

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cagnetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Sergio Perongini

La formula «ora per allora» nel diritto pubblico

II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora»



G. Giappichelli Editore

Prefazione alla seconda edizione

Tempo fa, su ispirazione del mio compianto Maestro Prof. Roberto Marrama, studiai un tema all'epoca inesplorato, e rimasto ancora oggi problematico, vale a dire la questione delle sopravvenienze di fatto e di diritto nell'esercizio della funzione amministrativa.

La ricerca mi condusse a pubblicare due monografie: *“La formula «Ora per allora» nel diritto pubblico. I. Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»”* (1995) e, successivamente, *“La formula «Ora per allora» nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo «Ora per allora»”* (1999). I lavori vennero pubblicati nella prestigiosa collana “Problemi attuali di diritto amministrativo”, diretta dal Prof. Vincenzo Spagnuolo Vigorita e dal Prof. Roberto Marrama ed edita dalle Edizioni Scientifiche Italiane.

Sono particolarmente legato ai due scritti, non solo per ragioni scientifiche, ma soprattutto per ragioni personali, tra le quali la profonda gratitudine per le indicazioni generosamente fornitemi dal Maestro e il ricordo vivido e commosso dei suoi insegnamenti che in questi lavori ho cercato di onorare. Sentimenti di gratitudine mi sento di rinnovare anche nei confronti del Prof. Vincenzo Spagnuolo Vigorita per aver ospitato nella Sua collana i miei lavori e per i preziosi insegnamenti ricevuti.

Il mio pensiero va a coloro che in quegli anni mi furono vicini con i loro insegnamenti e i loro saggi consigli e che oggi non ci sono più: il prof. Aldo Maria Sandulli, che guidò le mie prime giovanili pubblicazioni, il Prof. Francesco Pugliese, al quale era e rimane dedicato il secondo volume, il Prof. Ignazio Marino e il Prof. Antonio Romano Tassone.

I volumi sono da tempo esauriti; diversi colleghi, professori, magistrati e avvocati me ne hanno chiesto copia e io, purtroppo, non sono riuscito a soddisfare la loro cortese richiesta.

VIII

Il provvedimento amministrativo «ora per allora»

Di intesa con la Casa editrice Giappichelli e previo assenso della Casa editrice Edizioni Scientifiche Italiane, che ringrazio entrambe, ho deciso di ripubblicare i due volumi.

Salerno, 12 febbraio 2022

SERGIO PERONGINI

Prefazione alla prima edizione

Questo saggio costituisce la seconda parte del lavoro sull'utilizzo della formula «ora per allora» nel diritto pubblico.

La prima parte ha condotto alla enucleazione del provvedimento amministrativo «ora per allora»; la seconda parte, invece, muovendo dagli esiti attinti dalla prima, tenta di elaborarne i profili teorici e dogmatici.

Il fondamentale problema è consistito nella determinazione del contesto in cui sorge il relativo provvedimento e della sua normativa di riferimento. A questo compito è stato possibile assolvere solo identificando, nel corso del procedimento e del processo amministrativo, gli episodi idonei a precludere e a limitare le varie specie di sopravvenienze. In tal modo, si sono delineate anche alcune figure paradigmatiche dell'istituto in esame.

Altri aspetti rimangono ancora inesplorati, quali, ad esempio, quello delle situazioni soggettive e quello delle implicazioni; su di essi si spera di poter ritornare in un prossimo futuro.

Nell'affidare al lettore questo volume sento di dover esprimere la mia riconoscenza a coloro che mi hanno aiutato, offrendomi spunti e sollecitazioni sui quali riflettere.

Un ringraziamento particolare va al mio Maestro Roberto Marrama per avermi affidato questo tema e avermi guidato nella ricerca.

A Ornella, Marco e Silvio, e ai miei amici le scuse per il tempo loro sottratto.

SERGIO PERONGINI

Introduzione

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. La genesi della figura. – 3. Approccio metodologico. – 4. Le problematiche sottese al provvedimento amministrativo «ora per allora».

1. – Il provvedimento amministrativo «ora per allora» – oggetto della presente indagine – è quello emanato in conformità alla normativa vigente in un tempo passato, ma in contrasto con quella in vigore al momento della sua adozione, ovvero quello emesso sul presupposto di una situazione di fatto esistente in una epoca trascorsa, ma radicalmente e definitivamente alteratasi al momento della sua emanazione. Nel primo caso, la vicenda implica un fenomeno di successione di norme; nel secondo, invece, un mutamento della situazione di fatto¹.

Nell'ambito di una categoria generale, denominata provvedimento amministrativo «ora per allora» in senso lato, si possono configurare due tipi diversi di provvedimento amministrativo «ora per allora»: a) quello, per successione di norme, b) quello, per mutamento della situazione di fatto.

