialmente su rimedi interni all'amministrazione.

Nel 2005 l'art. 2 della l. n. 241/1990 venne integralmente sostituito. (9) In particolare, il termine residuale generale fu allungato a 90 giorni (c. 3). Venne precisato che per le amministrazioni statali l'individuazione dei termini doveva avvenire con un regolamento governativo esecutivo su proposta del ministro competente e di concerto con il ministro per la Funzione pubblica (c. 2). Inoltre fu introdotto un criterio generale per individuare la durata dei termini stabilendo che essi dovevano essere modulati tenendo conto della loro sostenibilità sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della natura degli interessi pubblici tutelati (c. 2). Ancora, vennero disciplinati alcuni casi di sospensione dei termini derivanti dalla necessità di acquisire pareri, valutazioni tecniche o certificazioni (c. 4). Si introdusse infine una norma di tipo processuale volta a eliminare la necessità di diffidare l'amministrazione ritardataria prima di poter proporre ricorso al giudice amministrativo nei confronti del silenzio-inadempimento, a precisare che l'azione può essere proposta entro un anno dalla scadenza del termine, a consentire al giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza (10).

Un'altra serie di modifiche all'art. 2 sono state introdotte, in quella che può essere considerata come l'ultima tornata di modifiche legislative, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69. In primo luogo, il termine generale residuale è stato nuovamente fissato in 30 giorni. Inoltre, è stato previsto che di regola i ter-

mini stabiliti con regolamento, non più governativo, ma emanato con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 17, c. 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, non devono essere superiori a novanta giorni. Per superare questa durata (che comunque non può essere superiore ai 180 giorni) (11), nei casi di particolare complessità dei procedimenti, occorre procedere con regolamento emanato dal Consiglio dei Ministri, su proposta del ministro per la Pubblica amministrazione e per la innovazione e per la semplificazione normativa. In buona sostanza l'allungamento dei termini oltre i 90 giorni richiede il coinvolgimento del massimo livello politico-amministrativo del nostro ordinamento. È stato aggiunto infine all'art. 2 un comma 9 secondo il quale il mancato rispetto dei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale.

La legge n. 69/2009 ha poi introdotto un art. 2-bis che prevede che in caso di ritardo le amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (12). Si è preso così atto, nell'epoca della risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, che anche il fattore tempo può costituire un bene della vita autonomo rispetto alla legittimità o illegittimità del procedimento (13). All'atto pratico, peraltro, se si escludono casi limite, in presenza dell'alea e dei tempi relativi a un giudizio risarcitorio di questo, non è ragionevole attendersi che questo strumento costituisca, a livello sistemico, un incentivo efficace a promuovere il rispetto dei termini procedurali. L'art. 7, c. 3, della legge n. 69 contiene anche una disposizione transitoria che pone un termine di un anno entro il quale completare, sia a livello statale

Note:

(9) Art. 3, c. 6-bis del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, dopo che esso era stato modificato dagli artt. 2 e 21 della legge 11 febbraio 2005, n. 15. Cfr. R. Giovagnoli, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005.

(10) Cfr. oggi l'art. 31 del codice del processo amministrativo.

(11) Con l'eccezione espressa dei procedimenti relativi all'acquisto della cittadinanza e in tema di immigrazione.

(12) L'articolo prevedeva al secondo comma che le controversie fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni. Il comma è stato abrogato dal codice del processo amministrativo.

(13) Cfr. F. Figorilli - S. Fantini, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 916 ss.; R. Gisondi, *Commento all'art. 2-bis*, in F. Caringella-M. Proto (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, 2009, 138 ss.

sia a livello di Regioni ed enti locali, l'adeguamento delle normative alle nuove regole.

Questa disposizione è stata in larga misura disattesa. Infine, la legge n. 69 include sia l'obbligo di concludere i procedimenti entro un termine prefissato, sia le regole sulla durata massima dei procedimenti tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m) della Costituzione (art. 29, 2-bis della l. n. 241/1990). Ne consegue che le Regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti di propria competenza non possono stabilire garanzie inferiori a quelle previste nella normativa statale (c. 2-*quater*).

L'art. 1 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5

In questo contesto si inserisce la modifica operata dal cosiddetto decreto semplificazione che all'art. 1 contiene una disposizione che sostituisce e integra i c. 8 e 9 della l. n. 241/1999 con sei commi numerati da 8 a 9-*quinquies*. In più il secondo comma stabilisce che le disposizioni dell'articolo in questione non si applicano ai procedimenti tributari e in materia di giochi pubblici per i quali restano ferme le particolari norme che li disciplinano.

