

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

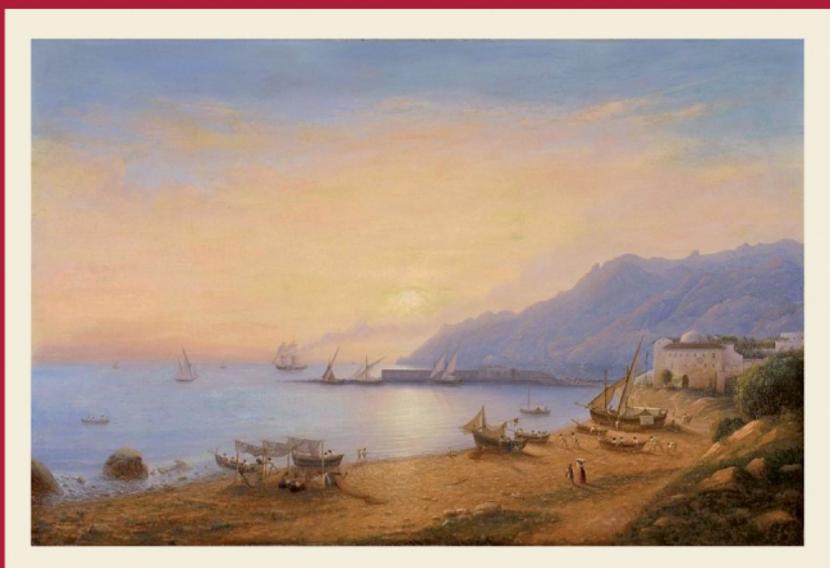
S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Sergio Perongini

La formula «ora per allora» nel diritto pubblico

I. Le diverse tipologie di provvedimenti «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

La formula «ora per allora» nel diritto pubblico

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 lavoro sulla formula «ora per allora» si compone di due parti la prima, che arditamente si pubblica, e la seconda (ancora in corso) in cui si tenta di elaborare e di ricostruire i profili teoretici e dogmatici del provvedimento «ora per allora», distinguendolo da altri fenomeni simili, quali innanzi tutto quello del provvedimento retroattivo, e concludendo alcune questioni lasciate insolute nella prima parte.

Ha certamente ragione Chi sostiene che in uno studio monografico si debbano presentare al lettore solo i risultati della ricerca, senza tediare con i vari passaggi attraverso i quali si sia giunti a quelle conclusioni. Se mi fossi attenuto rigorosamente a questa indicazione, come pure era mio originario intendimento, devo riconoscere che ben poco, di questa prima parte, avrebbe meritato di essere pubblicato.

A volte, però, vi sono delle ragioni che consigliano, se non proprio impongono, di esplicitare tutti i passaggi o, quanto meno, i principali che hanno condotto all'elaborazione di un istituto. Questo mi sembra necessario quando si sia in presenza di una figura così nuova ed originale, come quella in questione, di cui si debba, innanzi tutto, giustificare l'esistenza.

Nel caso di specie vi è in più la speranza di richiamare sul tema l'attenzione ed i rilievi critici di coloro che da tempo pazientemente e con rassegnazione mi seguono.

SERGIO PERONGINI

Premessa

SOMMARIO: 1. Tempo e diritto. – 2. La dimensione temporale nel diritto pubblico. – 3. La formula «ora per allora». – 4. La formula «ora per allora» nella prassi delle amministrazioni pubbliche. – 5. La formula «ora per allora» nella dottrina e nella giurisprudenza. – 6. Rilievi critici metodologici ed individuazione delle materie e dei settori problematici in ordine ai quali sviluppare l'indagine.

1. – L'aspirazione sempre ricorrente a dominare il concetto di tempo ha consegnato all'umanità opere di grande valore letterario, filosofico e scientifico.

Nella storia della letteratura, per esempio, la centralità del tempo assume le diverse forme (fiaba, mito, dramma, romanzo ...) del rapporto tra tempo vissuto (l'azione) e tempo narrato. Di volta in volta il tempo letterario si presenta come *réverie*, come limite narrativo (non solo nel senso della periodizzazione romanzesca, ma anche nel senso delle *Mille ed una notte*: il tempo reale gioca *contro* il tempo della narrazione); come contesto storico sociale della narrazione nel romanzo borghese-realista dell'ottocento; come tempo interiore, fascinazione della memoria involontaria (M. Proust); come suggestione dell'ignoto (Asimov) e così via.

Nella riflessione filosofica il concetto di tempo rappresenta, poi, una costante, sviluppatasi in due direzioni: il tempo come scansione e misurazione del movimento (Aristotele: «il tempo è il numero del movimento secondo il prima ed il dopo»); il tempo come flusso interiore della coscienza (per Sant'Agostino il tempo è *distensio animi*, espandersi dell'anima).

Nella filosofia moderna vive il contrasto tra la nozione newtoniana di tempo (il tempo assoluto o cosmico) e la concezione psicologica della temporalità, propria dei pensatori empiristi (Locke, Berkeley, Hume). È Kant che ricompone la frattura: il tempo non è attributo oggettivo della realtà, né una semplice associazione di dati sensoriali; piuttosto è *intui-*

zione pura a priori, cioè forma del senso interno di ogni soggetto, ma anche forma a priori di tutti i fenomeni dell'esperienza.

Nella filosofia otto-novecentesca il problema del tempo torna soprattutto nel coscienzialismo bergsonian e nella riflessione heideggeriana, in cui la temporalità diventa preconditione costitutiva (fondatrice di senso) del progetto dell'«essere».

Nel pensiero scientifico è significativo, infine, il passaggio dalla fisica classica (in cui il tempo è considerato un valore assoluto, non definibile) alla fisica di Einstein, nella quale, a partire dalla critica della nozione tradizionale di simultaneità, si afferma il principio della relatività del tempo e della continuità spazio-temporale.

La relatività della dimensione temporale, se ha precluso ai più di compiere escursioni nel passato e nel futuro, se non con l'ausilio della dimensione fantastica ed onirica, ha consentito, invece, ai giuristi di spaziare liberamente nel tempo, annullando le conseguenze del suo incessante trascorrere¹. Infatti, poiché l'unica dimensione oggettivamente esistente è quella dell'essere reale, è possibile qualificare non solo il presente, ma anche fatti passati e vicende future².

Invero, la prospettiva temporale del diritto è stata oggetto a più riprese e sotto diverse prospettive di raffinate indagini³. Si è analizzato non solo il modo di porsi del diritto nel tempo, quale fenomeno di successione di norme, ma anche il ruolo del tempo nel diritto, vale a dire il tempo quale elemento o componente di una fattispecie giuridica⁴. Significativi traguardi sono stati conseguiti anche nell'individuare la natura degli effetti

¹ Sull'irreversibilità del tempo e le conseguenze di questa caratteristica nel campo giuridico si veda F. LA VALLE, *Successione*, in *Nss. dig. it.*, 1971, 637.

² Secondo H. Kelsen, *Teoria generale*, 1953, 43, «Nulla ci impedisce di applicare una norma come schema di interpretazione, come misura di valutazione nei confronti di fatti accaduti prima del momento in cui la norma venne posta in essere». Sulla capacità della norma di qualificare i fatti passati si veda anche G. Pace, *Il diritto transitorio*, 1944, 134. F. LA VALLE, *Successione*, in *Nss. dig. it.*, 1971, 640, evidenzia l'assenza di limiti che le norme hanno nel qualificare e ricollegare effetti a fatti pregressi.

³ Si veda G. CAPOZZI, *Temporalità*, 1979.

⁴ Per il diritto penale va segnalato il lavoro di M. Leone, *Il tempo*, 1974, 3, 17, nel quale ci si interessa prevalentemente del modo di porsi del diritto nel tempo, vale a dire del tempo come elemento o componente di una situazione giuridica. Il ruolo del tempo viene approfondito non solo in rapporto ad alcuni significativi istituti del diritto penale sostantivo, ma anche del diritto penale processuale.

che ogni atto giuridico può esplicitare in relazione alla dimensione temporale. Sulla scorta di un'antica indicazione⁵ conserva ancora oggi integralmente la sua originaria validità la distinzione fra effetto retroattivo, effetto immediato ed effetto differito.

In questo settore una funzione centrale di impulso hanno svolto soprattutto le discipline civilistiche alle quali va il merito di aver approfondito ed elaborato diversi aspetti, fra i quali lo studio del conflitto di leggi nel tempo e dei limiti degli effetti retroattivi delle norme⁶. La prospettiva civilistica ha finito per condizionare anche gli altri rami del diritto nell'ambito dei quali solo a fatica e sulla scorta di radicali critiche si è riusciti a liberarsi delle impostazioni civilistiche, conquistando una visione autonoma del problema⁷. Nel diritto penale, ad esempio, si è riusciti a superare i limiti della visuale civilistica del problema della operatività delle nuove norme ai rapporti giuridici anteriori solo con l'affermarsi dei principi di legalità e di irretroattività a livello costituzionale⁸.