La prima specie, a sua volta, può essere ulteriormente suddivisa in altre due figure, le quali hanno in comune la circostanza che il provvedimento viene emanato in difformità dalla normativa applicabile al momen-

¹ Tra fatto e diritto non vi è omogeneità. La successione di norme e il mutamento della situazione di fatto sono fenomeni diversi. Tale disarmonia consiglia di trattare separatamente le due fattispecie. Tuttavia, l'indagine è stata sviluppata congiuntamente, oltre che per esigenze espositive, anche perché questi due elementi concorrono entrambi a delineare il contenuto del provvedimento. La considerazione del loro profilo funzionale ha consentito di recuperare la loro diversità strutturale.

to della sua adozione e sulla scorta di una disciplina valida in un tempo passato. Infatti, il provvedimento amministrativo «ora per allora», per successione di norme, può essere ulteriormente ripartito in provvedimento «ora per allora», di diritto transitorio, e provvedimento «ora per allora», di diritto intertemporale². Questa distinzione – che, come si vedrà in seguito, possiede un'importanza fondamentale – dipende dalla natura di diritto transitorio o di diritto intertemporale della normativa di riferimento. Il provvedimento «ora per allora», di diritto transitorio, sussiste nella eventualità in cui la disciplina da applicare provenga direttamente ed espressamente dalla fonte normativa; il provvedimento «ora per allora», di diritto intertemporale, invece, ricorre nelle evenienze in cui, difettando una puntuale indicazione legislativa o regolamentare, la normativa di riferimento vada ricavata sulla scorta dei principi del diritto amministrativo intertemporale³.

Accanto alle categorie sino a ora passate in rassegna, come già detto, ne esiste un'altra: quella del provvedimento «ora per allora», per mutamento della situazione di fatto. Questa figura si presenta quando un provvedimento venga emesso all'esito di un procedimento, che si sia basato su di una situazione di fatto sussistente nelle fasi prodromiche dell'azione amministrativa, ma non più al momento dell'emanazione dell'atto. La problematica, che involve quest'ultima figura, come si vedrà in seguito, è solo in parte coincidente con quella relativa alle categorie sopra indicate.

Appare opportuno evidenziare, altresì, che questo quadro di sintesi viene premesso per rendere intellegibile, sin dalle battute iniziali, l'oggetto della ricerca. In realtà, quanto in tal modo si anticipa consegue all'indagine e non presiede a essa, quale assioma ricevuto in via tralaticia.

L'oggetto dell'indagine è del tutto inedito nel panorama giuridico del nostro ordinamento⁴. Sennonché, proprio questa originalità dà corpo e consistenza alle perplessità prospettate da chi vede in esso solo il frutto di

² Sul diritto transitorio e sul diritto intertemporale si veda, per indicazioni bibliografiche, S. PERONGINI, *La formula*, 1995, 26 ss. e, soprattutto, n. 29 e n. 30.

³ Sulla distinzione fra provvedimento «ora per allora», di diritto transitorio, e provvedimento «ora per allora», di diritto intertemporale, sia consentito rinviare a S. PERONGINI, *La formula*, 1995, 221 ss.

⁴ La novità della ricerca è stata sottolineata, molto cortesemente, da A. CARULLO, *Recessione*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 799.

un esasperato e fantasioso concettualismo, proteso a conferire anche a innocue e irrilevanti espressioni verbali un significato tecnico. Orbene, le eventuali critiche che potrebbero provenire da detto versante, se non proprio del tutto gratuite, appaiono quanto meno eccessive perché confliggono, in maniera vistosa, con l'obbiettiva problematicità dell'istituto e della tematica a esso sottesa.

In questa parte della ricerca si mira a dissipare ogni eventuale dubbio residuo, che possa ancora, per avventura, ammantare l'argomento in esame, e a fondare teoricamente e dogmaticamente la figura individuata, ricercandone ed esplicitandone le fondamenta teoriche e, sulla base delle acquisizioni in tal modo conseguite, tentando di risolverne tutti gli aspetti controversi.

2. – L'occasione, che ha consentito all'istituto di affiorare, è di per sé altamente significativa della sua attualità e problematicità.

La sua delineazione è emersa, anche se in termini di massima, all'esito della ricerca realizzata nella prima parte del lavoro dedicato alla formula «ora per allora» nel diritto pubblico⁵. L'esame di questa locuzione – sollecitato da una presenza quasi assillante – è stato compiuto, innanzi tutto, al fine di verificare se si tratti solo di un'innocua espressione (utilizzata frequentemente per la spiccata capacità simbolica, ma sempre in maniera generica, vaga e imprecisa), oppure se il suo impiego avvenga, a volte, anche in maniera puntuale e specifica (volendosi con essa indicare un fenomeno particolare, con tratti omogenei e unitari); in secondo luogo, per stabilire quali siano l'importanza, l'ampiezza e le complicazioni della fattispecie che con essa si designa; e, infine, per acclarare se essa abbia as-