Le novità riguardano anzitutto una integrazione della tutela processuale nei confronti del silenzio ora, come si è visto, regolata dal codice del processo amministrativo. Si prevede infatti che le sentenze di accoglimento del ricorso passate in giudicato sono trasmesse in via telematica alla Corte dei conti (c. 8). Si instaura così un collegamento strutturale tra il processo amministrativo in materia di silenzio e sistema della responsabilità amministrativa che in ipotesi potrebbe portare all'instaurazione di un processo innanzi alla Corte dei conti per danno erariale nei confronti del dirigente o dipendente pubblico responsabile del ritardo.

In buona sostanza la sentenza che accerta l'inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento nel termine costituisce una sorta di "notitia criminis" che la procura della Corte dei conti dovrà vagliare alla stregua della disciplina generale in materia di responsabilità amministrativa.

E già qui può essere fatta una prima considerazione. Intanto, quest'ultima forma di responsabilità sorge soltanto nei casi in cui l'inerzia dell'amministrazione sia causa di un danno erariale, cioè di un danno per l'amministrazione stessa. Di regola, invece, il ritardo è suscettibile di arrecare un danno esclusivamente in capo al soggetto privato che per esempio non ha potuto avviare nei tempi previsti un'attività

assoggettata a provvedimenti autorizzativi e ha tenuto inattive le proprie maestranze e le proprie attrezzature. Di regola dunque manca il presupposto perché possa essere attivato il meccanismo del giudizio contabile.

La segnalazione alla Corte dei conti potrebbe aver senso solo nei casi in cui l'interessato abbia proposto e abbia visto accogliere, non tanto (o soltanto) l'azione avverso il silenzio (ai sensi dell'art. 31 del codice), quanto piuttosto l'azione di risarcimento di cui all'art. 2-bis della l. n. 241/1990 già ricordato. In quest'ultimo caso infatti potrebbe essere richiesto al funzionario responsabile del ritardo di rifondere all'amministrazione l'esborso di danaro conseguente all'accoglimento della domanda risarcitoria. Se così è la sede più naturale per inserire la nuova disposizione sarebbe stata l'art. 2-bis piuttosto che l'art. 2 in quanto tale.

Inoltre la responsabilità per danno erariale può sorgere solo nei casi in cui sia accertata almeno la colpa grave e ciò potrebbe rendere agevole la difesa del funzionario che, pur in presenza di un ritardo, potrebbe addurre circostanze come la carenza di organico dell'ufficio, i carichi di lavoro eccessivi, altre priorità imposte e altri fattori organizzativi non controllabili dall'interessato.

Un collegamento con le responsabilità amministrativo-contabile emerge anche nel c. 9 dell'art. 2 che annovera quest'ultima, insieme alla rilevanza in sede di valutazione della *performance* individuale e alla responsabilità disciplinare, tra le possibili conseguenze della mancata o tardiva emanazione di un provvedimento.

Quanto al richiamo alla responsabilità disciplinare contenuto nel c. 9, va ricordato come esso fosse già contenuto nell'art. 3-*ter* del decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 convertito in legge 11 luglio 1995, n. 273. Sarebbe interessante poter verificare sul piano empirico quanti siano stati in questi anni i casi di responsabilità disciplinare per ritardi nel rilascio di provvedimenti amministrativi.

Di maggiore impatto potenziale è il c. 9-*bis* che introduce una sorta di garante di ultima istanza del rispetto dei termini procedurali. La disposizione obbliga infatti le amministrazioni a individuare il soggetto al quale attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia, precisando che in caso di omessa individuazione di questa figura il potere sostitutivo possa essere esercitato comunque dal dirigente generale o dal funzionario di livello più elevato. Decorso il termine stabilito per la conclusione del procedimento, il soggetto privato può rivolgersi al titolare del potere sostitutivo il quale è tenuto a portare a conclusio-

ne il procedimento entro un termine pari alla metà di quello originario avvalendosi delle strutture competenti o nominando un commissario (c. 9-ter).