2. – Nel diritto pubblico, invece, per quanto fosse stata segnalata da tempo la specificità dei principi che reggono la materia⁹, non sembra si

⁵ Una prima puntualizzazione di queste situazioni si deve a P. ROUBIER, *Les conflits*, 1929, 6 ss., 371; P. ROUBIER, *Le droit*, 1960, 9 ss., 177 ss., 293.

⁶ Il tema della retroattività costituisce un capitolo obbligato delle trattazioni manualistiche di diritto civile. Si vedano a tal proposito N. COVIELLO, *Manuale*, 1910, 95 ss.; F. FERRARA, *Trattato*, 1921, 255 ss.; E. CASATI-G. RUSSO, *Manuale*, 1950, 34 ss.; F. CARNELUITI, *Teoria*, 1951, 320 ss.; R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni*, 1955, 57 ss.; N. DISTASO, *Disposizioni*, 1966, 39 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, 1980, 25 ss.; A. GIULIANI, *Le disposizioni*, 1982, 232 ss.; F. GALGANO, *Diritto*, 1990, 91 ss.

⁷ In tal senso D. DONATI, *Il contenuto*, 1915, 4 ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività*, 1987, 6 ss.; R. TARCHI, *Le leggi*, 1990, 17, nt. 23.

⁸ Sul punto M. SINISCALCO, *Irretroattività*, 1987, X ss. Invero, nella maggior parte dei manuali di diritto penale sostanziale si riscontra la presenza di capitoli o sezioni dedicate alla successione delle leggi od al tema della validità nel tempo della legge penale. Si vedano, ad esempio, O. VANNINI, *Istituzioni*, 1939, 53 ss.; B. PETROCELLI, *Principi*, 1943, 159 ss.; G. BAITAGLINI, *Diritto*, 1949, 73 ss.; A. DE MARSICO, *Diritto*, 1969, 40 ss.; U. PROLETTI, *Manuale*, 1969, 47 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, 1975, 77 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto*, 1979, 111 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto*, 1989, 74 ss. In argomento si vedano anche C. PODO, *Successione*, in *Nss. dig. it.*, 1971, 643 ss.; C. PODO, *Successione*, in *Nss. dig. it.*, app., 1987, 611 ss.

⁹ P. ROUBIER, *Le Droit*, 1960, VI, nt. 2, segnalava che nel diritto pubblico vigevano principi assai diversi da quelli propri del diritto privato.

sia pervenuti ad un'elaborazione soddisfacente ed organica. Nonostante l'indubbia presenza di significativi contributi¹⁰, tutti i complessi problemi della dimensione temporale dell'agire dei pubblici poteri sembrano siano stati assorbiti in quelli afferenti alla retroattività degli atti normativi.

Molto emblematica, poi, è la circostanza che, soprattutto nei primi studi sull'argomento, non sia stata mai seriamente messa in discussione la nozione di retroattività elaborata negli altri rami del diritto, né si sia tentato di verificarne la sua compatibilità con i principi pubblicistici. Benché in tal senso vi siano stati forti richiami¹¹, la maggior parte degli studi ap-

È il caso di ricordare, nei suoi termini essenziali, la polemica intercorsa fra coloro – per lo più seguaci della teoria del diritto quesito – che sostenevano la tesi secondo la quale nel diritto civile vigesse come regola generale il principio di irretroattività e come eccezione quello di retroattività, mentre nel diritto pubblico la regola generale fosse la retroattività e l'eccezione l'irretroattività (si veda V. SIMONCELLI, *Sui limiti*, 1905, 357 ss.) e chi, invece, sosteneva che il principio posto dall'art. 2 delle disp. prel. cod. civ. si estendesse a tutti i rami del diritto (in tal senso si vedano O. RANELLETTI, *Efficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, IV, 51; F. CAMMEO, *Corso*, 1960, 249 ss.; G.M. DE FRANCESCO, *La retroattività*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, 154 ss.).

¹⁰ Si vedano F. CAMMEO, *L'interpretazione*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 343 ss.; C. VITIA, *Della retroattività*, in *Giur. it.*, 1909, IV, 152 ss.; O. RANELLETTI, *Efficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, IV, 49 ss.; D. DONATI, *Il contenuto*, 1915, 3 ss.

¹¹ Si veda, a tal proposito, D. Donati, *Il contenuto*, 1915, 5 ss., il quale riconosciuta la subordinazione al diritto privato, accentua la necessità di un riesame e di una rielaborazione critica della problematica ad opera della scienza del diritto costituzionale. Invero, nonostante questo forte richiamo iniziale – che assume sapore di scelta metodologica – l'indagine, volta a determinare il contenuto proprio del principio di irretroattività della legge, prende le mosse da una verifica dell'attendibilità delle due contrapposte teorie del diritto quesito o del fatto compiuto (ID., *op. cit.*, 11 ss.), passa a considerare le tesi che si contrappongono sul tema dell'ammissibilità di un'efficacia retroattiva della legge, discutendo in particolare quelle che escludono possa verificarsi una retroattività in senso proprio della legge (ID., *op. cit.*, 27 ss.), esamina le disposizioni delle varie legislazioni concludendo che in esse non si affermi concordemente che il principio della non retroattività della legge coincida con quello della tutela integrale dei diritti quesiti (ID., *op. cit.*, 35 ss., 57), riscontra che la nozione del principio di irretroattività, fatta propria dalla dottrina comune (secondo la quale la nuova legge debba rispettare tutti i diritti esistenti nel momento in cui essa viene in vita) non trova riscontro in nessuna delle legislazioni esaminate fra le quali quella italiana (ID., *op. cit.*, 58 ss.), verifica che l'interpretazione letterale, quella sistematica e quella storica confermano che l'art. 2 disp. prel. ha assunto e sanzionato il principio della non retroattività della legge nel suo contenuto proprio (ID., *op. cit.*, 100 ss.), conclude sostenendo che il principio della non retroattività della legge non coincide con il rispetto dei diritti quesiti (ID., *op. cit.*, 102) ed illustrando un principio di applicazione generale, valido per tutti i campi del diritto (ID., *op. cit.*, 103), con ciò muovendosi di nuovo esclusivamente nell'ottica del dibattito

pare, invece, focalizzata ad enucleare i limiti che eventualmente possa incontrare il legislatore nel porre norme con effetti retroattivi nel settore pubblicistico¹², dando mostra, in tal modo, di ritenere ormai scontata l'elaborazione di un concetto di teoria generale di retroattività ed ormai definitivamente composti i relativi problemi¹³, con l'assurda conseguenza di andare ben al di là degli stessi esiti dei civilisti, permanentemente intrisi da accenti polemici.

Solo successivamente al mutamento costituzionale del 1948 vi è stato un risveglio dell'attenzione dei pubblicisti verso le problematiche della successione delle norme nel tempo¹⁴ e della retroattività della legge¹⁵,

dei civilisti, senza verificare se le specificità che nel diritto pubblico esistono possano esplicare effetti in materia.

¹² Sintomatico lo studio di O. RANELLETTI, *Efficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, IV, 49 ss., volto ad individuare i limiti che incontra il legislatore nel porre una norma con effetti retroattivi. Molto significativa in questo lavoro, benché l'Autore dichiari di aderire alla teoria del fatto compiuto, l'affermazione secondo la quale la nuova legge non possa apportare modifiche che esplicino effetto anche nei confronti di atti giuridici già «validamente compiuti sotto l'impero della legge precedente» se non rispettando «i diritti soggettivi dell'individuo nati dagli atti anteriori» (ID., *op. cit.*, 56, ma anche 53). Questo principio viene portato alle estreme conseguenze applicandolo anche rispetto alle singole fasi, ai singoli atti di un'attività amministrativa proceduralizzata, e non solo rispetto alla fase terminale del procedimento.

¹³ Si veda ad esempio quanto scrive F. D'ALESSIO, *Istituzioni*, 1949, 197 ss., il quale pone il problema, senza però svilupparlo integralmente, di verificare se i principi generali in tema di efficacia temporale delle norme possano trovare applicazione anche nel diritto amministrativo. Sulla scorta di questa impostazione l'Autore critica la tesi secondo la quale tutte le norme di diritto amministrativo debbano considerarsi retroattive in quanto di diritto pubblico e sostiene che in questo ramo del diritto, quale limite alla retroattività, trovi applicazione la teoria del fatto compiuto, più congeniale all'essenza stessa delle vicende che in esso si verificano ed anche perché superiore all'altra teoria detta dei diritti quesiti, giudicata priva di una «solida base scientifica». Infine, l'Autore sostiene che la forma degli atti sia regolata dalla legge del tempo in cui essi devono essere compiuti e conclude con un'analisi casistica.