⁵ Fra gli Autori che utilizzano l'espressione «ora per allora», oltre a quelli già citati in S. PERONGINI, *La formula*, 1995, 31 ss. e, in particolare, alle nn. 35, 36 e 37, si vedano anche E.M. BARBIERI, *Cessazione*, 1979, 32 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 634; L. IANNOTTA, *I motivi*, in *Dir. proc. am.*, 1988, 349, 350; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, 4, il quale usa un'espressione analoga: «oggi per allora»; L. IANNOTTA, *Motivi*, 1989, 195; F. PUGLIESE, *Nozione*, 1989, 115, 227, il quale – se non se ne è male inteso il pensiero – ne fa uso per indicare l'efficacia retroattiva; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo*, Atti seminario Consulta 1988, 1989, 206, 212; G. D'ORAZIO, *Il legislatore*, Atti seminario Consulta 1988, 1989, 373 a proposito delle sentenze della Corte Costituzionale; P.M. VIPIANA, *Contributo*, 1990, 368, con riferimento a un fenomeno di retroattività; R. CAPONI, *L'efficacia*, 1991, 185, 188, 257, 259, 270, 284, 326, il quale indica con essa il fenomeno della retroattività.

sunto un significato tecnico e se il suo uso sia tale da connotare un vero e proprio istituto giuridico.

Le prime difficoltà sono derivate dal fatto che non si è riscontrata un'appagante concettualizzazione della formula, come era naturale aspettarsi, e dalla considerazione che, nella stragrande maggioranza dei casi, la sua utilizzazione non è stata mai preceduta da una definizione o dall'indicazione del senso a essa conferito. Ciò ha imposto una vasta e, per certi profili, estenuante ricognizione della materia, compiuta passando in rassegna numerosissime pronunce giurisprudenziali, la produzione dottrinale e la prassi amministrativa. Nella prima parte della ricerca solo in parte vi è traccia di questo lavoro, i cui esiti sono stati esposti limitatamente al settore del pubblico impiego, a quello del diritto urbanistico, a quello delle licenze commerciali e, infine, a quello delle autorizzazioni all'installazione e all'esercizio di distributori di carburante, tralasciando, per evidenti esigenze di agilità espositiva, campi altrettanto strategici quali, a titolo meramente esemplificativo, quello degli appalti pubblici e quello delle licenze all'apertura e all'esercizio di sedi farmaceutiche. Si è, in tal modo, accertato che la formula viene adoperata in maniera cospicua e che la problematica a essa sottesa ha una considerevole estensione.

Inoltre, per alcuni comparti l'impiego della formula è stato rappresentato in chiave storica, anzi proprio la raffigurazione dei diversi usi della formula nel corso del tempo ha permesso di illustrare la vicenda evolutiva della sua applicazione che, man mano, muovendo prima da utilizzi irrilevanti, generici e imprecisi, è passata, successivamente, a denominare fenomeni ben definiti, sino a simboleggiare veri e propri orientamenti, elaborati su di una questione.

L'indagine, condotta su di un così ampio materiale, ha consentito, fra l'altro, di acclarare che ci si giova della formula per indicare, prevalentemente, tre fenomeni contraddistinti da profonde diversità, mentre del tutto insignificante è l'utilizzo che di esse si faccia per rappresentare altre vicende⁶.

Si è accertato, in particolare, tralasciando queste ultime ipotesi, che con la locuzione in questione si è soliti rappresentare sia atti e provvedi-

⁶Un caso di uso minore è quello della retroattività normativa sulla quale si rinvia a R. TARCHI, *Le leggi*, 1990, 234; sul punto sia consentito rinviare anche a S. PERONGINI, *La formula*, 1995, 198.

menti a effetti retroattivi⁷, sia atti e provvedimenti con efficacia di sanatoria. Su questi due fenomeni, noti e dibattuti, è possibile riscontrare una ricca produzione teorica, che ha concorso a sistemare numerosi profili. La loro denominazione, poi, non appare richiedere alcuna puntualizzazione perché le espressioni, con le quali vengono indicati, assolvono il loro compito in maniera eccellente, senza dar adito ad anfibologie di sorta.

Il ricorso alla formula «ora per allora» in questi casi avviene in maniera del tutto generica e casuale, in sostituzione di una terminologia tecnica e al fine di evitarne un'esagerata ripetizione; essa non apporta un contributo di chiarezza, ma soprattutto non pare rappresentare correttamente gli istituti ai quali si riferisce. Invero, come si è già avuto occasione di precisare⁸, il valore semantico della locuzione confligge nettamente con il senso intrinseco del fenomeno della retroattività e con quello inerente alla vicenda della sanatoria, né può essere piegato e adattato per rappresentarli degnamente. «Ora per allora» significa oggi per ieri, si fa una cosa oggi che (e/o come) avrebbe dovuto essere fatta ieri. La preposizione «per» significa «al posto di», dovendosi necessariamente attribuirle il significato, ordinario e tipico, da essa assunto a seguito dell'accentuazione dei valori causali, relativi all'antefatto o alla dimensione spazio-tempo, e in conseguenza della regressione della sua significazione originaria di natura spaziale, consistente nel designare l'attraversamento di un qualche cosa.

