

Il silenzio amministrativo tra rivoluzione e reazione delle istituzioni

Il silenzio della pubblica amministrazione è, certamente, un argomento centrale che ha caratterizzato gli ultimi quindici anni del panorama normativo amministrativo. Non a caso, anche di recente, il legislatore ha ritenuto di tornare sull'istituto per precisarne alcuni aspetti ([1]). Questo recente intervento normativo è la testimonianza più evidente sia dell'attualità dell'istituto sia, ad ogni modo, dei numerosi nodi problematici che il silenzio amministrativo, per la sua strutturale ambiguità, pone agli interpreti ed agli operatori del settore.

Nel tentativo di dare una risposta alle problematiche che il silenzio amministrativo poneva, la dottrina italiana, da sempre, si è divisa fundamentalmente in due correnti di pensiero.

Una corrente ritiene che il silenzio amministrativo, le varie ipotesi di silenzio amministrativo, che hanno trovato la loro principale regolamentazione nella legge 241/90, siano l'espressione del riconoscimento, da parte del legislatore, dell'autonomia amministrativa e, in generale, normativa del singolo, della sua capacità di autoregolamentazione, e, quindi, la concretizzazione della sussidiarietà nel settore amministrativo ([2]).

A questo orientamento si contrappone quello di coloro che, invece, ritengono che il silenzio amministrativo, lungi dall'essere il riconoscimento dell'autonomia del singolo, sia in realtà una contraddizione interna del sistema amministrativo, basato sulla nozione di procedimento finalizzato all'emanazione di provvedimenti necessariamente espressi, e, quindi, riconoscono nel silenzio il frutto di una disfunzione della macchina amministrativa, non in grado di dare risposte certe al cittadino, alla quale il legislatore cerca di porre un rimedio normativo, con una qualificazione legislativa del silenzio, altrimenti privo, per sua natura, di significato.

La corrente di pensiero, che vede nel silenzio l'espressione dell'autonomia del singolo e della sussidiarietà delle istituzioni, presenta una serie di incongruenze che, inevitabilmente, ci inducono a ritenere maggiormente condivisibili le teorie del secondo orientamento illustrato.

Per comprendere i motivi di questa distinzione e per spiegare i motivi che ci inducono a ritenere preferibile la chiave interpretativa proposta dal secondo orientamento appena illustrato, si deve cercare di comprendere i punti che le due tesi hanno in comune e quelli che, viceversa, su cui le due posizioni si diversificano.

Certamente tutti devono concordare sul fatto che la L. 241/90, la prima legge che viene a dare una disciplina compiuta e generale del silenzio amministrativo, è una legge che rompe, o vorrebbe rompere, rispetto alla tradizione precedente, rispetto alla visione giacobina della pubblica amministrazione secondo la quale l'amministrazione della cosa pubblica viene esercitata solamente in termini di sovranità, dimentica del bene comune, che la stessa pubblica amministrazione è chiamata a perseguire.

Certamente tutti devono, inoltre, concordare sul fatto che, nella legge citata in particolare e nella riforma del settore in generale, vi è la previsione di una serie d'istituti che introducono gradualmente questa nuova visione del pubblico e del nuovo rapporto tra Privato e Pubblico; la partecipazione al procedimento, gli accordi tra cittadino e pubblica amministrazione e l'autocertificazione, sicuramente si pongono all'interno in uno sviluppo graduale di riconoscimento di una nuova visione dell'agire amministrativo ([3]).

Ciò che, in realtà, distingue profondamente le due posizioni, sono le conclusioni che da queste premesse si vogliono trarre. In particolare, laddove la dottrina, appartenente al primo orientamento, ritiene di dover o poter porre all'apice del citato sviluppo, il silenzio della pubblica amministrazione in generale e, in particolare, il silenzio assenso (previsto e disciplinato dall'art. 20 della Legge 241/90 e successive modifiche) e la denuncia di inizio attività (previsto e disciplinato dall'art. 19 della Legge 241/90 e successive modifiche) quasi a considerarli l'ulteriore e inevitabile risultato della riforma e a vedere in essi la concreta realizzazione da un lato e il concreto riconoscimento dall'altro, della piena capacità di autoamministrazione del singolo. Dove, è importante sottolineare, per autoamministrazione, per autonomia del singolo si intende, nel caso, la capacità del singolo, del cittadino di predisporre una propria regolamentazione, una propria visione dell'ordine e dell'equilibrio degli interessi in gioco, lasciando allo stato una posizione di sussidiarietà e di possibile controllo a posteriori della legittimità o meno di tale individuazione.

I motivi che ci inducono a non concordare con queste conclusioni sono molteplici.

Da un lato, alcuni motivi sono connessi all'origine storica dell'istituto del silenzio e, se vogliamo e di riflesso, della riforma iniziata dalla L. 241/90. Sotto un altro aspetto, inoltre, i motivi si devono ritrovare nella ratio stessa della riforma prevista dalla L. 241/90 e, quindi, dalla necessità di considerare l'istituto del silenzio in modo sistematico, ossia all'interno della visione complessiva che il legislatore ha inteso introdurre con la riforma legislativa. Non ultimo, però, vi sono alcuni motivi che emergono chiaramente, a nostro modo di vedere, proprio dal dettato normativo, dagli stessi articoli che prevedono e disciplinano l'istituto del silenzio amministrativo nella L. 241/90.

Passiamo, quindi, all'illustrazione seppur volutamente e necessariamente sommaria degli accennati motivi.

I) Origine storica dell'istituto del silenzio amministrativo

Innanzitutto, non si deve dimenticare che il silenzio amministrativo è un istituto che storicamente nasce come un istituto di natura "patologica", come lo storico riconoscimento della macchina amministrativa della propria incapacità di dare sempre una risposta al cittadino che richiedesse il suo intervento, come lo storico riconoscimento dei limiti della macchina amministrativa, delle disfunzioni della pubblica amministrazione.

Il silenzio della pubblica amministrazione, quindi, non è mai stato il frutto di una libera scelta del legislatore che abbia ritenuto lo stesso come un istituto degno d'essere tale, come un istituto che prevedesse e regolamentasse, lasciandone lo spazio, l'autonomia privata. Semmai, si deve dire che il silenzio della pubblica amministrazione, è (sempre storicamente) divenuto il settore di intervento della preoccupata dottrina e giurisprudenza prima e del preoccupato legislatore poi i quali prendevano atto che tale silenzio poteva portare (come spesso ha portato) ad una lesione degli interessi, per non dire dei diritti, del singolo, del cittadino.

Riecheggia, ancora una volta, l'insegnamento di Benvenuti ([4]) che evidenziava come nei Paesi nei quali esiste una legge sul procedimento, non si prevedono norme che disciplinino il silenzio dell'amministrazione ma solo norme che impongono l'obbligo di procedere e provvedere e sanzionano l'eventuale inadempimento a quest'obbligo.

In tutta Europa, laddove si è messo mano al procedimento amministrativo, si è anche vietato il silenzio e si sono previsti gli strumenti necessari per l'eliminazione dell'istituto del silenzio, sempre visto come il riconoscimento di un limite, di una contraddizione sistematica.

II) Valutazione complessiva della riforma. Necessità di una interpretazione sistematica dell'istituto del silenzio alla luce della complessiva riforma del settore.

Le ragioni che ci inducono a sostenere l'illustrata posizione, sono però anche ricollegabili alla ratio complessiva che ha ispirato l'intera riforma, e che ci deve indurre a svolgere un'interpretazione sistematica dell'istituto del silenzio, anche e soprattutto alla luce dei principi generali innovativi introdotti dalla riforma stessa. Non è possibile, infatti, valutare l'istituto del silenzio se non considerando i principi generali che la riforma stessa prevede e ai quali il silenzio deve essere in una logica e coerente connessione.

Ricollegandomi a quanto appena detto, non si deve dimenticare che la L. 241/90 ha fatto una scelta di fondo: ha dato definitivo risalto e centrale importanza all'istituto del procedimento amministrativo, ritenuto il mezzo che permette, nel contraddittorio tra le parti, la corretta individuazione del migliore equilibrio tra gli interessi in gioco. Non a caso la legge 241/90 è denominata "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo (...)" a sottolineare la centralità dell'istituto all'interno della riforma complessiva. Non a caso la Legge 7 agosto 1990 n.241, è definita da alcuni autori come "la prima legge generale dell'ordinamento italiano sul procedimento amministrativo" ([5]), a testimonianza di una scelta del nostro legislatore, di una scelta definitiva in termini di centralità del procedimento nell'attività amministrativa.

L'esigenza di intervenire a disciplinare l'azione amministrativa è stata avvertita in modo sempre più intenso ([6]), in quanto lo si è sempre considerato come il primo passo necessario per limitare la discrezionalità della pubblica amministrazione ([7]) ([8]) e di conseguenza i possibili ed arbitrari abusi da parte della stessa ([9]).