¹⁴ Si veda F. LA VALLE, *Successione*, in *Nss. dig. it.*, 1971, 634, interessante per la ricerca di una spiegazione teoretica della retroattività, nell'ambito della quale propone di sostituire l'espressione «retroattività» delle norme con l'espressione «retroazione». Dello stesso Autore si vedano anche F. LA VALLE, *La retroazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 875 ss.; F. LA VALLE, *Proposizioni*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 158 ss. Rilievi critici a questa costruzione vengono da R. QUADRI, *Dell'applicazione*, 1974, 49, nt. 7, 88 ss., che ritiene più corretto parlare di «retrospettività delle leggi».

¹⁵ Fra i tanti si veda M. CAPURSO, *Il problema*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1955, I, 426 ss. Ora in R. TARCHI, *Le leggi*, 1990, 37 ss., 119 ss., 189 ss., un'attenta ricostruzione del dibattito sulla nozione di retroattività, privilegiando l'approccio pubblicista. Si vedano an-

probabilmente dovuto alla centralità assunta dalla Costituzione nell'ordinamento italiano ed al fatto che il problema dei limiti alle leggi retroattive sia divenuto un problema di legittimità costituzionale¹⁶. Si sono succeduti contributi significativi che, seguendo un'autorevole indicazione¹⁷, hanno assunto i principi costituzionali quali parametri obbligati di ogni studio dedicato alla retroattività.

Nel diritto amministrativo, poi, le lacune appaiono endemiche. Benché la dottrina più antica, evidenziando che il potere dell'amministrazione si sviluppa nel tempo, avesse richiamato l'attenzione sugli effetti che le modificazioni in fatto ed in diritto – intervenute successivamente all'esercizio del potere – avrebbero potuto produrre¹⁸, il tema non ha ricevuto l'attenzione che meritava¹⁹. Invero, va segnalata la presenza di significativi contributi volti ad approfondire aspetti e problematiche particolari, quali il tema della successione di norme di diritto amministrativo, quello della retroattività delle norme amministrative, quello della retroattività dell'atto amministrativo e quello degli effetti della successione di norme su di un procedimento amministrativo in corso, ciò nonostante difetta soprattutto una visione di sintesi ed una soddisfacente sistemazione.

Le ragioni di quest'ultimo fenomeno sono numerose e complesse.

Innanzitutto, va osservato che sono abbastanza recenti tutti i fattori che, privando il sistema della sua originaria monolicità, hanno concorso

che R. GUASTINI, *Produzione*, 1989, 65 ss.; R. GUASTINI, *Quindici lezioni*, 1992, 81 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti*, 1993, 279 ss.

¹⁶ In tal senso R. TARCHI, *Le leggi*, 1990, 17, nt. 23.

¹⁷ G. GROTIANELLI DÈ SANTI, *Profili*, 1970. Sulla costituzionalizzazione del principio di irretroattività si veda quanto scrive R. QUADRI, *Dell'applicazione*, 1974, 184 ss.

¹⁸ In tal senso cfr. A. SALANDRA, *La giustizia*, 1904, 833; S.R. TRENTIN, *La cosa giudicata*, 1910, 248.

¹⁹ Sul fenomeno della successione delle norme amministrative nel tempo si fa notare l'assenza di studi espressamente dedicati all'argomento, così come va segnalato il completo disinteresse per questo tema nella maggior parte delle opere di diritto amministrativo a carattere istituzionale e manualistico. Si veda a tal proposito F. BASSI, *Lezioni*, 1987, 41 ss.

Anche in recenti manuali, che pure trattano diffusamente delle fonti di diritto amministrativo, alla successione delle norme nel tempo non si dedica la dovuta attenzione. A titolo di esempio si vedano A.M. SANDULLI, *Manuale*, 1984, 26 ss.; L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto*, 1993, 79 ss., 159 ss. e 165 ss.

ad un'implementazione della produzione normativa di diritto pubblico e di diritto amministrativo in particolare, con il conseguente accavallarsi e sovrapporsi di normative differenti – anche di rango diverso – ed il prodursi di quel tipico fenomeno che fra le norme legislative è noto come successione di leggi nel tempo. A tal proposito basti pensare alle trasformazioni dell'ordinamento statale e degli apparati amministrativi, ai processi di modificazione e di adattamento dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni alle nuove realtà istituzionali ed alle nuove esigenze sociali, alla sostituzione di strutture unitarie ed uniformi con una pluralità di pubbliche amministrazioni, al policentrismo ed al pluralismo amministrativo²⁰, allo sviluppo delle autonomie locali e di quelle regionali, al decentramento ed alla partecipazione del cittadino all'azione dei pubblici poteri.

Non che problemi di successione di norme di diritto amministrativo non si siano posti sin dal primo sorgere di un diritto amministrativo vero e proprio, è però da ritenere che questi abbiano avuto una minore intensità di quella riscontrabile oggi²¹.

Orbene, il fatto che il sistema amministrativo sia stato per lungo tempo contraddistinto da una marcata sostanziale monoliticità, vale a dire abbia presentato solo in sporadiche ipotesi fenomeni di sostituzione di una normativa con un'altra ha giocato un ruolo negativo. L'interprete, dottrina o giurisprudenza che sia, nel risolvere questi sporadici casi non ha avuto la possibilità di attingere la soluzione in un ambito sistematico, ma si è fatto guidare per lo più dall'intuito, dal buon senso, dall'equità, dalla logica. Invero, solo la reiterazione di fattispecie problematiche, la ricerca affannosa di soluzioni che si iscrivano in maniera coordinata in un sistema, la necessità di trarre da queste soluzioni dei principi giuridici guida per la definizione di altre fattispecie analoghe, ma non identiche a

²⁰ Si veda la distinzione che compie A.M. SANDULLI, *Manuale*, 1982, 168 fra decentramento autarchico, policentrismo autarchico e pluralismo autonomistico al fine di rappresentare tecnicamente i processi, propri del nostro tempo, di disarticolazione soggettiva delle pubbliche amministrazioni.

²¹ La circostanza è sottolineata, ad altro fine, anche da R. QUADRI, *Dell'applicazione*, 1974, 39 ss., secondo il quale una delle cause, che resero di una «uniformità sconcertante» il dibattito sul principio di irretroattività nel corso delle codificazioni ottocentesche del codice civile francese ed italiano, va individuata in una scarsa pressione del diritto pubblico sui rapporti sociali.

quelle già esaminate, consentono la formulazione e l'elaborazione di una teoria. Quando questo materiale manchi, viene meno lo strumento essenziale per esercitare la riflessione.

In secondo luogo hanno svolto un ruolo fondamentale sia l'influsso della pandettistica e della post-pandettistica tedesca che, con la marcata aspirazione a fondare un sistema di diritto pubblico e specificamente di diritto amministrativo definitivo ed immutabile, impermeabile ai mutamenti della società²², ha portato a trascurare ogni problema di successioni di norme, sia l'impostazione privatistica assunta nello studio dell'attività amministrativa che ha condotto per lungo tempo a concentrare l'attenzione sugli atti e non sull'attività.

Nel diritto amministrativo, inoltre, il tema non ha ricevuto l'attenzione che meritava, probabilmente anche a causa della diffusa convinzione che si trattasse di un aspetto, peraltro neppure tanto particolare, del più generale problema della successione di norme nel tempo e che, quindi, fosse argomento riservato alla teoria generale del diritto.

Infine, hanno svolto una funzione depistante l'urgenza di occuparsi di altri temi essenziali per l'elaborazione di una scienza di diritto amministrativo (ancora in fase di costruzione) e la necessità di affrontare problemi più pressanti ed impellenti. Senza trascurare, per quanto concerne il diritto amministrativo procedimentale intertemporale²³, che la possibi-

²² Si veda R. MARRAMA, *Organizzazione*, 1993, 326; R. MARRAMA, *Nascita*, 1993, 338.

²³ Una prima prospettazione in tema di diritto procedimentale intertemporale, si deve a F. CAMMEO, *Corso*, 1960, 242 ss., il quale, dopo aver affrontato, muovendosi prevalentemente su di un piano di teoria generale, il problema della successione di norme (ID., *op. cit.*, 243) ed essersi soffermato sul principio di irretroattività (evidenziandone il diverso valore a seconda che si tratti di leggi o di regolamenti, ID., *op. cit.*, 246 ss.), e sui limiti alla retroattività, criticando la teoria dei diritti quesiti (ID., *op. cit.*, 252) e sottolineando i pregi di quella del fatto compiuto, (giudicata un'elaborazione di teoria generale valida per tutti i rami del diritto, ID., *op. cit.*, 254 ss.), analizza la problematica in questione con riferimento al diritto pubblico ed in particolare al diritto amministrativo, nel tentativo di adattare al diritto amministrativo gli esiti attinti in teoria generale sul problema dell'irretroattività, e si sofferma su vari aspetti.