L'impiego della formula «ora per allora» compare – peraltro in maniera consistente – per rappresentare un terzo fenomeno, il quale risulta contraddistinto dalla presenza di un provvedimento, emanato in difformità dalla normativa vigente al momento della sua adozione e sulla scorta di una disciplina in vigore in un tempo passato, oppure sul presupposto di una situazione di fatto che, per essersi successivamente alterata, sia diversa da quella esistente al momento della sua emanazione. In ciò va ravvisata la caratteristica tipica del provvedimento «ora per allora», la cui situazione di partenza si sia rispettivamente alterata a seguito di una sopravvenienza di norme o per mutamento della situazione di fatto. Questo

⁷ Oltre alle sentenze citate in S. PERONGINI, *La formula*, 1995, 33 ss., n. 38, l'espressione «ora per allora» viene utilizzata per indicare un provvedimento o un atto con effetti retroattivi anche nelle seguenti pronunce T.a.r. Lazio, Latina, 3.9.1985 n. 232; T.a.r. Puglia, Lecce, 12.12.1990 n. 1083. Per usi con altri significati si veda anche Cass., Sez. Un., 13.2.1997, Sellitto.

⁸ Cfr. S. PERONGINI, *La formula*, 1995, 234 ss.

istituto copre, contrariamente a quanto si possa immaginare, un'area molto vasta e importante dell'azione amministrativa. Come si è già rimarcato detta fattispecie è contrassegnata da un'accentuata autonomia, che non ha nulla a che fare con la retroattività, anche se con quest'ultima è stata a lungo e viene ancora oggi confusa.

Proprio l'assenza di un adeguato approfondimento concettuale di questa vicenda, la mancata consapevolezza della sua autonomia e la convinzione, peraltro ampiamente diffusa, che si sia in presenza di una particolare forma di retroattività, riescono a dare contezza dell'uso, ampiamente invalso, di denominare tutti e tre i fenomeni sopra indicati con la locuzione «ora per allora». La formula, per un fenomeno di vischiosità del linguaggio, dal terzo settore in esame è rimbalzata ai primi due, in un continuo rincorrersi, dall'uno all'altro campo, di espressioni e significati.

Invece, l'autonomia della terza fattispecie e la capacità della locuzione di rappresentare adeguatamente il fenomeno, a quest'ultima sottesa, impongono di limitare l'impiego tecnico della formula «ora per allora» a quelle forme di esercizio della funzione amministrativa, il cui esito si conformi alla normativa vigente o alla situazione di fatto esistente, nelle fasi prodromiche dell'azione stessa e non a quelle del tempo dell'adozione dell'atto terminale.

Peraltro, per definire questo caratteristico tipo di azione amministrativa non esiste un'altra espressione, mentre la formula «ora per allora» sembra riprodurre plasticamente la peculiarità della fattispecie, descrivendola compiutamente.

Nella prima parte del lavoro, dedicato alla formula «ora per allora» nel diritto pubblico, dal complesso dei casi in cui si è riscontrata la presenza della formula, si è espunto ogni sorta di impiego atecnico o impuro, criticandolo per l'effetto anfibologico prodotto; si è isolato il settore nel quale la formula compare nella sua accezione pura e se ne è consigliato il ricorso solo per denominare quest'ultimo fenomeno.

La seconda parte della ricerca si prefigge di delineare un quadro sistematico dell'istituto.

3. – Le caratteristiche dell'oggetto di indagine rendono opportuno premettere alla trattazione del merito alcune considerazioni di natura metodologica.

Il metodo analitico, di carattere sperimentale e induttivo⁹, impiegato nella prima parte della ricerca, non è idoneo per procedere alla fondazione dogmatica del provvedimento amministrativo «ora per allora».

L'inadeguatezza di quel metodo costituisce diretta conseguenza della profonda diversità esistente fra gli oggetti delle due indagini e della conseguente diversificazione dei loro profili problematici.

Invero, nella prima parte della ricerca, prendendo le mosse da un'espressione verbale ricorrente nella giurisprudenza, nella dottrina e nella prassi, si è inteso stabilire se un impiego reiterato nel tempo le abbia conferito un significato univoco o, quanto meno, prevalente, idoneo a individuare un autonomo istituto giuridico. Si tratta di un dato empirico, che appartiene al mondo dei fenomeni sensibili. La sua natura richiede un'analisi ricognitiva, che delimiti il campo di indagine, che isoli il dato oggetto di interesse, lo osservi e, poi, lo elabori. Occorre, in alcune parole, un approccio di tipo sperimentale, capace di indurre dall'esame del materiale l'esistenza di una figura generale.

Nella seconda parte si tenta la fondazione dogmatica del fenomeno enucleato nel corso della prima.

Appare evidente la disomogeneità esistente fra i due oggetti di indagine: il primo è un dato sensibile, concreto: l'uso di un'espressione; il secondo, invece, è un dato intellegibile, un'astrazione. Non si tratta, ovviamente, di esaminare un singolo provvedimento «ora per allora», ma di elaborarne il relativo concetto, fondarne teoricamente e dogmaticamente la figura, dirimerne gli aspetti problematici.

Inoltre, vi è una diversità di profili problematici: nel primo caso è dubbia l'esistenza del fenomeno e, quindi, si rende necessario procedere a una ricerca empirica; nel secondo, invece, è problematica l'ammissibilità e la determinazione delle ipotesi in cui è configurabile l'istituto, con la conseguenza di dover adottare un adeguato metodo di indagine.