Esigenza che importava la necessità, quindi, di trovare uno strumento che permettesse il controllo dell'azione amministrativa da parte del cittadino e conseguentemente una migliore tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ma che allo stesso tempo garantisse all'esecutivo la possibilità di operare senza ostacoli farraginosi alla propria azione.

Come è stato autorevolmente affermato in dottrina ([10]), infatti, "la previsione di differenti passaggi, la fissazione di termini perentori o ordinatori (...) sono tutti elementi che si inquadrano all'interno di un tentativo di costringere l'amministrazione ad un comportamento prevedibile" ([11]) e, quindi, aggiungerei io, controllabile e verificabile.

Come inevitabile e necessario corollario del principio appena illustrato, la legge 7 agosto 1990 n. 241 introduce un altro principio molto importante dell'azione amministrativa, principio che anch'esso deve essere valutato come caratterizzante la stessa riforma nel suo complesso, ossia il principio enunciato dall'art. 2 della L 241/90. Tale articolo, che il recente intervento legislativo ha confermato sotto questo aspetto ([12]), afferma che, una volta che il procedimento sia iniziato, d'ufficio o su istanza di parte, "la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso" ([13]). Questa enunciazione che, in realtà, viene a recuperare quello che era stato il tradizionale orientamento della giurisprudenza precedente ([14]), ci conferma la volontà del legislatore di eliminare le ipotesi di silenzio o, quanto meno, di limitare i casi di silenzio giuridicamente rilevante ([15]), alle sole ipotesi che potremo definire patologiche ([16]).

Altro principio fondamentale che emerge dalla riforma e che dobbiamo necessariamente considerare è quello così detto partecipativo. Risulta, infatti, in un'ottica relazionale tra privato e pubblica amministrazione, necessario sviluppo dei principi appena illustrati l'introduzione dell'obbligo per la pubblica amministrazione di far partecipare, oltre che rendere partecipe, il privato al procedimento che interessa il suo diritto o interesse legittimo ([17]), obbligo che in realtà era già stato introdotto dalla di poco precedente L. 142/90 ([18]) ([19]) ([20]).

Non a caso, il capo III della legge, intitolato "Partecipazione al procedimento" ([21]), viene a regolamentare il diritto riconosciuto al privato di accedere e, conseguentemente, di seguire l'intero iter formativo per provvedimento amministrativo, giungendo addirittura ad affermare il suo pieno diritto di "presentare memorie scritte ([22]) e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento ([23])" e, quindi, contribuire alla formazione del provvedimento ([24]) ([25]).

Da quanto siamo venuti ad illustrare fin qui, comprendiamo, di conseguenza, l'importanza e il relativo significato di altre previsioni normative.

Il privato deve essere innanzi tutto messo in condizione di esercitare gli illustrati diritti. Questo avviene attraverso la comunicazione dell'inizio del procedimento, obbligo che l'Amministrazione ha nei confronti del privato. L'art. 7 infatti dispone che l'inizio del procedimento, e di tutte le relative notizie indicate nell'art. 8, deve essere comunicato "ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e a quelli che per legge debbono intervenire" ed a quei "soggetti individuati o facilmente individuabili", qualora ad essi "possa derivare un pregiudizio" ([26]).

Interessante inoltre è l'art. 9. In esso, infatti, il principio del contraddittorio, unendosi al principio della trasparenza ma soprattutto a quello della responsabilità dell'Amministrazione nei confronti della collettività, viene ad esprimere la possibilità di soggetti portatori "di interessi pubblici o privati nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati" di intervenire nel procedimento onde impedire eventuali pregiudizi. Questa norma amplia notevolmente la portata del principio di partecipazione al procedimento amministrativo, estendendolo anche a soggetti portatori di interessi non strettamente personali; inoltre viene ad ampliare notevolmente anche la sfera degli interessi legittimi tutelabili nel nostro sistema, nei confronti della Amministrazione, estendendo la tutela anche agli interessi diffusi ([27]).

Riassumendo quanto siamo venuti a dire, la riforma del settore avuta in particolare con la L. 241/90 è venuta a imporre il principio partecipativo alla pubblica amministrazione che, conseguentemente, ha l'obbligo di coinvolgere i cittadini nella fase amministrativa, per farli partecipare e renderli partecipi al momento formativo dell'atto amministrativo, e tale partecipazione deve necessariamente trovare la sua naturale sede in un procedimento (per questo garante e garantito) il quale, sempre necessariamente, si deve concludere con un provvedimento espresso. Questa è la volontà che il legislatore ha nitidamente delineato nella riforma. E alla luce di questo si deve comprendere l'autentico significato del silenzio ([28]).

A questo punto, si potrebbe dire che le argomentazioni che stiamo illustrando a sostegno di questa tesi da noi condivisa, appaiono essere parallele alle argomentazioni che vengono generalmente utilizzate a sostegno della tesi diametralmente opposta, quasi a far pensare ad una necessaria ed inevitabile convergenza anche nelle conclusioni. In realtà, se ci è permesso usare una terminologia cara al linguaggio politico, la "convergenza" delle argomentazioni è soltanto "parallela", e non porterà ad una coincidenza delle relative conclusioni, ma, forse, ad un limitato e parziale avvicinamento. E' vero, infatti, che il legislatore con la riforma vuole favorire la partecipazione del singolo al momento amministrativo, ma questa partecipazione, anche in questo caso, deve essere valutata alla luce del contesto delle altre previsioni normative, in primis del principio del contraddittorio nel procedimento, per cui non ritengo che il principio partecipativo possa portare a concludere che viene riconosciuto al singolo, con la previsione normativa l'istituto del silenzio, una propria completa e libera autonomia, in quanto non si deve dimenticare che il legislatore, nel complesso della sua riforma, ha ritenuto che il momento partecipativo del singolo dovesse realizzarsi comunque e sempre nel contraddittorio delle parti garantito all'interno del procedimento e che questa partecipazione doveva portare, comunque e sempre a un provvedimento espresso con cui la pubblica amministrazione risponde all'istanza del privato. Riconoscimento di una maggiore dignità al singolo ma sempre garantita dal contraddittorio. Partecipazione, dunque, al momento amministrativo ma non "espropriazione" dello stesso.

III) Motivi attinenti al dettato normativo. L'articolato sul silenzio amministrativo (Art. 19 e 20 della legge anche alla luce della recente riforma).

In realtà, ad ogni modo, anche la semplice lettura degli articoli della legge 241/90 che disciplinano il silenzio amministrativo, sembrano dare conferma degli assunti illustrati in precedenza.

Art. 19 L. 241/90

Secondo parte della dottrina, la fattispecie descritta dall'articolo 19 della L. 241/90 ([29]), appare essere molto innovativa rispetto al tradizionale rapporto tra il privato e il Pubblico laddove viene ad evidenziare come un privato possa, in qualche modo, sostituirsi al Pubblico, iniziando un'attività rilevante per la comunità, senza chiedere alcun tipo di autorizzazione ed, anzi, senza interpellare il Pubblico. Tra gli autori che hanno evidenziato questo carattere innovativo, una particolare menzione spetta a Schinaia ([30]), il quale sottolinea come l'art.19 sembra porsi come elemento esemplificativo di una forma di deregulation che viene introdotta dalla L. 241/90.

Senza soffermarmi sul punto, la semplice lettura dell'articolato ci fa comprendere come non possa essere riconosciuto come addentellato normativo a fondamento della riconoscimento della c.d. autoamministrazione del singolo. L'articolo 19, ricordiamolo, anche nella sua formulazione attuale ([31]), disciplina i casi in cui "l'esercizio di un'attività privata sia subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, (...) il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e requisiti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale", - dico io - senza ricorso alla discrezionalità quindi; in questi casi "l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio di attività da parte dell'interessato alla pubblica amministrazione competente, attestante l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge" ([32]).

Ci soffermerei, in particolare, ad evidenziare come questa ipotesi di silenzio sia limitata ai casi in cui il "rilascio (di quello che avrebbe dovuto essere l'emanando provvedimento espresso che viene sostituito dalla denuncia) dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge o (ora anche) di atti amministrativi a contenuto generale".

Il possibile ricorso al silenzio, quindi, non si estende ad ipotesi nelle quali sia invece necessaria una valutazione discrezionale che spetta e continua a spettare all'ente pubblico. Come si vede, quindi, quest'ipotesi, in realtà, non configura un'ipotesi in cui il cittadino "viene chiamato a dare e predisporre una propria regolamentazione degli interessi che risultano interessati dal provvedimento amministrativo" ([33]).