In tal modo, l'indagine risulta corroborata da una fitta rappresentazione casistica la quale, contrariamente a quanto potrebbe apparire a prima vista, non viene effettuata per supplire un difetto di analisi, anzi risulta logico correlato di saldi presupposti teorici. Ciò non toglie che al suo interno si finisca per discutere vicende che non ineriscono ad un fenomeno di retroattività delle leggi, ma che concernono l'ordinario fenomeno dell'applicazione della legge del tempo a fattispecie al momento del loro venir in essere, ad esempio, lì dove si discute della configurabilità di diritti quesiti, ostativi ad una efficacia

lità di cogliere le particolarità che presenta il fenomeno della successione di norme nel corso di un procedimento si mostrò solo in una fase più avanzata degli studi giuspubblicistici, vale a dire quando cominciò a delinearsi, almeno nei suoi tratti strutturali, la figura del procedimento²⁴ e

retroattiva della legge, con riferimento alla facoltà di esercitare una data professione che se già legalmente esercitata sotto il vigore della legge anteriore, non può essere subordinata al possesso di nuovi requisiti da una legge nuova, la quale, invece, troverà piena applicazione nel caso in cui la professione non sia ancora esercitata, anche se si siano già iniziati gli studi relativi (ID., *op. cit.*, 272 ss.). Di estremo interesse le pagine scritte – sotto l'evidente influsso delle acquisizioni della teoria processualistica – sul fenomeno della successione nel tempo delle norme relative al procedimento, nelle quali si sostiene che «se nel corso del procedimento (...) sopravviene una nuova legge che ne altera le modalità, (...) gli atti anteriori, fatti secondo la vecchia legge, conservano il loro effetto, e gli atti posteriori si proseguono secondo la nuova legge» (ID., *op. cit.*, 269). Da questo scritto in poi si assesta un principio di diritto amministrativo procedimentale intertemporale che troverà in A.M. Sandulli una più complessa formulazione.

²⁴Una compiuta elaborazione in tema di diritto amministrativo procedimentale intertemporale viene effettuata in occasione della prima organica riflessione sul procedimento, da A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, 1964, 406 ss., il quale – soffermando l'attenzione sulle ripercussioni provocate dal sopravvenire, durante lo svolgimento del procedimento, di una legge diversa da quella che disciplinava la materia al momento in cui la serie procedurale ebbe inizio – sostiene che, nel caso in cui manchino disposizioni transitorie, che vada applicato il principio secondo il quale l'atto va sempre sottoposto alla disciplina della norma del tempo in cui esso viene prodotto, con la conseguenza di attingere risultati diversi a seconda della fase dell'*iter* procedimentale in cui si verifichi il fenomeno della successione di norme.

Qualora la modifica concerna struttura e requisiti di un atto preparatorio, va applicata la legge vigente al tempo in cui esso venne in vita, di modo che, se legittimamente posto in essere, esso continui ad esplicare la sua azione. Invece, «qualora la vecchia legge non richiedesse, in relazione ad una certa fattispecie, uno o più atti preparatori, che una legge sopravvenuta in un momento successivo alla loro emissione, ma anteriore alla perfezione del corpo costitutivo della fattispecie cui si riferiscono, ora esiga, bisogna senz'altro concludere per la necessità che venga applicata la legge nuova. È sotto il regime di questa, che si realizzano gli elementi, ai quali gli atti preparatori si riferiscono. (...)» ID., *Il procedimento*, 1964, 416.

Lo stesso è a dirsi nel caso in cui, durante lo svolgimento della fase costitutiva di un procedimento e prima del suo compimento, sopravvengano norme che dettino, in relazione ad atti della serie procedurale ormai realizzati, regole differenti da quelle sotto il cui imperio essi vennero in essere, poiché «il corpo costitutivo dell'effetto giuridico si perfeziona soltanto nel momento in cui la fase costitutiva sia pervenuta alla sua conclusione, e cioè nel momento in cui tutti gli elementi costitutivi abbiano trovato la loro realizzazione» (ID., *op. loc. cit.*, 420). Invero, «se, prima che sia completa la fase del procedimento in cui essi si inquadrano, una legge nuova sia sopravvenuta ad apportare delle modifiche in seno al sistema degli elementi necessari ed essenziali a che un certo effetto giuridico possa venir prodotto, è appunto secondo il regime di tale norma, che il corpo costitutivo deve realizzarsi» (ID., *op. loc. cit.*, 420).

quando iniziò a prospettarsi l'opportunità di distinguere il problema – prettamente di diritto sostanziale – della irretroattività dell'atto amministrativo, da quello – di natura «procedimentale» – relativo all'individuazione della normativa da applicare nel caso in cui nel corso di un procedimento si fosse verificato un fenomeno di successione di norme²⁵, pervenendo a risultati che, da più parti, ancora oggi, vengono definiti fondamentali²⁶.

3. – A causa di questa disattenzione, i quesiti che si incontrano per stabilire quale sia la regola amministrativa da applicare nei casi di fattispecie sviluppatasi a cavallo fra due normative succedutesi l'una all'altra, sono complessi e difficili da gestire.

Infine, se, dopo la conclusione della fase preparatoria e di quella costitutiva, e durante il decorso di quella integrativa dell'efficacia, una nuova norma modifichi il regime delle fasi procedurali ormai superate, essa non sarà più in grado di agire in alcun modo sul procedimento in corso (ID., *op. loc. cit.*, 423). Invece, qualora prima della conclusione del procedimento e dopo l'esaurimento della fase costitutiva, una nuova norma muti il regime della fase integrativa dell'efficacia, anche richiedendo elementi di efficacia prima non richiesti, dovrà aversi riguardo alla legge del tempo in cui vanno posti in essere gli atti integrativi dell'efficacia (ID., *op. loc. cit.*, 423 ss.).

²⁵ Si veda quanto dice P. VIRGA, *Il provvedimento*, 1972, 311 ss., secondo il quale i singoli atti di un procedimento rimangono regolati dalla legge del tempo, salvo che non si imponga la necessità di applicare la nuova legge in relazione al nesso esistente fra di loro. L'Autore prospetta l'opportunità di distinguere le seguenti tre ipotesi: a) caso in cui la nuova legge regoli diversamente i singoli atti, in cui si applica il principio «*tempus regit actum*», per cui gli atti compiuti sotto l'impero della legge precedente conservano la loro efficacia e non debbono essere rinnovati quando sussiste la possibilità di congiungere la parte già compiuta con la parte da compiere, mentre gli atti che debbono essere posti in essere successivamente all'entrata in vigore della nuova legge saranno regolati da quest'ultima; b) caso in cui la nuova legge regoli diversamente gli effetti degli atti, per cui la norma sopravvenuta si applica integralmente anche alle situazioni già esistenti, salvi i diritti quesiti creati dal provvedimento emanato sotto il vigore della legge precedente; c) caso in cui la nuova legge regoli diversamente le potestà dell'amministrazione in cui la legge nuova troverà applicazione solo se non sia stata già esaurita la fase dispositiva.

Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto*, 1970, 919; ID., *Diritto*, 1988, 627, «le norme sopravvenute si applicano immediatamente, anche ai procedimenti pendenti, con il solo limite del principio del fatto compiuto. Per cui gli atti del procedimento già adottati saranno stati regolati dalle norme precedentemente in vigore, quelli da compiere saranno regolati dalle norme sopravvenute».

²⁶ In tal senso si vedano i giudizi di M.S. GIANNINI, *Diritto*, 1970, 922; ID., *Diritto*, 1988, 630; G. MORBIDELLI, *Il procedimento*, 1993, 1051.

I problemi connessi a questa gestione sono complicati da una caratteristica che contraddistingue il contenuto della maggior parte delle norme di diritto amministrativo, consistente nella circostanza che dette norme o enunciano principi oppure contengono regole dettagliate, minuziose ed a volte anche farragginose, dando luogo a procedimenti di procedimenti, sui quali si innestano a loro volta altri subprocedimenti, a dispetto delle reiterate dichiarazioni programmatiche del legislatore per la semplificazione e lo snellimento dell'azione amministrativa. Spesso la produzione di diritto amministrativo è priva di quella intelaiatura normativa di livello intermedio – collocantesi fra le disposizioni di indirizzo e di principio e quelle attuative o di dettaglio – che riconduce a sistema l'istituto giuridico e che consente all'interprete di risolvere automaticamente casi problematici di applicazione di norme.