La concettualizzazione dell'istituto, che si è isolato nella fase analitica anteriore, richiede ovviamente un differente approccio metodologico, che non può che essere di tipo deduttivo e teorico.

Questa diversità va imputata anche al fatto che ci si viene a trovare al

⁹ Adotta un metodo analitico induttivo e sperimentale L.P. COMOGLIO, *Il principio*, I, 1980, 60 ss., 65.

cospetto di due diverse fasi della ricerca scientifica¹⁰: la prima è quella della ricerca empirica, della mera ricognizione di dati, per isolare, fra i tanti che offre l'esperienza sensibile, quello che dovrà essere oggetto di successiva disamina; la seconda è quella della fondazione di un istituto, della sua elaborazione sistematica¹¹.

La scelta dell'approccio metodologico, benché rinvenga in più parti significativi contributi, non può dirsi allo stato obbligata. Vi sono importanti saggi in cui si è operata la fondazione di nuovi istituti giuridici, l'analisi dei quali consente di enucleare l'interna metodologia impiegata, desumendo da essa sollecitazioni varie.

Fra i vari approcci da questi deducibili non va eccessivamente enfatizzato quello concettualistico. Il suo difetto fondamentale è costituito da un marcato apriorismo. Detto apriorismo può operare sia nel momento della rilevazione del dato¹², assumendolo arbitrariamente, sia successivamente sostituendo, quale oggetto di indagine, il fenomeno reale con il concetto del fenomeno stesso¹³.

La prospettiva concettualistica, pertanto, si sviluppa lungo un percorso obbligato: innanzi tutto, nell'isolare un dato; poi, nell'assumere (spesso arbitrariamente) una sistematica giuridica e nel verificare se, nell'ambito di questa, la nuova figura possessa una sua autonomia.

Un ausilio idoneo a evitare i difetti di detta impostazione non appare rinvenirsi neppure in quegli approcci metodologici, pur altamente accreditati, che sogliono raggruppare tutte le questioni problematiche intorno ai due profili della struttura e della funzione¹⁴ o che privilegiano il profilo funzionale a scapito del primo.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 17 ss., distingue due momenti della ricerca: a) la fase della ricerca empirica, o fase empirica della scienza, o scienza empirica, o empirismo scientifico; b) la fase della scienza tecnica, intesa come coscienza delle regole o coscienza metodologica.

¹¹ Sull'elaborazione sistematica si veda R. ORESTANO, *Introduzione*, 1987, 133 ss.

¹² Sul pericolo che la scienza giuridica possa avere a oggetto formazioni illusorie inesistenti nella realtà si veda G. CAPOGRASSI, *Il problema*, 1962, 33 ss.

¹³ Sullo scambio tra concetti e fenomeni si veda F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 61.

¹⁴ Impronta a questa impostazione tutta la sua ricerca F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 11 ss., 72 ss. Sulla necessità che la ricerca giuridica comprenda l'analisi del profilo strutturale e di quello funzionale si veda l'insegnamento di metodo formulato da E. ALLORIO, *Saggio*, 1957, 487; E. ALLORIO, *Nuove riflessioni*, 1958, 1 ss.; S. PUGLIATTI, *La*

Il primo criterio è uno di quelli che è stato maggiormente utilizzato, ma che di recente ha visto il proprio prestigio subire una forte inclinazione a causa della constatazione che spesso istituti con struttura identica assolvono funzioni diverse¹⁵. Il rilievo, ovviamente, ha condotto all'emersione del secondo canone, il quale, dal canto suo, spesso si dimostra inadeguato a rappresentare alcune realtà istituzionali.

Nel caso di specie, se si privilegiasse l'uno o l'altro dei due approcci si sarebbe costretti a organizzare l'intero impianto espositivo intorno a nuclei il cui definitivo assetto non può che seguire e giammai precedere la risoluzione dei due aspetti problematici essenziali della figura in esame, vale a dire il riconoscimento o meno dell'ammissibilità, che un provvedimento si conformi a una disciplina diversa da quella vigente al momento della sua emanazione, e l'enucleazione dei criteri, sulla scorta dei quali operare l'individuazione della normativa, alla quale conformare il provvedimento.

Queste osservazioni e i rilievi critici da più parti formulati verso i criteri metodologici prospettati inducono a contestarne la validità assoluta e ad affermarne la relatività¹⁶. Solo in tal modo si fa veramente giustizia di una tendenza che ha esasperatamente enfatizzato, assurgendolo a criterio generale, quello che invece, anche nelle intenzioni di uno dei primi e più strenui propugnatori¹⁷, era un semplice strumento per un approccio il più completo possibile all'oggetto dell'osservazione¹⁸, per la «moltiplicazione dei punti di vista nell'osservazione»¹⁹. Nella impostazione carneltutiana il metodo in esame altro non costituisce che il riflesso di quella simmetria che l'Autore proponeva come «una regola per la formazione dei concetti»²⁰.

proprietà, 1964, 299 ss.; E. CAPACCIOLI, *Programmazione*, 1978 (ma 1966), 226 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda*, 1980, 109. Su struttura e funzione si veda A. MELONCELLI, *Manuale*, 1998, 42. Sull'articolazione degli istituti giuridici in un elemento finalistico o teleologico e in uno strutturale o morfologico si veda F. MESSINEO, *Manuale*, 1957, I, 53 ss.