Il cittadino, infatti, non è chiamato a svolgere delle valutazioni discrezionali ed autonome su l'equilibrio di interessi, sostituendosi, in tal modo, con la propria autonomia al potere statale, ma viene semplicemente chiamato a dare esecuzione a un provvedimento che, nei suoi connotati e nei suoi aspetti principali ed essenziali, è già stato predeterminato dal legislatore, nel contenuto del quale neppure la pubblica amministrazione potrebbe interferire e prevedere una regolamentazione diversa. Ma questo, ripeto, non è autonomia. Per poter parlare di autonomia, ci deve essere un margine di discrezionalità. Non ci può essere autonomia laddove vi è un atto normativamente dovuto e predeterminato nel contenuto.

In realtà, proprio un'attenta lettura del dettato normativo ci conferma la visione negativa del singolo, avuta in mente dal legislatore, laddove precisa che tale figura di silenzio può ricorrere solo laddove "non sia previsto alcun limite o contingente complessivo (...) per il rilascio degli atti stessi". Dove vi è la previsione di un limite (numerico) deve intervenire la pubblica amministrazione a fissare e stabilire quel limite, dove questo limite non è previsto ed imposto, allora è lasciato spazio al singolo. Ma anche questo, quindi, non è autonomia. Anzi, questo passo ci conferma la visione propria di uno stato giacobino, della naturale incapacità del singolo di darsi delle regole, in primis, di darsi un limite alla propria azione, e quindi comprendere autonomamente il contingente complessivo di autorizzazioni che la comunità può sopportare e di cui ha effettivo bisogno ([34]).

L'art. 20 L 241/90. Contenuto e ampiezza.

L'articolo in esame ([35]) è sicuramente quello che riveste l'importanza maggiore all'interno della tematica affrontata nella presente indagine ([36])([37]).

L'articolo 20 prende – infatti - in esame tutti i casi in cui il procedimento, attivato dal soggetto interessato, viene a concludersi con il silenzio-assenso, ove l'amministrazione non provveda nel termine prefissato.

La disposizione, si distingue dalle ipotesi previste e regolate dall'art. 19 in quanto, nel primo caso vi è una richiesta di procedimento, a cui non segue alcun provvedimento ma un silenzio che viene qualificato dalla legge come assenso, mentre nel secondo non esiste una domanda di procedimento, e l'utilità che ne ricava il privato, quindi, non è connessa alla norma che disciplina il silenzio, ma direttamente alla norma che prevede il singolo vantaggio che il privato si autoattribuisce, iniziando l'attività esecutiva sulla base di una semplice denuncia di inizio attività.

Già ad una prima analisi, ciò che appare evidente del dettato dell'art. 20 è il fatto che questo sembra collocarsi in una posizione contraddittoria rispetto alla logica che sorregge l'intera normativa. Basti pensare ai già citati artt. 2 e 3 della legge nei quali si enunciano i principi ispiratori della stessa, quale quello dell'obbligo di emanare un provvedimento a conclusione di una procedura, e in ogni caso di motivarlo. E proprio questa è la caratteristica principale del silenzio. Ci troviamo di fronte ad una fattispecie a formazione progressiva di tipo provvedimentale che, però, viene a contraddire

tutti i principi che avevamo visto essere alla base della possibile comunicazione dialettica tra privato e pubblico. Come già evidenziato, innanzi tutto il silenzio assenso non è il frutto di un procedimento amministrativo. Nel caso dell'art. 20, vi è sì un'istanza iniziale, ma a questa non segue nessuna fase intermedia di tipo istruttorio o prodromico. Soprattutto all'istanza non segue quel confronto tra i vari interessi coinvolti nel caso di specie che il procedimento amministrativo garantisce, al fine dell'individuazione del provvedimento che nel miglior modo possibile realizzi l'interesse del singolo e quello della collettività alla buona amministrazione. Il silenzio, conseguentemente non dà quelle garanzie che il procedimento dà, ma soprattutto non rispetta quei principi, che sono corollario e presupposto del procedimento, che la stessa legge 241/90 enuncia.

Non si realizza il principio partecipativo, perchè non c'è un procedimento, una fase istruttoria, una fase preparatoria, una fase di confronto dialettico a cui possa partecipare il singolo, che ha solo presentato l'istanza. Non si realizza, inoltre, la trasparenza dell'azione amministrativa, perchè non c'è nulla che debba essere trasparente, anzi perchè non c'è nulla e quindi nulla che tale principio possa rendere accessibile e visibile. Non essendoci che il nulla, non si può certo dire che l'azione sia controllabile e valutabile, e acquista ancor di più un connotato di indeterminatezza. Non si realizza neanche il principio della imparzialità, perchè il pubblico sembra come rimanere celato nel buio del silenzio, non si manifesta e, soprattutto, non si confronta con il privato. Non c'è confronto tra i due e conseguentemente non c'è una posizione del Pubblico che si possa dire di imparziale uguaglianza nei confronti del privato.

Inoltre il silenzio-assenso è il frutto, provvedimento, della violazione di quel principio generale previsto dalla legge 241/90, ossia dell'obbligo di provvedere, e di provvedere in modo espresso. L'assenso ex art. 20, si ha proprio perchè l'amministrazione non ha provveduto, non ha adempiuto al relativo obbligo ([38]).

Il silenzio, ancora, non è motivato. Inutile ricordare l'importanza della motivazione, della esplicitazione delle ragioni giuridiche e dei presupposti di fatto che stanno alla base del provvedimento, onde poter avere un immediato riscontro del fatto che la pubblica amministrazione abbia davvero compiuto quella serie di valutazioni e ponderazioni che garantiscono l'individuazione del giusto assetto degli interessi in gioco; conseguentemente il silenzio non permette una valutazione della condotta della pubblica amministrazione, impedendo un altrettanto importante giudizio di responsabilità nei suoi confronti.

La figura del silenzio risulta essere, quindi, la negazione del nuovo tipo di provvedimento amministrativo, la negazione della comunicazione dialettica tra Privato e Pubblico e, così come delineata dall'art. 20 L. 241/90, inserita nel contesto della stessa, risulta essere un'evidente contraddizione del sistema. Come è stato autorevolmente affermato in dottrina ([39]), in coerenza con i principi generali sopra richiamati, ed in particolar modo quelli di buona amministrazione, di imparzialità e di trasparenza di cui all'art. 97 della Costituzione, si sarebbe dovuta escludere ogni valenza, sia essa di assenso che di diniego, al silenzio serbato dalla pubblica amministrazione.

Questo articolato, dunque, può davvero essere posto a fondamento del riconoscimento dell'autonomia del singolo? Innanzi tutto è, e continua ad essere, silenzio. Non vi è, da parte del singolo, lo svolgimento di una fase istruttoria che si sostituisca a quella della pubblica amministrazione. Non vi è lo svolgimento di una fase tipicamente gestionale ma un semplice ottenimento di un beneficio (ricordiamo che il silenzio è, in questo caso, assenso) come conseguenza dell'inattività della pubblica amministrazione. Non vi è pieno riconoscimento della possibilità del singolo di regolamentare. Non vi è un'abdicazione del proprio potere di intervento da parte dello Stato a favore del cittadino. E questo ci viene confermato anche dal fatto che non si dovrebbe prevedere il potere di intervento della pubblica amministrazione finalizzato ad una successiva rimozione degli effetti (provvedimentali) del silenzio. Inoltre e ancora, non lo si può considerare riconoscimento dell'autonomia, perchè, se così fosse, non si comprenderebbe la necessità di una istanza del singolo a cui la pubblica amministrazione sarebbe tenuta, per i principi generali sopra visti, a rispondere. Per aversi autonomia nel silenzio, sarebbe necessario che vi fosse la possibilità del singolo di attivarsi autonomamente (un pò come accade nell'ipotesi di silenzio prevista dall'art. 19 L. 241/90) ma, a differenza di questa, bisognerebbe che l'autonomia del singolo riguardasse ipotesi in cui la stessa amministrazione ha una sorta di discrezionalità, materie e settori nei quali il singolo, sostituendosi alla pubblica amministrazione potrebbe dare vita alla vera e autentica autoregolamentazione. Fin tanto che non vi sarà questo, non saremo di fronte ad un'ipotesi di autonomia.

Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con L. 14 maggio 2005 n. 80

Come è stato anticipato all'inizio del presente contributo e successivamente ricordato, la legge 241/90 e, in particolare, il silenzio della pubblica amministrazione è stato anche di recente modificato dal legislatore con il Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con L. 14 maggio 2005 n. 80. Le modifiche apportate, pur essendo rilevanti e meritando un'analisi più approfondita, non sono venute a innovare la struttura del silenzio amministrativo così come era stato delineato in precedenza dal legislatore ma, semmai, a precisare e puntualizzare alcuni aspetti, in precedenza lasciati all'interpretazione giurisprudenziale. Premesso e precisato che una più compiuta valutazione andrà rimandata all'emanazione dei necessari decreti attuativi, già da una prima lettura, semmai, si ricava la convinzione che il legislatore, ancora una volta, anziché procedere sulla strada delle riforme, tende ad una soluzione reazionaria mirante alla consolidazione del potere che le riforme sembravano volergli togliere.