Diretta conseguenza di tutto ciò è l'inesistenza di una seria ed affidabile disciplina transitoria – vale a dire di un complesso di disposizioni, emanate espressamente dalla stessa fonte normativa che introduce le nuove prescrizioni-volte a regolamentare non solo la sorte dei rapporti costituitisi sotto il vigore della vecchia disciplina ed ancora pendenti al sopraggiungere della nuova, ma anche ad individuare le norme che il giudice o l'amministrazione, sia in sede di amministrazione attiva, che di amministrazione giustiziale, debbano applicare ai fatti passati soggetti al loro esame al momento del sopravvenire delle nuove regole, ma sorti al tempo in cui vige la precedente normativa.

I casi che le norme di diritto amministrativo non contemplano sono davvero numerosissimi. Questa carenza, oltre a provocare incertezze e ripensamenti nell'agire delle pubbliche amministrazioni, con conseguente aumento del relativo contenzioso, conferisce alla dottrina ed alla giurisprudenza teorica²⁷ notevoli compiti di elaborazione, fiaccandole su problemi la cui soluzione andrebbe, più correttamente, offerta dallo stesso legislatore.

I problemi in questione hanno assunto, talvolta, toni drammatici anche per l'inspiegabile perdurante assenza di una compiuta teoria del diritto amministrativo intertemporale, vale a dire di un complesso organico, coe-

²⁷ Con questa espressione ci si riferisce a quelle pronunce che per risolvere il caso particolare oggetto della controversia giudiziaria sono costrette a ricomporre l'assetto teorico di un istituto.

rente ed omogeneo di principi in base ai quali individuare le norme amministrative da applicare quando difetti un sufficiente corredo di norme di diritto transitorio²⁸.

Rimane inspiegabile perché, nonostante gli innegabili progressi compiuti dalla dottrina amministrativistica, in questo settore si registrino ancora oggi tanti vuoti nella elaborazione teorica ed una conseguente asistematicità.

Malgrado tutto ciò, il succedere di una disciplina amministrativa ad un'altra, di rango primario o secondario o prodotta dall'autonormazione dei pubblici poteri, ha finito per suscitare nell'ambito del diritto amministrativo tutta una serie di problemi concreti che hanno dovuto essere risolti.

L'esame di alcuni casi giurisprudenziali compiuto con la speranza di rinvenirvi indicazioni per affrontare e risolvere definitivamente vari complessi problemi di diritto amministrativo transitorio²⁹ e di diritto ammini-

²⁸ Accenni sul diritto amministrativo intertemporale si vedano in A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, 1964, 406 ss.; R. PERRONE CAPANO, *La retroattività*, 1963, 190 ss.; ivi altre indicazioni bibliografiche.

²⁹ Con l'espressione "diritto transitorio" si indicano le disposizioni, emanate dalla fonte normativa, volte ad individuare la norma da applicare alle singole fattispecie concrete in caso di successioni nel tempo di norme giuridiche. In passato il c.d. diritto transitorio veniva ricompreso nell'ambito del diritto intertemporale. In tal senso F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, 1898, 372; C.F. GABBA, *Teoria*, 1891, 51 ss. Da altri, invece, il diritto transitorio era inteso come categoria generale all'interno della quale si distingueva fra diritto transitorio, emanato dal legislatore, e diritto intertemporale. Per un'ampia accezione della nozione di diritto transitorio si veda F. CAMMEO, *Corso*, 1960, 246, secondo il quale diconsi questioni di diritto transitorio quelle concernenti il modo di operare di una nuova legge sugli effetti giuridici di fatti giuridici compiutesi sotto la legge anteriore.

Successivamente, invece, la dottrina ha preferito separare i due settori, sottolineandone l'autonomia, e costruendoli come tipi a sé di norme, in un complesso – variegato di opinioni e di prese di posizione su vari aspetti di cui non è possibile dar conto in questa sede. In tal senso si vedano G. PACCHIONI, *Delle leggi*, 1937, 88 ss.; F. PESTALOZZA, *Disposizioni*, in *Nss. dig. it.*, 1938, V, 53; G. PACE, *Il diritto*, 1944, 92; R. QUADRI, *Disposizioni*, in *Nss. dig. it.*, 1960, V, 1132; G.U. RESCIGNO, *Disposizioni*, in *Enc. dir.*, 1964, XIII, 220 ss.; R. TARCHI, *Le leggi*, 1990, 12 ss.

Nella maggior parte dei casi l'uso di una terminologia diversa rispetto all'orientamento tradizionale è dovuto non solo ad un'esigenza di chiarezza terminologica, ma implica anche una diversa dislocazione della dottrina su posizioni teoriche ben definite in ordine ad una serie complessa di problemi.

G.U. RESCIGNO, *Disposizioni*, in *Enc. dir.*, 1964, XIII, 220 evidenzia che le disposizioni transitorie non costituiscono una categoria omogenea, ma risultano composte da tre tipi di norme differenziabili per caratteri strutturali e regime giuridico, con un ulteriore

strativo intertemporale³⁰ – ha messo in evidenza alcune vicende giuridiche particolari, con profili per alcuni versi anche inediti, contraddistinte da un'identica struttura giuridica, consistente nel fatto che l'azione dei pubblici poteri non viene realizzata come se fosse riferita al presente, secondo quanto normalmente accade, bensì viene calibrata sulle caratteristiche esistenti in un tempo passato, quello in cui avrebbe dovuto essere espletata. Non esistendo altro modo per denominare gli atti giuridici che in questa vicenda vengono posti in essere, né potendo ricorrere alle terminologie tradizionali, inidonee a rendere le particolarità della figura, è invalso l'uso di utilizzare la formula «ora per allora», sovraccaricandola di significati, a volte pertinenti e tecnicamente puntuali, a volte, invece, generici ed approssimativi.

L'espressione, pur possedendo un immediato valore semantico ed onomatopeico e consentendo pertanto una diretta e chiara percezione delle particolarità della fattispecie, presenta degli elementi di ambiguità poiché risulta utilizzata, pur sempre nell'ambito del vasto concetto innanzi indicato, per indicare fenomeni apparentemente identici, ma in realtà – come si spera di riuscire a dimostrare – fra di loro molto diversi; finendo troppo spesso con il dare l'impressione di sostanzarsi in una vuota fra-

quarto gruppo disomogeneo (ID., *op. cit.*, 220); dette disposizioni transitorie si distinguono dal diritto intertemporale non solo perché provengono direttamente ed espressamente dalla fonte normativa, ma anche perché costituiscono precise scelte con contenuto normativo (ID., *op. cit.*, 226 ss.) (contraddistinto inoltre dal carattere della particolarità della disciplina che esse introducono sia rispetto alla vecchia che rispetto alla nuova normativa), mentre la norma intertemporale si limita a richiamare queste ultime.

³⁰ Si designa con l'espressione «diritto intertemporale» il complesso di regole elaborate dalla dottrina per risolvere – qualora manchi una disciplina transitoria – i problemi connessi alla individuazione della norma da applicare alle singole fattispecie concrete in caso di successioni nel tempo di norme giuridiche. In tal senso F. LA VALLE, *Successione*, in *Nss. dig. it.*, 1971, 635. Di diverso avviso A. GIULIANI, *Le disposizioni*, 1982, 232, il quale ritiene che il diritto transitorio concerna le disposizioni espressamente dettate dal legislatore per indicare i casi in cui la nuova norma opera retroattivamente, mentre oggetto del diritto intertemporale sarebbe l'insieme delle regole relative alla soluzione dei conflitti fra norme, derivanti dalla successione delle leggi nel tempo.

Per alcuni problemi di diritto intertemporale relativi al diritto costituzionale in generale si veda C. MORTATI, *Costituzione*, b) *Dottrine*, in *Enc. dir.*, XI, 139.

Le vicende relative alla riforma del processo civile hanno suscitato una vasta attenzione per i problemi di diritto transitorio e di diritto intertemporale che le nuove norme pongono; si veda sul punto, anche per indicazioni bibliografiche, B. CAPPONI, *Diritto*, in *Doc. giust.*, 1994, 70 ss.

seologia, in un mero espediente verbale, con il quale districarsi agevolmente in tutta quella pletora di questioni che affollano la dimensione temporale dell'agire amministrativo, in un quadro, però, sempre contraddistinto dall'endemica carenza di attendibili parametri e di precisi criteri di riferimento.