¹⁵ A. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 210 ss., ammette la possibilità di una discrasia fra struttura e funzione.

¹⁶ Sulla pluralità dei metodi di analisi, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto*, 1992, 185 ss.

¹⁷ F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 11 ss., 72 ss.

¹⁸ F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 72.

¹⁹ F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 72.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Metodologia*, 1939, 94. L'Autore si è limitato a riverberare sul pia-

In definitiva, la relativizzazione del valore dei criteri in questione vale a ricondurli alla loro funzione reale di strumenti didattici o di parametri, intorno ai quali organizzare l'esposizione critica della materia esaminata, e non di veri e propri principi metodologici di analisi.

Da ciò consegue l'opportunità di adottare una metodica di indagine che, nell'ambito di una impostazione di tipo teorico e deduttivo, isoli i nuclei problematici propri della figura in esame, raggruppi intorno a essi l'analisi in maniera tale da procedere per tappe successive, ognuna delle quali sia scandita dalla risoluzione di dette questioni. Si svilupperà un'indagine aderente agli aspetti controversi dell'istituto in esame, senza sovrapposizioni preconette, che possano influenzarne la ricostruzione. In definitiva, si adotta un'impostazione topica, contraddistinta da una progressione dell'analisi intorno ai nuclei problematici fondamentali della figura in esame, quali mezzi per approssimarsi al tema centrale dell'indagine²¹.

Questa scelta si mostra particolarmente propizia perché appare aderire perfettamente ai profili problematici dell'istituto in esame. Invero, il problema della configurabilità di un provvedimento amministrativo «ora per allora» ruota intorno alla possibilità di una scissione fra l'attività amministrativa e la normativa vigente al momento del suo esercizio, o meglio intorno al tema dell'individuazione della normativa o della situazione di fatto alla quale conformare l'azione amministrativa, atteso che questa ha un decorso più o meno lungo nel tempo. In altre parole, il problema centrale del provvedimento amministrativo «ora per allora» consiste nel chiarire se sia possibile emanare un provvedimento che sia conforme al diritto vigente e a una situazione di fatto esistente nello stadio incoativo dell'esercizio dell'azione amministrativa e non a quelli rispettivamente applicabili ed esistenti al momento dell'emanazione del provvedimento stesso. Per poter verificare ciò si rende necessario accertare in quali casi le sopravvenienze di fatto e di diritto non esplichino i loro effetti. Ne consegue che l'indagine sull'ammissibilità della figura si traduce nell'indivi-

no metodologico l'idoneità della costruzione simmetrica (ID., *op. cit.*, 96) per la formazione e la disposizione dei concetti giuridici di natura sostanziale e processuale, in ossequio alla convinzione, a più riprese espressa, secondo la quale progresso della scienza e progresso della metodologia scientifica procedono di pari passo. Cfr. ID., *op. cit.*, 10 ss.

²¹ Si veda G. ZACCARIA, *Ermeneutica*, I, 1984, 1 ss. Un'impostazione in parte analoga la si riscontra in P. CAPPELLINI, *Teoria*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 164.

duazione degli episodi procedurali e processuali che precludano l'operatività delle sopravvenienze. Individuando detti episodi preclusivi si determinano, nel contempo, anche i casi in cui è possibile e doveroso emanare un provvedimento amministrativo «ora per allora». Ammissibilità della figura e individuazione dei casi in cui essa ricorre sono le due facce della stessa medaglia.

In altre parole, il metodo adottato – consistente nel verificare il maturare, durante il corso del procedimento e del processo, di vicende preclusive all'operatività delle sopravvenienze di fatto e di diritto ed, eventualmente, delle correlative situazioni giuridiche soggettive – risponde a un'esigenza analitica propria dell'indagine in corso, la quale mira a identificare il verificarsi di un fenomeno preclusivo, con il momento e le condizioni in presenza dei quali esso accada²².

Nell'ambito di detta analisi, ovviamente, si utilizzeranno anche i criteri metodologici sin qui passati in rassegna, senza però conferire loro un valore assoluto, ma verificando ogni aspetto nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, sulla base delle norme e dei principi in esso vigenti. Fra questi, un particolare valore va attribuito al principio di certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione e al principio di certezza della normativa alla quale commisurare l'azione amministrativa.