Basti pensare alla previsione che la legge di conversione, nel modificare l'originario decreto legge, introduce relativamente alla possibilità di sospensione del termine previsto perchè la amministrazione risponda all'istanza del privato, pena il maturare del silenzio assenso. Con questa previsione, si permette alla pubblica amministrazione di posticipare la risposta al cittadino lasciandolo nell'incertezza di quella che sarà la conclusione del procedimento e violando, ancor più, il principio che vuole che la pubblica amministrazione risponda in tempi celeri e determinati ([40]). Per non dire del fatto che anche il ricorso a tale tipo istituto è suscettibile ad essere evidentemente utilizzato, o meglio strumentalizzato, per fini del tutto avulsi dall'interesse pubblico che dovrebbe essere sempre ispirare l'agire amministrativo, un'ulteriore arma per quella che, come spiegheremo di seguito, si può definire la politica dei silenzi.

Basti, inoltre, pensare al fatto che il legislatore precisa, ulteriormente, la possibilità comunque riconosciuta alla pubblica amministrazione di intervenire, in sede di autotutela a modificare il provvedimento silenzioso maturato. Anche in questo caso, quindi, si rivendica il potere originario della amministrazione, sottolineando come, la presunta delega al singolo del potere di amministrare, in realtà, non comporta l'abdicazione di potere del Pubblico a favore del Privato ([41]).

Motivi della diversità delle conclusioni raggiunte dai due orientamenti dottrinali: importanza della individuazione del momento politico all'interno della fase amministrativa.

A questo punto presente contributo, diviene necessario cercare di comprendere i motivi che allontanano quelle che avevo prima definito le convergenze parallele delle due tesi.

A nostro modo di vedere, la differenza di posizione deve essere imputata al mancato riconoscimento dell'importanza anche politica della fase amministrativa che inizia ad emergere sempre più chiaramente proprio grazie alle riforme. Questa nuova rappresentazione delle categorie di Privato e Pubblico, che emergono in maniera nitida dalla riforma e che risponde ad esigenze di cambiamento da molti sentite come urgenti, determina un modo diverso anche di concepire l'azione amministrativa e il suo rapporto con il momento politico. L'amministrazione non è più solo mera esecuzione dell'indirizzo di governo ma, attraverso l'indicazione effettuata in sede amministrativa di quelli che sono i problemi di gestione e dei loro riflessi in sede politica, finisce per partecipare, almeno in parte, al momento individuativo del bene comune.

Pur continuando a sottolineare, con Francesco Gentile, l'importanza di tenere distinte le due sfere ([42]), non si deve dimenticare che tale distinzione non è mai una separazione così che si può dire che l'azione amministrativa ha in sé una componente politica. Come l'autorevole autore ci ricorda "da sempre il problema amministrativo, inteso come problema dell'organizzazione degli strumenti, deve misurarsi, nel senso di confrontarsi senza confondersi, con il problema politico, inteso quale problema dell'orientamento al bene comune" ([43]).

Oltre a quanto appena accennato, non si deve dimenticare che l'individuazione dell'equilibrio e temperamento degli interessi in gioco in ambito amministrativo, che nel modo migliore realizza la finalità indicata in sede politica, contiene una certa politicità, che esprime la necessità della costante ricerca e realizzazione dei fini della convivenza sociale. Tale componente politica, laddove, come in un'ottica geometrica, i conflitti in sede amministrativa vengono risolti in termini di sovranità, ossia di conflitto e di prevalenza del più forte, viene irrimediabilmente perduta, impedendo la piena realizzazione del bene comune. E' quindi necessario, anche in tal sede, agire dialetticamente, in un confronto paritario, così come delineato dalla novella del 1990, per poter dare il giusto risalto a tale componente politica.

Sofferamoci sul punto per meglio chiarire. Con la legge 241/90, l'attività amministrativa appare acquisire una connotazione, almeno in parte, di natura politica. Nel senso che acquista una potenzialità operativa che al tempo stesso si riflette in sede politica, risultando essere uno degli strumenti con cui si realizza e si ricerca il bene comune. Infatti, se è vero che l'amministrazione è funzionale alla politica, è anche vero che lo è sotto diversi aspetti. Innanzi tutto - in senso classico del termine - come azione tipicamente operativa ed esecutiva delle finalità comuni individuate dall'azione di governo. Inoltre, ed in queste ipotesi in un senso più profondo e politico, da un lato grazie al riflesso che hanno in sede politica i problemi di gestione che emergono e vengono affrontati quotidianamente nell'attività della amministrazione; dall'altro come ottimizzazione degli strumenti disponibili per il raggiungimento dei fini politici attraverso la realizzazione del più equilibrato temperamento degli interessi confliggenti in sede operativa ([44]). Ed è proprio in questo senso che emerge in modo determinante l'importanza della svolta che la legge in esame vuole dare all'azione amministrativa e al modo di affrontare i problemi di gestione connessi alla convivenza di una comunità. Questo risolto o, come lo abbiamo definito poc'anzi, questo riflesso politico che la stessa azione amministrativa ha in sede politica, non sussisteva nella tradizionale visione del rapporto Pubblico-Privato, consolidatasi prima della legge 241/90. La visione geometrica di questi enti, e la conseguente soluzione formalistica data ai problemi amministrativi, che identificava il bene comune con l'interesse dell'ente pubblico, faceva sì che l'amministrazione e i problemi in essa emergenti venivano sempre affrontati e risolti in termini di sovranità. L'interesse pubblico era quello dell'ente pubblico e, conseguentemente, tutti gli interessi, che con questo confliggevano, dovevano essere ad esso subordinati, perdendo così l'occasione di comprendere i risvolti politici che quel confronto di interessi garantiva ([45]).

Secondo la nuova visione del rapporto Privato-Pubblico che viene individuata dalla legge 241/90, e con l'importanza conseguentemente riconosciuta al momento di paritario confronto tra i due enti in sede amministrativa, grazie alla particolare attenzione rivolta al procedimento, visto come nuovo mezzo di comunicazione tra i due enti, l'attività amministrativa si vede necessariamente valorizzata nella sua componente politica, divenendo quasi partecipe, almeno in parte e nei suindicati limiti, del momento politico individuativo del bene comune. Acquistano, alla luce della legge 241/90, ancora maggiore eco le parole di Gentile ([46]) che ci ricorda come "il bene comune, che non può essere inteso come entità attualmente o pienamente posseduta, esercita la funzione di modello per il governo di ogni comunità, punto limite di per sé irraggiungibile e tuttavia orientante l'azione politica". Ed è proprio perché il bene comune non può essere mai inteso come entità attualmente e pienamente posseduta, che il migliore perseguimento di esso, e, quindi, in parte anche l'individuazione dello stesso, deve spingersi fin entro l'azione amministrativa stessa, a garantire che, nel perseguimento dei fini individuati in sede di governo, l'azione amministrativa individui, in termini dialettici e non di sovranità, il miglior e più consono equilibrio ed assetto degli interessi in gioco. Infatti, se l'azione amministrativa viene ad essere regolata solo dall'idea di sovranità, si avrà una amministrazione che, rifiutando il confronto paritario con il Privato, dimentica la componente e la rilevanza politica delle sue scelte amministrative. La dialettica, infatti, permette di comprendere a fondo i risvolti politici insiti nelle scelte amministrative da un lato, e di realizzare al meglio il bene comune individuato in sede politica, comprendendo quale sia il migliore equilibrio tra gli interessi in gioco, dall'altro. Con l'introduzione del nuovo procedimento basato su un paritario e, per questo, effettivo contraddittorio, la legge 241/90 permette lo svolgersi in termini dialettici anche dell'azione amministrativa, che può dirsi partecipe, almeno in parte, anche del momento politico, svolgendo l'opera di compiuta realizzazione del bene comune. La normativa in esame, infatti, evidenzia una giusta esigenza. Se l'azione di governo, mirante a un "riconoscimento del bene comune" che "coincide con il riconoscimento in comune del Bene" ([47]), deve necessariamente, per potersi dire davvero tale, procedere dialetticamente, e, come abbiamo ricordato, deve essere inesausta e, in qualche modo, mai pensare di aver acquisito definitivamente il bene comune, anche la stessa azione amministrativa deve svolgersi dialetticamente, pena frustrare o comunque ledere l'individuazione dialettica dello stesso avvenuta in sede di governo. Grazie allo strumento del procedimento, il quale presuppone una parità di posizione tra Privato e Pubblico, si riesce a garantire la piena realizzazione del bene comune, con una sua puntuale esecuzione che, anche in tale sede, è di tipo dialettico, superando così la posizione formalistica che identificava il bene pubblico con il bene dell'ente pubblico e che finiva per impedire, sempre e comunque, qualunque fosse il metodo di individuazione del bene comune in sede di Governo, la sua effettiva completa attuazione e realizzazione.