La locuzione, presente in dottrina ed utilizzata anche nella prassi delle amministrazioni pubbliche con una diffusione inspiegabilmente sempre più intensa, è venuta assumendo un significato polisenso che non si riesce ad intendere, se non considerando che i problemi della dimensione temporale dell'agire amministrativo, ma più in generale dell'agire dei pubblici poteri, non hanno sempre ricevuto, nonostante la presenza di significativi contributi, l'attenzione che invece meritavano e che ancora necessitano.

4. – Nella prassi delle amministrazioni pubbliche l'uso della formula è diffuso più di quanto non si possa immaginare. Per lo più gli atti ed i provvedimenti, correntemente denominati «ora per allora», vengono emessi per far fronte ad irregolarità ed omissioni in cui si sia involontariamente incorso. L'elemento comune che li contraddistingue è dato dal fatto che si adotta oggi un atto che avrebbe dovuto adottarsi ieri (atto, tuttavia, che o non venne proprio emanato o non lo fu legittimamente), attribuendogli così gli stessi effetti che avrebbe prodotto se fosse correttamente intervenuto nel momento dovuto.

I casi più frequenti ed emblematici sono quelli dell'accertamento medico «ora per allora» e della perizia di variante «ora per allora».

L'accertamento medico «ora per allora» ricorre nei casi in cui i sanitari di una Azienda Sanitaria Locale, dovendo effettuare una visita fiscale e non avendo avuto la possibilità di espletare il loro compito tempestivamente – per ragioni varie imputabili alla stessa amministrazione sanitaria o al dipendente sottoposto a visita – abbiano formulato il loro parere medico legale visitando il paziente durante la convalescenza o addirittura dopo la guarigione e basandosi su dati cartacei quali per esempio certificati medici o risultati di esami diagnostici esibiti dalla parte stessa³¹.

³¹ Per un caso di accertamento sanitario «ora per allora» in materia di pensioni di guerra si veda Corte Conti, sez. V, 4.2.1991 n. 64793; per un caso di accertamento sanitario «ora per allora» volto a determinare sussistenza e misura di invalidità civile si veda Cons. stato, sez. IV, 2.10.1989 n. 667.

Un altro caso che si incontra spesso è quello della perizia di variante adottata «ora per allora» (artt. 20 e 103 r.d. n. 350/1895). Durante l'esecuzione di un'opera pubblica è possibile che l'appaltatore effettui lavori non ordinati per iscritto dal direttore dei lavori e che, tuttavia, siano necessari per l'esecuzione dell'opera. In sede di collaudo queste opere vanno riconosciute e se ritenute indispensabili vanno dichiarate tali «ora per allora». Sulla base di una prognosi postuma si afferma, in definitiva, che all'epoca dell'esecuzione dei lavori quelle opere erano indispensabili e che il prezzo è stato correttamente determinato.

Anche nell'amministrazione della giustizia si rinvencono atti amministrativi e provvedimenti giurisdizionali nei quali compare la locuzione: così ad esempio nelle ipotesi in cui essendosi ommesso di trasmettere tempestivamente all'ufficio di Procura, affinché ne curi l'esecuzione, gli estratti esecutivi di sentenze passate in giudicato, si provveda con ritardo a tale trasmissione, effettuando l'esecuzione «ora per allora», vale a dire con riferimento alla disciplina vigente al momento del passaggio in giudicato della sentenza.

Nelle pronunce del giudice penale si rinvencono numerosissime decisioni in cui si parla di provvedimenti emanati «ora per allora». A tal proposito, vanno ricordate tutte quelle sentenze in cui si afferma il principio dell'automaticità della così detta scarcerazione «ora per allora»³², o in cui si ammette la possibilità di motivare «ora per allora» atti emessi senza il necessario supporto giustificativo³³, o in cui si ipotizza il delitto di falso materiale o ideologico nel caso in cui si effettuino sul registro delle lezioni attestazioni «ora per allora»³⁴.

³² Sulla scarcerazione «ora per allora» fra le tante si vedano Cass. pen. sez. VI, 7.7.1981 imp. Dello Jacono; Cass. pen., sez. I, 25.3.1985 imp. Bronte; Cass. pen., sez. I, 26.11.1985 imp. Pagliaro; Cass. pen., sez. I, 10.11.1986 imp. Antonuccio; Cass. pen. sez. VI, 3.12.1986 imp. Lupo.

³³ Cfr. Cass. pen., sez. II, 3.12.1990 imp. Piacenti, la quale ha ritenuto legittimo l'operato della Corte di Appello che, in caso di dissenso al giudizio abbreviato, espresso in maniera non motivata dal Pubblico Ministero, con conseguente celebrazione in primo grado del dibattimento secondo il rito ordinario, ha negato che il Procuratore Generale potesse motivare «ora per allora» il rifiuto, per la inevitabile suggestione derivante dalle successive acquisizioni probatorie.

³⁴ Per la configurazione del reato di falso materiale o ideologico in atto pubblico nel caso di redazione «ora per allora» del registro da parte del docente, si vedano Cass. pen., sez. V, 14.4.1992 imp. De Matteis; Cass. pen., sez. V, 14.4.1992 imp. Martinelli.

5. – Nella dottrina è da tempo presente il ricorso a questa formula e di recente se ne può constatare un uso sempre più frequente, contraddistinto da una maggiore precisione tecnica³⁵. Invero, accanto ad Autori che non la utilizzano, ve ne sono altri che le attribuiscono un significato generico comprensivo, indistintamente, tanto del fenomeno della retroattività normativa o provvedimentale, quanto di tutte le ipotesi in cui si adottano atti con effetti relativi a vicende passate³⁶. Infine, vi è anche chi parla di provvedimento amministrativo «ora per allora»³⁷, fornendo spunti di estremo interesse, senza, però, un esaustivo approfondimento del fenomeno sotteso, soprattutto in conseguenza del fatto che il tema risulta trattato in opere

³⁵ Per la dottrina che usa la formula «ora per allora» si vedano M. NIGRO, *Sulla riproduzione*, in *Foro it.*, 1958, III, 44; A.M. SANDULLI, *In tema*, in *Giur. it.*, 1972, III, 1, 483, 484, 485 e 486. G. D'ANGELO, *Altalena*, in *Riv. giur. ed.*, 1972, I, 713; G. D'ANGELO, *Interrogativi*, in *Giur. it.*, 1974, III, 1, 506; P. BONACCORSI, *Ancora*, in *T.a.r.*, 1975, II, 9, 11 e 12; A. ANDREANI, *Annulamento*, in *Foro amm.*, 1972, III, 924; A. QUARANTA, «*Jus superveniens*», in *Nuova rass.*, 1977, 2335 e 2336; G. PALEOLOGO, *Fattispecie*, in *Nuova rass.*, 1977, 2340; I. SCORRO, *Inderogabilità*, in *Nuova rass.*, 1977, 2348; M. PALLOTTINO, *La nuova natura giuridica*, in *Nuova rass.*, 1977, 2352 e 2353; A.M. SANDULLI, *Soppravvenienza*, in *Riv. giur. ed.*, 1978, II, 191, 193, 194, 195, 196 e 200; G. PALEOLOGO, *Tempo logico*, 1979, 406, 415 e 422; C.E. GALLO, *Giudicato*, in *Foro it.*, 1980, III, 104, 105, 106 e 107; M.A. SANDULLI, *A prima*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 269; V. BACHELET, *In tema*, 1981, 114; A.M. SANDULLI, *Manuale*, 1982, 638; A.M. SANDULLI, *Manuale*, 1984, 696; A. RALLO, *Profili*, in *Riv. giur. ed.*, 1984, I, 731; M. BASSANI-V. ITALIA, *Sanatoria*, 1985, 173; A. CARULLO, *La richiesta*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1985, 235; P. VIRGA, *Diritto*, 1987, 103; E. FURNO, *Illegittimo*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, I, 65; S. VINTI, *Trasformazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1988, III, 592, 600; J. BARTOLOMEI, *In tema*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 98; F.M. NICOSIA, *Interesse*, 1991, 239; V. FANTI, *Motivazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1994, I, 61.

³⁶ Fra gli Autori che usano l'espressione «ora per allora» per indicare un fenomeno generico o di retroattività si veda V. FANTI, *Motivazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1994, I, 61, che parla di eliminazione «ora per allora» di un provvedimento indicando, in tal modo, l'eliminazione anche degli effetti prodotti dall'atto e dei rapporti che sulla base di esso si sono instaurati: in definitiva, si fa riferimento, si descrive un fenomeno di retroattività.