In definitiva, alla sequenza: rilevazione di un nuovo fenomeno, armonizzazione con la sistematica vigente per inferirne l'autonomia concettuale, deduzione della sua natura giuridica e, sulla scorta di quest'ultima, risoluzione di tutti i suoi profili problematici; va sostituita la seguente: rilevazione del fenomeno, risoluzione dei suoi profili problematici sulla scorta del diritto positivo, deduzione della sua natura giuridica e armonizzazione della nuova figura con la teoria degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

4. – L'indagine intrapresa presenta profili estremamente affascinanti, relativi non solo all'elaborazione della figura del provvedimento ammini-

²² Una metodologia analitica analoga la si trova utilizzata nel diritto processuale, soprattutto nelle ipotesi in cui l'oggetto dell'indagine subisca delle alterazioni a seconda delle diverse modalità di svolgimento del processo. Si veda L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio*, 1984, 20 ss., il quale verifica sussistenza e rilevanza del principio del contraddittorio, rispetto ai diversi momenti di svolgimento del processo, nonché L.P. COMOGLIO, *Il principio*, I, 1980, 60 ss.

strativo «ora per allora», bensì anche alle problematiche, complesse e stimolanti, a essa sottese.

Il provvedimento amministrativo «ora per allora» ricorre tutte le volte in cui, in presenza di un mutamento della normativa o di una trasformazione della situazione di fatto originaria, siano maturate vicende giuridiche, che ostino all'operatività delle predette sopravvenienze. Episodi giuridici siffatti possono verificarsi, come si vedrà, nel corso del procedimento o nel corso del processo amministrativo. L'ambito di ammissibilità di un provvedimento «ora per allora» viene a coincidere, pertanto, con l'area occupata dalle predette situazioni giuridiche o di fatto.

A queste vicende giuridiche fanno da contraltare – quali sintesi concettuali di una tutela giuridica accordata dall'ordinamento a determinati interessi²³ – situazioni giuridiche soggettive, le quali si pongono come preclusive dell'operatività delle sopravvenienze di fatto e di diritto.

Si tratta di una tematica che per alcuni versi coincide con quella tradizionalmente affrontata dalla teoria del diritto intertemporale, dalla teoria processualciviltistica e dalla teoria del processo costituzionale, mentre per altri se ne differenzia nettamente.

La prima ha prevalentemente tentato l'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive, che resistano alle sopravvenienze di diritto, retroattive o irretroattive, denominate diritti quesiti.

La prospettiva di indagine della presente ricerca è per più aspetti diversa e più ampia di quella propria della teoria del diritto intertemporale. Innanzi tutto, si ricercano gli effetti sulle situazioni pregresse dello *jus superveniens* retroattivo, di quello per così dire irretroattivo e, poi, delle sopravvenienze prodotte da una declaratoria di illegittimità costituzionale a opera della Corte Costituzionale. Inoltre, l'indagine è estesa alle immutazioni determinate dalle sopravvenienze di fatto. Infine, le situazioni giuridiche pregresse prese in considerazione non sono solo quelle tradizionalmente ricomprese nell'area occupata dai così detti diritti quesiti, ma anche tutte quelle di mero fatto, unitamente agli interessi amministrativamente protetti, alle aspettative, agli interessi legittimi, oppositivi e pre-tensivi, per finire con i diritti soggettivi, maturati nel corso dell'esercizio di una funzione amministrativa, comprensiva della fase procedimentale e dell'eventuale epilogo processuale.

²³ Sul tema di recente si veda E. STICCHI DAMIANI, *Le parti*, 1988, 21 ss.

La teoria processualciviltistica, dal canto suo, ha da tempo intuito la rilevanza del tema dell'efficacia della sentenza nel tempo²⁴, approfondendolo, a più riprese²⁵, e riconducendovi vari fenomeni. Vi ha incluso la problematica che concerne l'individuazione del *dies a quo* e della durata dell'efficacia della sentenza nel tempo²⁶, quella della sua stabilità²⁷ e, infine, quella dell'incidenza dell'accertamento giudiziale, contenuto in una sentenza passata in giudicato, sullo sviluppo temporale della situazione sostanziale dedotta in giudizio²⁸.

La delimitazione dell'ammissibilità del provvedimento amministrativo «ora per allora» interferisce solo parzialmente con la problematica affrontata dalla dottrina processualciviltistica. Completamente estraneo è il problema dell'individuazione del *dies a quo* e della durata dell'efficacia del-

²⁴ Nella dottrina italiana, le prime trattazioni del tema si devono a F. CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, 1926, 437 ss., che intuì l'esistenza del problema, dedicando all'efficacia della sentenza nel tempo un paragrafo, nel capitolo sull'efficacia della decisione; a G. CRISTOFOLINI, *Efficacia*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, 293 ss., che rappresentò vari fenomeni riconducibili al tema; e ancora a F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, 1936, 292 ss.

²⁵ Successivamente il tema dell'efficacia della sentenza nel tempo e delle sopravvenienze è stato affrontato sotto diversi angoli prospettici da E. BETTI, *Efficacia*, 1921, 57 ss.; A. RASELLI, *Le sentenze*, in *Studi*, 1975 (ma 1950), 321 ss.; C. MANDRIOLI, *In tema*, in *Giur. it.*, 1956, I, 810 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo*, 1985, 500 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato*, 1988, 203 ss.; G. SASSANI, *Impugnativa*, 1989, 162 ss., 179 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia*, 1991, 57 ss.