Conclusioni

Il silenzio, quindi, carico di contraddizioni, e privo di coerenza rispetto alla visione globale che la legge dà dell'amministrazione nel suo complesso, e del rapporto privato-pubblico in particolare, non avrebbe dovuto essere previsto dalla normativa sul procedimento amministrativo in quanto non rende possibile quella comunicazione privato-pubblico che la legge sembrava voler introdurre.

Perché, allora, il legislatore lo ha previsto e la prassi lo ha fatto divenire elemento fisiologico del sistema, vera e propria ordinaria forma di comunicazione, ovviamente non dialettica, tra i due enti? Significativo è l'allarme lanciato da Abbamonte, il quale dice che la figura del silenzio finirebbe per "creare una riserva di potere formato al riparo dell'inazione" ([48]). Le ipotesi di silenzio appaiono essere, infatti, secondo l'autorevole autore possibili "deviazioni non agevolmente riferibili a tipi legali, appunto perché di carattere omissivo" ([49]).

Per evitare l'ineluttabile limitazione del proprio potere, illustrata in precedenza, il Pubblico crea o, meglio, mantiene il silenzio come categoria all'interno della quale potrà mantenere la propria discrezionalità e irresponsabilità. Il Pubblico, con una accorta "politica dei silenzi", potrà continuare, a mezzo del silenzio, qualificato e non, a dar vita a fattispecie produttive degli stessi effetti sostanziali di un provvedimento, ma che, a differenza del provvedimento, non sono frutto di un procedimento che garantisca il privato dell'avvenuta corretta individuazione del giusto equilibrio tra i vari interessi in conflitto, non sono sostenute da una motivazione che renda conto del proprio operato al singolo, impedendogli così ogni sindacato, e che non permettono, infine, al privato di partecipare alla formazione del provvedimento, di condividere col Pubblico, almeno in parte, l'attività amministrativa e di far valere, in tale sede, i propri interessi. Attraverso il silenzio e grazie al silenzio, il Pubblico, reagisce alla rivoluzione che la L. 241/90 vorrebbe imporgli e può continuare ad agire così come aveva sempre agito, con la massima discrezionalità e libertà.

([1]) Vedi, sul punto, il recente Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con L. 14 maggio 2005 n. 80;

([2]) Tra gli altri, si ricorda la posizione di L. FRANZESE in *Il silenzio amministrativo: sovranità o sussidiarietà delle istituzioni?* A proposito del libro di Torquato G. Tasso in *Ircocervo*, 1, 2005 ed in *JUS, Rivista di Scienze Giuridiche*, 1-2/2005.

([3]) In questo senso anche L. FRANZESE in *Il silenzio amministrativo: sovranità o sussidiarietà delle istituzioni?* A proposito del libro di Torquato G. Tasso, cit. ed in *JUS, Rivista di Scienze Giuridiche*, cit..

([4]) F. BENVENUTI, *Silenzio procedimentale e partecipativo in Atti della Tavola Rotonda sugli effetti sostanziali del silenzio-assenso nella legislazione urbanistica*, Roma, 1982, pag. 48.

([5]) Vedi G.BERTI, *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1991, 201.

([6]) L'esigenza fu espressa dallo stesso Consiglio di Stato, Adunanza Generale, Parere 8 febbraio 1990 n.16, in *Foro Ammin.*, 1990, I, p. 270 ss., che, dopo aver definito la questione del rapporto tra giudice amministrativo e attività amministrativa alla luce dell'estensione di tutela riconosciuta al privato in tale sede, lo definì "un problema delicato che appare tanto più rilevante nel sistema italiano, dove non si conosce ancora una disciplina normativa del procedimento amministrativo, nella quale i vari interessi confliggenti si confrontano nella scelta dell'interesse pubblico da perseguire". E, comunque, non solo le regole sono importanti ma anche altrettanto importante seguirne lo sviluppo e garantirne l'adesione all'evoluzione storica del settore: Cfr. Cons. Stato, Sez.VI, 09/05/1983, n.341 in Cons. Stato, 1983, I, 569 Nel caso in cui per effetto dell'emanazione di nuove norme organizzative mutino i parametri di riferimento che regolano l'azione amministrativa, non è dubbio che l'immediata applicabilità di tali disposizioni, salvo che non sia la stessa amministrazione a dettare una normativa transitoria, fa sì che gli atti per i quali non si è ancora concluso il relativo procedimento debbono essere conformati alle diverse e sopravvenute valutazioni dell'interesse pubblico.

([7]) Ricordiamo che Rudolf Von Jhering diceva: "Die Form (ist) die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit" ossia che "il formalismo è il peggior nemico dell'arbitrio e la sorella gemella della libertà" quasi a riprendere un vecchio adagio inglese secondo il quale "Freedom grows in the interstices of procedure" ossia che "la libertà cresce negli interstizi del procedimento": citati da S.CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 7 ss. ove CASSESE, tra l'altro, sinteticamente espone le funzioni che la legislazione in materia si pone come obiettivo: la prima di limitare e dare una forma alla discrezionalità amministrativa, la seconda di limitare i poteri dei giudici, la terza di limitare la discrezionalità delle autorità regionali o locali.

([8]) Anche la giurisprudenza più volte ha ricordato che esistono e sono necessarie "regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, le quali si pongono come limiti alla discrezionalità amministrativa". T.A.R. Lazio, Sez.II, 03/07/2002, n.6115 in *Gius*, 2003, 3, 320 ed ancora T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 24/11/1999, n.1481 in *Foro Amm.*, 2000, 1968 che in riferimento alla "c.d. procedura negoziata, consistente in una consultazione informale volta ad identificare il soggetto con cui trattare successivamente, non consente d'inquadrare in uno schema concorsuale la c.d. gara informale fermo restando che è possibile ravvisare una sorta di limitazione del potere discrezionale della p.a. (tenuta ad osservare le norme predisposte a presidio della "par condicio") e che la formalizzazione delle fasi della trattativa, tramite l'emanazione di regole volte alla disciplina della stessa, limitando la discrezionalità dell'amministrazione determina la nascita di interessi legittimi dei partecipanti al rispetto, appunto, delle stesse".

([9]) Sull'argomento interessante è l'analisi di V.NOCCO, *Teorie del procedimento amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1991, 15, pg. 1490, il quale espone le varie teorie sul procedimento. La teoria formale, ritiene il procedimento come la forma imposta dall'ordinamento giuridico a determinate azioni, disattendendo così la moderna teoria dell'articolazione che guarda non solo alla forma ma anche al formarsi dell'atto; La teoria sostanziale ritiene che il procedimento è un modo particolare di essere dell'atto, composto cioè da più atti ordinati ad un unico fine, teoria che però, e questo è il suo limite, non sottolinea la differente valenza che hanno i vari atti che compongono l'atto procedimentale. La teoria del Sandulli, che considera il procedimento come il farsi della funzione amministrativa. Partendo da questa tripartizione l'autore equipara, pur con le dovute differenziazioni, il procedimento alle fattispecie a formazione progressiva. Questa teoria maggiormente si avvicina alla realtà dell'azione amministrativa che Nocco definisce retta dal principio dell'articolazione che si ha quando "viene dall'ordinamento giuridico imperativamente articolata secondo una serie ordinata e progressiva di adempimenti".

([10]) Vedi B.DENTE, *L'analisi delle decisioni politico-amministrative*, in *I processi decisionali nelle aziende municipalizzate e di trasporto*, a cura di B.DENTE, Milano, 1987, pg. 7.

([11]) Parte della dottrina, in realtà, non concorda su questo, affermando che il voler vincolare normativamente la discrezionalità amministrativa attraverso il procedimento presenta dei limiti notevoli. Innanzitutto questo renderebbe

l'azione amministrativa troppo vincolata e rigida; Inoltre si finirebbe per accentrare troppo mentre nel settore amministrativo andrebbe delegato non solo i poteri ma anche la possibilità di regolamentare la propria azione amministrativa; si sottolinea poi che il governo è già responsabile politicamente per la propria azione nei confronti del Parlamento, che ha i mezzi politici di controllo sufficienti; In ultima analisi, specie la dottrina francese, sottolinea che i limiti legislativi non sono necessari perché il governo può già autolimitare la propria discrezionalità. Contro queste obiezioni si pone S.CASSESE La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata (op.cit.) il quale vede questo intervento del legislatore come necessario, riconoscendo come suo compito primario quello di limitare il potere dell'amministrazione a difesa del cittadino, cosa che l'amministrazione non è preparata a fare.

([12]) Ci riferiamo, ovviamente, al recentissimo Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con L. 14 maggio 2005 n. 80;

([13]) Legge 7 agosto 1990 n.241, Art. 2:

1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.
2. Le pubbliche amministrazioni determinano per ciascun tipo di procedimento, in quanto non sia già direttamente disposto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso deve concludersi. Tale termine decorre dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte.
3. Qualora le pubbliche amministrazioni non provvedano ai sensi del c.2, il termine è di trenta giorni.
4. Le determinazioni adottate ai sensi del c. 2 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti.