³⁷ Vi è in dottrina anche chi parla di atto o provvedimento «ora per allora» per indicare quell'atto conforme alla normativa non più vigente: in tal senso G. PALEOLOGO, *Tempo logico*, 1979, 415, che definisce atto «ora per allora» quello che «venga adottato, appunto, alla stregua delle norme allora vigenti», vale a dire l'atto emanato in conformità alla normativa vigente all'epoca in cui venne adottato l'atto in sostituzione del quale un nuovo atto viene emesso, ma non più vigente all'epoca dell'emanazione di quest'ultimo, perché soppiantata da una nuova disciplina. ID., *op. cit.*, 415 ss., precisa che in relazione a quest'ultimo fenomeno ricorre un caso di ultrattività delle norme.

di carattere istituzionale o in studi monografici dedicati ad altri aspetti problematici del diritto pubblico.

In definitiva, non esiste una riflessione teorica vera e propria sulle caratteristiche della figura, nonostante la presenza di vari stimolanti contributi, con innegabili spunti di estremo interesse maturati in relazione ad alcune problematiche di settore. Soprattutto in ordine a queste ultime è possibile constatare come la formula «ora per allora» venga utilizzata con l'evidente fine di prendere posizione rispetto alle diverse tesi che si contendono il campo.

Anche nella giurisprudenza³⁸ si rinviene l'uso della formula «ora per

³⁸Fra le sentenze in cui ricorre la formula «ora per allora»: Cons. stato, sez. IV, 14.12.1956 n. 1286; Cons. stato, sez. IV, 10.2.1959 n. 205; Cons. stato, sez. IV, 20.3.1959 n. 409; Cons. stato, Ad. plen., 24.3.1959 n. 5; Cons. stato, sez. IV, 5.5.1959 n. 562; Cons. stato, sez. IV, 24.6.1959 n. 704; Cons. stato, sez. IV, 25.10.1961 n. 465; Cons. stato, sez. IV, 22.6.1962 n. 432; Cons. stato, sez. IV, 2.3.1966 n. 128; Cons. stato, sez. IV, 24.5.1967 n. 201; Cons. stato, sez. IV, 25.9.1968 n. 523; Cons. stato, sez. VI, 9.6.1970 n. 513; Cons. stato, sez. IV, 5.10.1971 n. 873; Cons. stato, sez. VI, 9.11.1971 n. 840; Cons. stato, sez. IV, 4.12.1973 n. 1173; Cons. stato, sez. IV, 8.2.1977 n. 90; Cons. stato, sez. IV, 15.11.1977 n. 961; Cons. stato, sez. V, 9.6.1978 n. 702; Cons. stato, sez. IV, 4.7.1978 n. 657; Cons. stato, sez. VI, 31.10.1978 n. 1113; Cons. stato, sez. IV, 10.4.1979 n. 267; Cons. stato, sez. IV, 11.5.1979 n. 309; Cons. stato, sez. IV, 10.7.1979 n. 577; Cons. stato, sez. VI, 20.11.1979 n. 790; Cons. stato, sez. IV, 29.1.1980 n. 39; Cons. stato, sez. V, 14.3.1980 n. 285; Cons. stato, sez. V, 18.4.1980 n. 406; Cons. stato, sez. VI, 5.6.1981 n. 244; Cons. stato, sez. VI, 28.6.1982 n. 327; Cons. stato, sez. VI, 7.7.1982 n. 354; Cons. stato, sez. VI, 2.3.1983 n. 108; Cons. stato, sez. IV, 30.3.1983 n. 278; Cons. stato, sez. VI, 24.9.1983 n. 684; Cons. stato, sez. VI, 24.11.1983 n. 841; Cons. stato, sez. V, 15.5.1984 n. 360; Cons. stato, sez. IV, 21.6.1984 n. 475; Cons. giust. amm. reg. sic., 21.9.1984 n. 136; Cons. stato, sez. V, 11.2.1985 n. 94, ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria; Cons. stato, sez. IV, 20.3.1985 n. 105; Cons. stato, sez. IV, 9.11.1985 n. 509; Cons. stato, sez. IV, 16.1.1985 n. 524, ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria; Cons. stato, Ad. Plen., 8.1.1986 n. 1; Cons. stato, sez. III, 14.1.1986 n. 41; Cons. stato, sez. VI, 24.4.1986 n. 332; Cons. stato, sez. IV, 16.6.1986 n. 416; Cons. stato, sez. V, 4.8.1986 n. 401; Cons. stato, sez. VI, 20.10.1986 n. 801; Cons. stato, sez. IV, 24.11.1986 n. 753; Cons. stato, sez. VI, 15.6.1987 n. 417; Cons. stato, sez. VI, 2.7.1987 n. 455; Cons. stato, sez. V, 24.1.1989 n. 63; Cons. stato, sez. VI, 25.3.1989 n. 278; Cons. stato, sez. IV, 2.10.1989 n. 667; Cons. stato, sez. IV, 21.12.1989 n. 932; Cons. stato, sez. VI, 7.3.1990 n. 353; Cons. stato, sez. VI, 31.5.1990 n. 565; Cons. giust. amm. reg. sic. 17.8.1990 n. 284; Cons. stato, sez. V, 13.11.1990 n. 777; Cons. stato, sez. V, 5.7.1991 n. 1008; Cons. stato, Ad. plen, 10.12.1991 n. 10; Cons. stato, sez. V, 4.5.1992 n. 300; Cons. stato, sez. IV, 7.10.1992 n. 856; T.a.r. Sardegna 19.4.1978 n. 153; T.a.r. Marche 6.6.1978 n. 217; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 25.3.1982 n. 144; T.a.r. Piemonte 4.5.1982 n. 285; T.a.r. Campania, Napoli, 18.12.1982 n. 967; T.a.r. Lombardia, Milano, 20.1.1983 n. 25; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 1.2.1984 n. 111; T.a.r. Lazio,

allora». Le sentenze in cui essa compare sono numerose, alcune sono addirittura risalenti nel tempo, e relative a tutte le magistrature; ma la loro caratteristica più evidente risiede nel fatto di essere attinenti a settori diversi del diritto. Quest'ultimo dato nel diritto pubblico ed in quello amministrativo è particolarmente accentuato in quanto sono davvero rare le problematiche in cui, quanto meno una volta, non si sia fatto ricorso all'espressione di cui trattasi. Nonostante questa presenza massiccia della formula non si sono rinvenute pronunce in cui, riflettendo sull'espressione se ne sia precisato contenuto e limiti di applicazione. Anzi, a dir il vero, oltre all'assenza sull'argomento di una giurisprudenza che si potrebbe qualificare teorica, – pure presente in altre problematiche in cui il giudice, al fine di risolvere la controversia sottoposta al suo esame, ha sentito la necessità di fornire preliminarmente un assetto teorico al nuovo ed originale istituto utilizzato nel caso concreto – si registra anche l'endemica carenza nelle singole sentenze di accenni impliciti al significato con cui la formula «ora per allora» viene utilizzata nel caso di specie.

Dall'esame di un numero elevatissimo di pronunce giurisprudenziali è stato possibile osservare – come apparirà chiaro nel corso dell'indagine – che in alcuni casi il ricorso a questa espressione vale a designare una fattispecie particolare, con caratteri ben definiti, contraddistinta da un'identica struttura di base, che – trattandosi di un fenomeno del tutto inedito – non ha, allo stato, la possibilità di essere altrimenti definita.

Dell'esistenza di questo fenomeno non vi è ancora una chiara e diffusa percezione. Nella maggior parte dei casi, infatti, la giurisprudenza annette alla formula significati diversi, a volte del tutto generici, a volte anche fra loro apertamente contraddittori, in prevalenza privi di una precisa e circo-

sez. I, 8.4.1981 n. 323; T.a.r. Puglia, Bari, 16.5.1984 n. 189; T.a.r. Lazio sez. III, 30.6.1984 n. 346; T.a.r. Lazio, sez. I, 30.6.1987 n. 1253; T.a.r. Valle d'Aosta, 14.10.1987 n. 112; T.a.r. Lazio, sez. I, 22.10.1987 n. 1674; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 14.2.1989 n. 35; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 22.3.1990 n. 192; T.a.r. Lazio, sez. I, 17.10.1990 n. 936; T.a.r. Lazio, sez. I, 7.2.1991 n. 119; T.a.r. Puglia, Lecce, 7.3.1991 n. 224; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 7.5.1991 n. 90; Corte cost. 31.12.1986 n. 305; Tribunale Napoli 21.7.1983; Corte conti, sez. contr., 21.2.1980 n. 1041; Corte conti, sez. contr., 12.6.1980 n. 1075; Corte conti, sez. contr., 27.6.1980 n. 1080; Corte Conti, sez. V, 4.2.1991 n. 64793; Corte conti sez. III, 25.10.1991 n. 67139; Cass. pen. sez. VI, 7.7.1981 imp. Dello Jacono; Cass. pen., sez. I, 25.3.1985 imp. Bronte; Cass. pen., sez. I, 26.11.1985 imp. Pagliaro; Cass. pen., sez. I, 10.11.1986 imp. Antonuccio; Cass. pen., sez. VI, 3.12.1986 imp. Lupo; Cass. pen., sez. II, 3.12.1990 imp. Piacenti; Cass. pen., sez. V, 14.4.1992 imp. De Matteis; Cass. pen., sez. V, 14.4.1992 imp. Martinelli.

stanziata valenza. Ciò determina una grande confusione che rende improbabile tentare un'opera di sistemazione.