Il potere sostitutivo così disciplinato costituisce in realtà poco più che una specificazione del potere che spetta comunque ai dirigenti generali in base all'art. 16, c. 1, lett. e), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che prevede appunto che ad essi spetta il potere di dirigere, coordinare e controllare l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti «anche con potere sostitutivo in caso di inerzia» (14). Inoltre, i c. 9-bis e 9-ter ribadiscono e incorporano nella l. n. 241/1990 il principio, già posto, come si è visto, dall'art. 3-ter del decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 convertito in legge 11 luglio 1995, n. 273 che già prevedeva un meccanismo sostitutivo su istanza del soggetto interessato. In definitiva, i due commi, più che innovare l'ordinamento, costituiscono un invito del legislatore ai vertici amministrativi delle amministrazioni ad attivarsi per far rispettare i termini dei procedimenti.

Il c. 9-quater contiene una norma di tipo organizzativo secondo la quale il responsabile nominato ai sensi del c. 9-bis deve inviare ogni anno agli organi di governo una relazione contenente l'elenco, suddiviso per tipologia e strutture amministrative competenti, di procedimenti conclusi in ritardo. La disposizione sembra riporre qualche speranza al fine di rendere effettiva l'osservanza dei termini sul meccanismo "name and shame", cioè di rendere manifesto agli organi di governo quali siano le strutture meno rispettose dell'art. 2 della l. n. 241/1990, ipotizzando (il che è tutto da dimostrare) che gli organi di governo di natura politica si dimostrino sensibili a queste tematiche.

Infine, il c. 9-quinquies, stabilisce che «Nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte sono espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato». Si tratta di una disposizione che ha un valore ancora una volta poco più che simbolico, perché non è chiaro quale utilità concreta possa derivare al soggetto privato far inserire, per esempio, in un provvedimento a lui favorevole, ancorché emanato in ritardo, una siffatta specificazione. Né è pensabile che possa derivare un serio danno alla reputazione del dirigente che ha emanato il provvedimento senza rispettare il termine.

Cenni conclusivi

Ad una valutazione complessiva, volendo ritornare alle considerazioni svolte nella premessa, anche le

nuove disposizioni contenute nel decreto legge n. 5/2012 attestano che permane la consapevolezza nel legislatore di quanto sarebbe importante riuscire a imporre alle amministrazioni il rispetto dei termini dei procedimenti. Una delle lamentele che proviene più frequentemente soprattutto dal mondo delle imprese è l'imprevedibilità dei tempi, prima ancora degli esiti, dei procedimenti autorizzatori. Ciò costituisce un fattore di penalizzazione della competitività del nostro Paese. Il problema è dunque reale.

Tuttavia anche le nuove disposizioni difficilmente costituiranno un rimedio efficace nei confronti di una pubblica amministrazione che non considera ancora il rispetto dei termini procedurali una vera priorità. In realtà, fin tanto che non maturerà una nuova sensibilità all'interno degli apparati amministrativi, a partire dai vertici politici e dai dirigenti, queste e altre disposizioni legislative corrono il rischio di restare in larga misura disapplicate con buona pace dei tentativi del legislatore di rafforzare i presidi dell'art. 2 della l. n. 241/1990.

Postilla

A numero della rivista ormai in chiusura, va segnalato che il Disegno di legge per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (A.C. 4434-A) già approvato dal Senato e ora all'esame della Camera dei Deputati modifica ulteriormente l'art. 2 della l. n. 241/1990. Aggiunge infatti un nuovo periodo al c. 1 prevedendo che in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza di una domanda, il provvedimento conclusivo del procedimento è redatto in forma semplificata e la motivazione può consistere in un sintetico riferimento a punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo. Il "risparmio" in termini di onere motivazionale, dovrebbe aiutare le amministrazioni a comprimere i tempi delle decisioni. La disposizione sembra presupporre che i provvedimenti amministrativi siano corredati usualmente da motivazioni ampie (il che non è) e che il giudice amministrativo operi un sindacato rigoroso sulla figura sintomatica dell'eccesso di potere consistente nella motivazione insufficiente (neppure questo accade). Anche in questo caso siamo dunque in presenza di una disposizione di dubbia efficacia.

Nota:

(14) In base all'art. 14, c. 3, del medesimo d.lgs. n. 165/2001 anche i ministri in caso di inerzia o ritardo dei dirigenti può fissare un termine perentorio entro quale il dirigente deve adottare l'atto. Nel caso in cui l'inerzia permanga il Ministro può nominare un commissario *ad acta*.