L'articolo è stato ora modificato dal DL 35/2005, lasciando inalterato però il contenuto sostanziale, come di seguito:

Art. 2.

1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.
2. Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.
3. Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni.
4. Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2.
5. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

([14]) Vedi tra le altre Cons. Stato, Sez.V, 19/07/1989, n.434 in Cons. Stato, 1989, 1, 928 Il giudizio di legittimità del silenzio-rifiuto formatosi in materia di attività vincolata tende a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale dell'interessato, poiché non sarebbe utile imporre all'amministrazione l'obbligo di provvedere esplicitamente su una istanza *ictu oculi* priva di fondamento. Cons. Stato, Sez.VI, 05/11/1988, n.1197 in Cons. Stato, 1988, I, 1433 Perché l'omissione della p. a. possa portare alla configurazione (esperiti gli ulteriori adempimenti) del silenzio-rifiuto occorre che sussista un obbligo di provvedere dell'amministrazione stessa. Cons. Stato, Sez.IV, 24/11/1986, n.762 in Foro Amm., 1986, 2429 L'annullamento di provvedimenti inoppugnabili rientra nella più ampia discrezionalità dell'amministrazione e pertanto nessun obbligo a provvedere è posto a suo carico, ancorché diffidata dai soggetti interessati.

[[15]] Per una attenta analisi delle problematiche attinenti alle due ipotesi di silenzio qualificato vedasi la parte I^a e gli autori ivi richiamati, in particolar modo F.G.SCOCA, Il silenzio della Pubblica Amministrazione, (op.cit.); F. La Valle, Profili giuridici dell'inerzia amministrativa, in Riv. trim. di dir. pubbl., 1962; F.GUICCIARDI, Silenzio e pronuncia sullo stesso ricorso gerarchico, (op.cit.); R.RESTA, Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa, (op.cit.); U.BORSI, Il silenzio della Pubblica Amministrazione, (op.cit.) e dello stesso autore Il preteso atto tacito nel silenzio dell'Amministrazione, (op.cit.).

[[16]] Per non dire che alcuni autori hanno potuto, alla luce di detto principio, ritenere sussistere la volontà del legislatore di abrogare le precedenti normative che disciplinavano le varie ipotesi di silenzio che gli autori, soprattutto lo Scoca, definivano "qualificato".

[[17]] Interessante analisi del rapporto Privato e Pubblico alla luce della normativa sul contratto risulta essere quella di L. FRANZESE Simmetria e asimmetria nel rapporto tra Privato e Pubblica Amministrazione in Diritto e Società, n.1/2 - 1993, 207 ss. secondo il quale la normativa prevista dalla L. 241/90 che prevede la possibile conclusione di un contratto tra Privato e Pubblico e, quindi, un incontro dialettico tra le due figure, in realtà risulta essere nella sua stessa formulazione e previsione contraddittoria, evidenziando ancor più l'incomunicabilità di questi due enti. L'autore ritiene che questo sia la conseguenza della visione "asimmetrica" attraverso la quale il giusnaturalismo moderno è venuto ad elaborare il concetto di sovranità e, conseguentemente, le due figure del Pubblico e del Privato.

[[18]] Cfr. Art. 6 e art. 7 L. 142/90 riguardanti rispettivamente gli istituti di partecipazione popolare (art.6) e l'azione popolare, i diritti d'accesso e di informazione dei cittadini (art.7).

Legge 8 giugno 1990 n.142, Art.6:

Partecipazione popolare. 1. I comuni valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione dei cittadini all'amministrazione locale (...) 2. Nel procedimento relativo alla adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati (...) 3. Nello statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi (...).

Legge 8 giugno 1990 n.142, Art.7:

Azione popolare, diritti d'accesso e di informazione dei cittadini. (...) 3. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia (...) in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese. 4. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi (...) detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardano; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione (...)."

Articoli ora abrogati dal recente DLT 18 agosto 2000 n. 267 che all'articolo 274 Norme abrogate, espressamente riporta: 1. Sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:

a) regio decreto 3 marzo 1934, n. 383; (...)

q) legge 8 giugno 1990, n. 142;

e sostituiti dai seguenti:

DLT 18 agosto 2000 n. 267 Art. 8:

Partecipazione popolare. 1. I comuni, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale. I rapporti di tali forme associative sono disciplinati dallo statuto. 2. Nel procedimento relativo all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati secondo le modalità stabilite dallo statuto, nell'osservanza dei principi stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. 3. Nello statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi e devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. Possono essere, altresì, previsti referendum anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini. 4. Le consultazioni e i referendum di cui al presente articolo devono riguardare materie di esclusiva

competenza locale e non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali. 5. Lo statuto, ispirandosi ai principi di cui alla legge 8 marzo 1994, n. 203, e al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, promuove forme di partecipazione alla vita pubblica locale dei cittadini dell'Unione europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti.

DLT 18 agosto 2000 n. 267 Art.9:

Azione popolare e delle associazioni di protezione ambientale.

1. Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia. 2. Il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti del comune ovvero della provincia. In caso di soccombenza, le spese sono a carico di chi ha promosso l'azione o il ricorso, salvo che l'ente costituendosi abbia aderito alle azioni e ai ricorsi promossi dall'elettore. 3. Le associazioni di protezione ambientale di cui all'art. 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, possono proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettino al comune e alla provincia, conseguenti a danno ambientale. L'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali sono liquidate in favore o a carico dell'associazione.

DLT 18 agosto 2000 n. 267 Art. 10:

Diritto di accesso e di informazione.

1. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese. 2. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardino; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione. 3. Al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione, gli enti locali assicurano l'accesso alle strutture ed ai servizi agli enti, alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni.

[[19]] A tal proposito è interessante notare come R.FRANCAVILLA, Brevi considerazioni sulla L. 7 agosto 1990 n.241, in Foro amm., 1990, II, 2997 ss, pur riconoscendo la portata storica della legge in esame, in quanto per la prima volta viene disciplinata in modo omogeneo la complessa materia dell'azione amministrativa, sottolinea che questa normativa si pone nell'alveo di una linea di tendenza, già evidenziatasi nella legislazione, mirante al completamento e alla realizzazione della forma di "democrazia partecipativa" già delineata dalla Costituzione, ma per molto tempo rimasta irrealizzata. Basti pensare al principio della sovranità popolare (art.1 c.2), dell'effettività della partecipazione (art.3 c.2), del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. (art.97), di legalità (desumibile dagli artt. 13 e 23), e di tutela del cittadino nei confronti della p.a. (artt. 28 e 113), già presenti nella Costituzione ma raramente realizzati e compiutamente applicati nella legislazione ordinaria.

[[20]] In realtà la necessità di partecipazione del privato nel procedimento, amministrativo o giurisdizionale, ha radici molto profonde. Le Corti Inglesi riconoscono il diritto del singolo di partecipare al procedimento di formazione della decisione fin dal Seicento. Il principio *right to be heard* è il principio che viene fatto risalire alla *Natural justice* e che impone alla amministrazione di consentire al destinatario del provvedimento di essere ascoltato per permettergli di esporre le proprie ragioni. Il principio, dopo un iniziale ridimensionamento, fu formalmente ribadito dalla *House of Lords* nella seconda metà del secolo precedente.

Tale principio viene poi ereditato anche dalle colonie americane che, in epoca democratica, nella propria carta Costituzionale prevedono tali principi (*right to be heard* o, in latino, *audi alteram partem*) negli emendamenti V e XIV per trovare poi fondamento statutario anche nel *Federal Administrative Procedure Act* del 1946, la legge generale sulle procedure amministrative. Per una esposizione più approfondita dei precedenti storici in materia, si veda il volume a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA *Procedimento Amministrativo e Partecipazione, Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002

[[21]] Legge 7 agosto 1990 n. 241, Capo III°, Partecipazione al procedimento:

* Art. 7: 1. Ove non sussistano particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato (...) ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire (...).

* Art. 8: 1. L'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale. (...)

* Art. 9: 1. Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento.

* Art. 10: 1. I soggetti di cui all'art. 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'art. 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'art. 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

* Art. 11: 1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art.10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo. 1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti (...). 4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatosi in danno del privato (...); I citati articoli non sono stati modificati dal recente intervento del DL 35/2005.

([22]) Cfr. Cons. Stato, Sez.VI, 01/09/2000, n.4649 in Riv. Giur. Edil., 2001, I, 240 Deve essere annullato l'art. 5 comma 2 ultimo inciso, d.m. n. 495 del 1994 in quanto, consentendo la conclusione del provvedimento prima del termine massimo previsto per la sua durata ed in misura tale da pregiudicare anche il termine ivi previsto per la presentazione di memorie da parte del privato, risulta limitativo della possibilità di partecipazione al procedimento di imposizione del vincolo.