²⁶ F. CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, 1926, 437 ss., mentre nella parte progettuale della ricerca sostiene che «Il problema della efficacia della sentenza nel tempo porta a conoscere se vi sia un momento del tempo, nel quale la sentenza comincia a spiegare la sua efficacia, e un momento, nel quale questa efficacia finisce», nella parte dedicata all'esame del «*Dies a quo*» immuta l'oggetto di indagine. Infatti, l'Autore non si preoccupa di determinare il momento del tempo nel quale la sentenza comincia a spiegare la sua efficacia, bensì di individuare il tempo al quale far risalire gli effetti della sentenza, dando l'impressione, se non di confondere i due fenomeni, quanto meno di considerarli omogenei. Sul tema infra capitolo quarto sulle preclusioni processuali.

²⁷ Sulla distinzione fra efficacia e stabilità dell'efficacia della sentenza si veda il fondamentale lavoro di E.T. LIEBMAN, *Efficacia*, 1935, 6, 14, 50, 84, 93, in cui si sostiene che la cosa giudicata non è un effetto della sentenza, ma una qualità dei suoi effetti; E.T. LIEBMAN, *Ancora*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, ora in *Efficacia*, 129, 142; E.T. LIEBMAN, *La cosa giudicata*, in *La Ley*, 1939, ora in *Efficacia*, 164; nonché E.T. LIEBMAN, *Manuale*, II, 1981, 393 ss.; E.T. LIEBMAN, *Effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 1 ss.; E.T. LIEBMAN, *Sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 1 ss.; E.T. LIEBMAN, *Giudicato*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, 1 ss.

²⁸ R. CAPONI, *L'efficacia*, 1991, 3 ss., 24.

la sentenza nel tempo. Invece, i temi della stabilità o immutabilità della pronuncia e dell'efficacia della sentenza passata in giudicato nel tempo vengono affrontati al fine di stabilire se costituiscano preclusioni alla operatività dello *jus superveniens* retroattivo, di quello irretroattivo, delle sopravvenienze, prodotte dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma, e delle sopravvenienze di fatto. Invero, non si intende contestare la circostanza che il giudicato resista allo *jus superveniens* retroattivo e non, invece, allo *jus superveniens* retroattivo, che, però, contempla espressamente la possibilità del suo travolgimento. Tali questioni sono ormai acclarate e non è possibile metterle seriamente e proficuamente di nuovo in discussione. Oggetto di verifica, invece, limitatamente al diritto processuale amministrativo, dovrà essere il fondamento teorico di una siffatta operatività.

Inoltre, mentre l'attenzione prevalente, anche se non esclusiva, della processualciviltistica è stata sempre appuntata sull'efficacia preclusiva del giudicato, l'indagine progettata mira a verificare se prima del formarsi della sentenza passata in giudicato, maturino non solo nel corso del processo, ma durante la stessa fase di esercizio della funzione amministrativa, vicende che ostacolano l'operatività delle sopravvenienze. La teoria del processo costituzionale²⁹, infine, ha studiato, a più riprese, il tema degli effetti nel tempo prodotti dalle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale, avvalorando, a larga maggioranza, la convinzione che tali pronunce posseggano un effetto retroattivo, capace di travolgere tutte le situazioni pendenti.

Ancora di recente, la dottrina, sollecitata da alcune pronunce della Corte, con le quali si era inteso limitare nel tempo gli effetti retroattivi, è ritornata sulla questione, interrogandosi sulla sussistenza del potere della Corte di stabilire il momento a decorrere dal quale le declaratorie di incostituzionalità di una norma comincino a espletare i propri effetti. L'argomento è stato oggetto di un seminario di studi, nel corso del quale si è pervenuti a risultati interessanti³⁰.

²⁹ F. POLITI, *La limitazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 3003 ss.; M. D'AMICO, *Giudizio*, 1993, 103 ss.; F. POLITI, *Gli effetti*, 1997, 13 ss., 247 ss.

³⁰ Si vedano gli *Atti del Seminario di Studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, sul tema *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989.

Anche questa problematica interferisce con quella concernente l'ammissibilità di un provvedimento amministrativo «ora per allora», quante volte alla declaratoria di incostituzionalità consegua un fenomeno di successione di norme.

Per vero, l'individuazione degli episodi che rampollano nel corso del procedimento e del processo e la verifica della loro capacità di inibire l'operatività delle sopravvenienze vanno compiute anche rispetto alle sopravvenienze di norme prodotte da una declaratoria di illegittimità costituzionale. Questo angolo prospettico consentirà, altresì, di acclarare se le sentenze di accoglimento posseggano o meno efficacia retroattiva.

In definitiva, la problematica sottesa al provvedimento amministrativo «ora per allora» conduce ad appurare se nel corso dell'esercizio di una funzione amministrativa, comprensiva sia della fase procedimentale che, eventualmente, di quella processuale, maturino situazioni giuridiche con effetto preclusivo dell'operatività delle sopravvenienze di fatto e di quelle di diritto, retroattive o irretroattive che siano.