6. – L'assenza di indagini volte a definire i profili teoretici e dogmatici della figura, l'impiego generico che di essa normalmente viene fatto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, l'assenza di una giurisprudenza teorica ed anche, più semplicemente, la mancanza nelle singole sentenze di accenni impliciti al significato con cui l'espressione viene utilizzata nel caso concreto rendono del tutto inconferente ogni indagine esegetica volta a ricostruire il concetto sotteso all'uso della formula «ora per allora» facendo esclusivo riferimento ai singoli scritti ed alle singole pronunce in cui essa compare. Un'impostazione metodologica siffatta – che si potrebbe tranquillamente definire forzosamente analitica ed, in definitiva, meramente formalistica – non consentirebbe di attingere risultati soddisfacenti, né di ottenere una visione completa del fenomeno, innanzi tutto a causa della molteplicità di significati conferiti alla locuzione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in secondo luogo perché troppo spesso la presenza della formula nella sentenza costituisce un mero accidente, rinvenendosi a volte nella massima senza essere riportata nel testo o viceversa, dando mostra di considerarla un dato del tutto marginale e trascurabile.

Per evitare di cadere in questo errore è necessario seguire una diversa impostazione metodologica, che non consideri la formula «ora per allora» in relazione al singolo scritto od alla singola sentenza in cui essa compaia – come se si trattasse di ricostruirne la nozione in relazione alla concezione che ogni singolo interprete abbia di essa, o in rapporto ai diversi e singoli usi che di essa si sia fatto – ma che vada alla sostanza del fenomeno, intuendolo e ricostruendolo in rapporto alle diverse problematiche in cui esso è presente. A tal fine, si dovranno considerare anche le posizioni assunte in dette problematiche da quegli autori e da quelle sentenze che non utilizzano la formula e si dovrà attribuire prevalente rilevanza non solo all'esigenza di rinvenire un atto con una struttura logica inedita (simile a quella che contraddistingue i casi in cui vi è presente la formula) non altrimenti definibile, ma anche a quella di individuare semplicemente ambienti giuridici in cui vi sia l'astratta possibilità dell'emanazione di un atto siffatto.

In altre parole, le caratteristiche dell'oggetto di indagine, la circostanza che si parta da una mera espressione verbale, la sua connotazione

polisenso, generica ed indefinita, fanno sì che solo attraverso una visione di insieme delle diverse problematiche in cui, in maniera più o meno massiccia, la formula compare sia possibile stabilire se ci si trovi di fronte ad una figura indefinibile e senza senso o se, invece, ad essa possa essere riconnesso un significato tecnico preciso, fondando addirittura una categoria giuridica particolare e del tutto inedita nel panorama della scienza giuridica contemporanea, dopo aver ovviamente emendato gli usi atecnici.

Sulla scorta di questo quadro di insieme sarà, allora, possibile accertare che in ordine ad ogni problematica sussistono prese di posizione diverse, e che l'impiego della locuzione appare corretto ed opportuno solo rispetto ad alcune di queste soluzioni, le quali, peraltro, si contraddistinguono per essere il frutto di una lenta e faticosa elaborazione e per il fatto di assumere significati e contenuti rigorosi e circostanziati man mano che la riflessione sui singoli temi raggiunge livelli più elevati di approfondimento. Le problematiche in ordine alle quali si individuano prese di posizione che vengono qualificate «ora per allora» vanno studiate sia al fine di acclarare quale è la struttura della decisione che si postula, sia per individuare le ragioni che hanno indotto ad adottare quella soluzione.

Tale approccio costituisce non solo il necessario presupposto per mettere a fuoco caratteri strutturali e funzionali della figura, ma consente di anticipare i termini di alcune questioni irrisolte nel nostro ordinamento in ordine alle quali andrà verificata la fondatezza e saggiata la portata della soluzione prospettata.

I settori problematici in ordine ai quali si è ritenuto opportuno sviluppare l'indagine afferiscono alla materia edilizia ed urbanistica, a quella concernente il rilascio di licenze commerciali, di autorizzazione all'attivazione ed all'esercizio di impianti per l'erogazione di carburanti, ed al pubblico impiego, con accenni anche ad altre materie di minore rilevanza.

Nell'ambito della materia edilizia ed urbanistica la problematica in questione si presenta sotto diversi profili fra i quali si è ritenuto più significativi quelli concernenti il settore relativo: a) all'individuazione degli effetti prodotti dal sopravvenire di una nuova normativa edilizia ed urbanistica in sede di riesame di precedente richiesta di autorizzazione o di concessione edilizia, a seguito di annullamento giurisdizionale di diniego di licenza o di illegittimo silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza; b) all'individuazione degli effetti prodotti dal sopravvenire

di una nuova normativa nelle more per il rilascio di concessione edilizia in sanatoria ai sensi dell'art. 13 della l. n. 47/1985 e per il rilascio di concessione per oblazione ai sensi degli artt. 31 e seguenti della l. n. 47/1985; c) all'individuazione degli effetti prodotti dal sopravvenire di una nuova normativa dopo l'approvazione di una lottizzazione convenzionata con essa confliggente; d) alla determinazione del momento rispetto al quale commisurare gli oneri di urbanizzazione nel caso sopravvenga una nuova normativa; e) all'individuazione degli effetti prodotti dal sopravvenire di una nuova normativa sanzionatoria in ordine ad abusi edilizi anteriormente commessi; f) all'individuazione degli effetti prodotti dal sopravvenire di una nuova normativa dopo l'annullamento di uno strumento urbanistico.

Nell'ambito del pubblico impiego la problematica in questione concerne tutte le ipotesi di ricostruzione di carriera di un pubblico impiegato dovute all'annullamento ed alla rinnovazione di un concorso di ammissione all'impiego, alla rinnovazione di uno scrutinio di avanzamento in permanenza del rapporto di pubblico impiego e alla ricostruzione di carriera effettuata dopo l'estinzione del rapporto.

Infine, la tematica si rinviene nei casi di autorizzazione all'attivazione ed all'esercizio di distributori di carburante ed in alcune ipotesi di provvedimenti relativi al rilascio di licenze commerciali.

Fra tutti questi settori alcuni necessitano di una trattazione più diffusa, sia perché trattasi di tematiche più ricorrenti, sia perché in essi l'impiego della formula ha raggiunto una tale intensità da connotare, come si diceva poc'anzi, veri e propri orientamenti. Per gli altri, anche al fine di non appesantire l'indagine sin dalle battute iniziali, è sufficiente accennare ai termini della questione, salvo poi riprenderla nella parte terminale del lavoro.

Per esigenze di chiarezza espositiva i diversi settori vengono rappresentati separatamente, sebbene nel mondo giuridico simili divisioni non esistano. I contributi più significativi della dottrina sono maturati abbracciando, in una visione di insieme, diversi settori e la giurisprudenza, dal canto suo, nei suoi momenti più significativi, ha fondato le proprie conclusioni in ogni comparto rifacendosi anche agli esiti attinti negli altri. In definitiva, nella dinamica giuridica concreta, i settori indicati non vivono né si sviluppano isolatamente, come se si trovassero in un ambiente sterile, ma innescano fra di loro una rete fittissima di rapporti, tramite una se-

rie ininterrotta di continui rinvii e richiami alle impostazioni metodologiche ed alle conclusioni proprie di altri settori³⁹.

Questa circostanza, se da un lato, costituisce un segno tangibile della diffusa consapevolezza che si è in presenza di un problema di portata generale (sarebbe lì per dirsi di teoria generale); dall'altro, denota anche tutti i limiti dello stadio raggiunto dalla riflessione poiché troppo spesso il rinvio nei confronti delle altre problematiche è immediato, puro e semplice, più volto agli esiti ivi attinti che alle metodiche impiegate. In tal modo si dà mostra di non aver intuito che il problema di teoria generale va calibrato sulle particolarità delle diverse fattispecie rispetto alle quali, volta per volta, si pone: imboccando, quindi, un'impostazione metodologica che per l'eccessiva generalizzazione conduce a risultati non condivisibili.

³⁹ Si veda a tal proposito la sentenza del Cons. stato, Ad. Plen., 8.1.1986 n. 1 la quale richiama gli esiti attinti in materia di valutazione «ora per allora» nel pubblico impiego.