([23]) Cfr. Art. 10 lett. b) Legge 241/1990

([24]) Per un approfondimento della tematica della partecipazione al procedimento si consiglia la lettura di F. BENVENUTI Funzione amministrativa, procedimento, processo in Riv. Trim. dir. Pubblico, 1952, 118; G. BERGONZINI, L'attività del privato nel procedimento amministrativo, Padova, 1975; V. CAIANIELLO. La parità tra le parti, in Diritto e Società, 1996,459; F. CARINGELLA, Il procedimento amministrativo, Napoli, 1998; E. CASSETTA E. Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione in Dir. Amm. 1993, 3; S. CASSESE, Il cittadino e l'amministrazione pubblica, in Riv. Trim. dir. Pubbl. 1998, 1015; I. FRANCO, Il nuovo procedimento amministrativo, Bologna, 1995; M.S. GIANNINI, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 2000; L. MAZZAROLLI, Spunti applicativi della legge 241/1990 in Cittadino e pubblica amministrazione nel procedimento e nel processo. Atti del convegno di studi, Brescia, 18-19 ottobre 1991, Roma, 1995, 19. A. ROMANO, Profili del procedimento amministrativo, 1990 in Cittadino e pubblica amministrazione nel procedimento e nel processo. Atti del convegno di studi, Brescia, 18-19 ottobre 1991, Roma, 1995, 39, F. SAITTA, Partecipazione al procedimento amministrativo e motivazione del provvedimento in Nuove Autonomie, 1999, 579; G. VIRGA, La partecipazione al procedimento amministrativo, Milano, 1998.

([25]) Per un'analisi del concetto più tecnico processuale di contraddittorio nel processo amministrativo, si rinvia a F.MERUSI, Il contraddittorio nel processo amministrativo in Dir. Proc. Amm., 1/1985, pg. 5 ss.

In giurisprudenza si veda, tra le altre, Cons. Stato, Sez.V, 03/03/2001, n.1231 in Foro Amm., 2001, f. 3. In virtù dei fondamentali canoni della trasparenza e della partecipazione nel procedimento amministrativo ex art. 3 e 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, spetta alla p.a. emanante di curare la comunicazione dell'atto conclusivo del procedimento, corredato dalla sua motivazione, a tutti i soggetti nei confronti dei quali quest'ultimo è destinato a produrre effetti diretti - nonché pure agli altri soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai diretti destinatari -, senza che ciò implichi la menomazione dell'esatta delimitazione del concetto di "piena conoscenza" dell'atto (ai fini della sua impugnazione in sede giurisdizionale o contenziosa), essendo preordinato a rispondere alla persistente esigenza di fissare in modo certo e definitivo il momento in cui l'atto amministrativo assuma il carattere dell'impugnabilità.

([26]) Sul punto si legga la recente pronuncia che ribadisce il principio ma ne richiede un'applicazione logica: Cons. Stato, Sez.V, 30/09/2002, n.5058 in Foro Amm. CDS, 2002, 2088: L'esigenza di informazione del destinatario dell'azione amministrativa, che ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, si realizza attraverso la comunicazione di avvio del procedimento e l'instaurazione del contraddittorio, non sussiste ogni qual volta lo stesso destinatario ne sia già informato, ossia allorchè il procedimento consegna ad una sua istanza o gli siano di fatto noti i suoi elementi salienti, oppure sia una conseguenza necessaria di altri procedimenti o atti già conosciuti; pertanto, le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non vanno applicate necessariamente e formalmente, ma debbono

essere interpretate in base a un criterio di realistica valutazione sull'effettiva conoscenza o conoscibilità di una sequenza e dei suoi probabili effetti lesivi.

([27]) Di recente il Tar del Lazio ha precisato e ribadito il principio. T.A.R. Lazio, Sez.III, 13/06/2000, n.4878 in Ragiusan, 2000, f. 198, 48: Ai sensi dell'art. 9 l. 7 agosto 1990 n. 241, ai fini della partecipazione al procedimento amministrativo da parte di soggetti portatori di interessi pubblici o privati o di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati, non è sufficiente la sussistenza di un generico interesse alla trasparenza e al buon andamento dell'azione amministrativa, ma è necessario che sussista un interesse sostanziale, connesso allo specifico procedimento instaurato.

E la più diffusa T.A.R. Veneto, Sez.I, 16/12/1998, n.2509 in Ragiusan, 2000, f.189, 129: L'esplicita legittimazione, ai sensi degli art. 13 e 18 l. 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale all'azione giudiziale non esclude, di per se sola, analoga legittimazione ad agire ai sensi della stessa normativa, in un ambito territoriale e comunitario ben circoscritto, agli organismi - comitato o associazioni - che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio e non intendano estendere il raggio della propria azione oltre la comunità e l'ambito territoriale ove si collocano e cui riferiscono i loro programmi e la propria attività, altrimenti verificandosi che le località e le relative popolazioni, interessate da "attentati" alla salute pubblica e/o all'ambiente di ambito locale e circoscritto, ove questi ultimi non siano presi in considerazione da associazioni riconosciute ma assenti "in loco", rimarrebbero prive di quelle suscettibilità di protezione che possono assicurare le associazioni ambientaliste e similari. Inoltre, ai sensi degli art. 9 e 10 l. 7 agosto 1990 n. 241, i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati hanno facoltà di intervenire nel procedimento, di prendere visione degli atti dello stesso, di presentare memorie scritte e documenti; pertanto, poiché la partecipazione al procedimento genera la legittimazione processuale, deve riconoscersi la legittimazione ad agire ai sensi della l. 7 luglio 1986 n. 349, dell'associazione ambientalista che opera localmente in ambito circoscritto, la quale abbia partecipato al procedimento poi oggetto della controversia. Sussiste, anche sulla base del criterio della "vicinitas", la legittimazione ad agire dei singoli per la tutela del bene ambiente, in particolare a tutela di interessi incisi da atti e comportamenti dell'amministrazione che li ledono direttamente e personalmente, unitamente all'intera collettività che insiste sul territorio locale.

([28]) Quanto appena illustrato trova conferma anche dagli altri principi che sono da un lato il presupposto per la realizzazione dei principi generali appena illustrati e dall'altro inevitabile sviluppo.

La riforma, come illustrata, si può realizzare solo attraverso la previsione di una serie di principi guida dell'azione amministrativa, che disciplinando in modo approfondito gli elementi costitutivi del procedimento, permettono il controllo da un lato, e la maggior comprensione dall'altro, del provvedimento conclusivo.

Innanzitutto, il principio della trasparenza ed imparzialità della pubblica amministrazione e, conseguentemente a questi, la responsabilità della stessa nei confronti del privato nel caso in cui l'azione amministrativa venga orientata verso fini diversi da quelli propri della comunità o venga comunque posta in essere con l'utilizzazione di mezzi non tassativamente previsti e regolati dalla legge.

Inoltre, viene introdotto un principio, quale quello dell'obbligo della motivazione, che diviene elemento necessario per la compiuta realizzazione dei suindicati principi, oltre ad essere di per se stesso importante baluardo contro l'eccessiva discrezionalità che è una caratteristica costante del *modus operandi* dello Stato Moderno, almeno secondo la costruzione che i geometri del diritto hanno realizzato. Sul punto la giurisprudenza, valutando la naturale prevedibilità della conclusione di un procedimento amministrativo, ha preso tale concetto a fondamento della valutazione dei danni da comportamento illegittimo: il T.A.R. Puglia Bari, Sez.II, 18/03/2002, n.1512 in Foro Amm. TAR, 2002, 1042 osserva infatti che le regole che vincolano l'attività amministrative devono essere ricostruite e applicate dal giudice nell'attività di ricognizione e valutazione del danno: La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo pretensivo - a differenza dell'interesse oppositivo la cui posizione coesiste con la spettanza del bene della vita nella sfera del privato - postula un giudizio prognostico sul prevedibile sbocco del procedimento amministrativo al fine di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dell'interessato. Siffatto giudizio può essere effettuato dal giudice chiamato a pronunciarsi sul risarcimento senza particolari problemi quando l'attività amministrativa da esplicarsi sia vincolata "ab origine" ovvero per effetto del giudicato amministrativo. Qualora invece l'attività amministrativa da estrinsecarsi abbia consistenza di attività discrezionale, il giudice al fine di formulare il giudizio prognostico sulla spettanza del bene di vita, dovrebbe ingerirsi nella valutazioni riservate all'amministrazione, talchè in siffatta ipotesi difetterebbero i parametri stessi alla stregua dei quali il giudice possa prevedere l'esito del procedimento.

([29]) Legge 7 agosto 1990 n. 241, Art. 19:

1. Con regolamento adottato ai sensi del c. 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988 n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui l'esercizio di una attività privata, subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla

osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato all'amministrazione competente. In tali casi spetta all'amministrazione competente verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre, se del caso, con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato non provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa.

2. Con il regolamento di cui al c.1 vengono indicati i casi in cui all'attività può darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia, ovvero dopo il decorso di un termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità degli accertamenti richiesti.

3. Ai fini dell'adozione del regolamento di cui al c.1, il parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il Governo procede comunque all'adozione dell'atto.

4. Le disposizioni del presente articolo si applicano nei casi in cui il rilascio dell'atto di assenso dell'amministrazione dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti prescritti, senza l'esperimento di prove a ciò destinate, non sia previsto alcun limite o contingente complessivo per il rilascio dell'atto stesso e in ogni caso non possa derivare pregiudizio alla tutela dei valori storico-artistici e ambientali e siano rispettate le norme a tutela del lavoratore sul luogo del lavoro.

5. Restano ferme le norme attualmente vigenti che stabiliscono regole analoghe o equipollenti a quelle previste dal presente articolo.

Per le successive modifiche dell'articolo in esame, vedi le note seguenti.

([30]) Sicuramente interessante risultano essere le valutazioni critiche, anche se allora formulate con riserva in quanto ritenute ancora premature, di M.E.SCHINAIA, Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla "deregulation" delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione, in Dir.Proc.Amm., 1991, 184 ss.

([31]) Cfr. Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con L. 14 maggio 2005 n. 80 art. 3 che, ai fini che ci occupano, non ha modificato il contenuto della disciplina;

([32]) A seguito del Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con L. 14 maggio 2005 n. 80 il nuovo articolo 19 L. 241/90 in realtà modifica i termini utilizzati (senza modificare il contenuto) come di seguito:

"Art. 19.

1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste.

L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente. Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente.

3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni

caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato.

4. Restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti.

5. Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

([33]) La definizione è di L. FRANZESE in *Il silenzio amministrativo: sovranità o sussidiarietà delle istituzioni?* A proposito del libro di Torquato G. Tasso, cit. ed in *JUS, Rivista di Scienze Giuridiche*, cit..

([34]) In conclusione, si deve dire che, anche in questo caso, il legislatore ha raggiunto un risultato parziale dando vita ad una fattispecie che, se semplifica l'attività amministrativa, pone dei problemi interpretativi non indifferenti. L'art. 19, infatti, da un lato può essere visto come una sorta di semplificazione dell'attività amministrativa, dall'altro come violazione dei principi che sottendono all'attività amministrativa stessa. Quando, infatti, il legislatore ammette che un'attività venga svolta direttamente dal privato, non si comprende se, e in che termini, questo voglia dire che lo stesso ha valutato che quell'attività non sia più un'attività di natura amministrativa o, viceversa, se ritiene che sia un'attività che conserva tale natura amministrativa ma che, per motivi di economicità, viene in qualche modo delegata al privato. Se optiamo per la prima soluzione dobbiamo ritenere che non siamo di fronte ad una figura di silenzio ma alla citata *deregulation*, e, quindi, che quell'attività non ha natura amministrativa, mentre se optiamo per la seconda soluzione, dobbiamo ritenere che siamo esattamente di fronte ad un silenzio amministrativo che comporta la violazione dei principi generali che la stessa L. 241/90 fissa. Siamo di fronte ad un'attività che, in base ai principi generali della legge, dovrebbe svolgersi con un procedimento in contraddittorio e concludersi con un provvedimento espresso ma che, in realtà, contraddicendo i principi generali stessi, si svolge silenziosamente. Inutile dire che la riforma del settore non si può ritenere così ampia da determinare un radicale sconvolgimento della natura stessa dei rapporti giuridici amministrativi e della relativa attività. Non si può ritenere che l'art. 19 voglia trasformare (unitamente ai decreti attuativi) la materia amministrativa facendo uscire dal novero delle attività di natura amministrativa quelle da questo regolate (e la prova immediata si ha con la previsione del potere di controllo della pubblica amministrazione). Ne consegue che, anche in questi casi, ad ogni modo, si verifica una gestione "silenziosa" dell'attività amministrativa però più diffusa. Ne consegue che il legislatore, per non smentirsi, ha fatto una riforma parziale. Non ha radicalizzato la riforma (e non ha voluto, più probabilmente) rinunciando ad una parte di potere (ossia alla natura amministrativa di una parte dell'attività) ma, anzi, ha esteso le ipotesi di silenzio che, come vedremo, gli garantiscono una riserva di potere.

([35]) Legge 7 agosto 1990 n.241, Art. 20:

1. Con regolamento adottato ai sensi del c. 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988 n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari sono determinati i casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata, si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità del rispettivo procedimento, dal medesimo predetto regolamento. In tali casi, sussistendone le ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissato dall'amministrazione stessa.

2. Ai fini dell'adozione del regolamento di cui al c.1, il parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il Governo procede comunque all'adozione dell'atto.

3. Restano ferme le disposizioni attualmente vigenti che stabiliscono regole analoghe o equipollenti a quelle previste dal presente articolo.

L'articolo è stato sostituito e modificato dal seguente intervento del DL 35/2005 come di seguito:

Art. 20.

1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.

2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.

3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

5. Si applicano gli articoli 2, comma 4, e 10-bis.

([36]) L'art 19 e l'art.20 della legge 241/90 furono disciplinati dal DPR 26 aprile 1992 n. 300 che conteneva, tra l'altro, tre allegati. Nell'allegato A venivano elencate le materie nelle quali il privato, ex art.19, poteva denunciare l'inizio dell'attività e contestualmente iniziarla. L'allegato B, prevedeva le materie nelle quali, ex art. 19, il privato doveva denunciare l'inizio dell'attività, ma attendere il passaggio di un determinato lasso di tempo, ivi indicato, per iniziare la corrispondente attività. L'allegato C conteneva l'elenco delle materie che prevedevano, ex art. 20, il privato doveva chiedere autorizzazione all'amministrazione per compiere una determinata attività, e poteva iniziarla solo laddove vi fosse un consenso espresso, o un silenzio, prolungatosi per un determinato lasso di tempo.

Successivamente ancora, è stato emanato il DPR 9 maggio 1994 n.407, il quale, modificando il DPR 300/92 introduce nuove materie nell'allegato A prima da questo non contemplate (ALL.1) ed elimina alcune materie dell'all. C (ALL.2). prima da questo non contemplate (ALL.1) ed elimina alcune materie dell'all. C (ALL.2). Ulteriori modifiche (di rettifica e precisazione) furono poi introdotte dal D.P.R. 9 maggio 1994 n. 411, DL 16 maggio 1994 n. 229 convertito con modifiche dalla L. 19 maggio 1994 n. 451, dal DLG 31 marzo 1998 n. 114, DLG 31 marzo 1998 n. 112;

([37]) Tra le norme che sono venute ad integrare la legge 241/90, ed in particolar modo l'art.20, ricordiamo, oltre alle già citate disposizioni:

DM 2.8.1991 sul Ministero Agricoltura e Foreste; Determinazione 15.1.1992 sulla Cassa Depositi e Prestiti; DM 23.03.1992 n. 304 sul Ministero del Tesoro poi modificato dal DM 8.6.1993 n. 299; DM 4.8.1992 del Ministro Industria Artigianato e Commercio in materia di controllo degli Atti delle Camere di Commercio; DLT 3.2.1993 n. 29 in materia di Amministrazione del patrimonio e contabilità dello Stato; DLT 1.9.1993 n. 385 cd. TU Legge Bancaria e Creditizia che estende le norme della 241/90 alla Banca d'Italia.

([38]) Nè si può dire, recuperando una parte della dottrina tradizionale, che il silenzio assenso sia una forma di sanzione che viene comminata all'inadempiente. In primis perchè l'assenso non è una sanzione alla amministrazione ma semmai un ingiustificato e illegittimo premio al privato. E poi perchè se di sanzione si vuol parlare, si può dire che si ha nel senso che l'amministrazione trova una concreta materializzazione della sua silenziosa e, per questo, cattiva amministrazione. La cattiva amministrazione, però, ha un risvolto essenzialmente negativo non tanto nei confronti della stessa amministrazione inadempiente, ma nei confronti di tutti i consociati, istante compreso. Ricordiamo quanto precedentemente detto riguardo al procedimento, come strumento di garanzia del singolo e della collettività o, meglio del singolo come membro di una comunità. Laddove manchi il procedimento amministrativo e il conseguente provvedimento espresso conclusivo, si ha un danno-sanzione per l'intera comunità, ivi compreso l'istante, quale membro della comunità. E' stato violato il suo diritto ad una buona amministrazione, ad un procedimento che confronti gli interessi in gioco trovandone il giusto assetto, ad un provvedimento coerentemente ispirato a questo equilibrio di interessi che si possa dire realizzi davvero il bene comune.

([39]) V.GHERGHI, La disciplina dei comportamenti omissivi della P.A., in Nuova Rassegna, 1991, pg. 266 ss.

([40]) Vedi il novellato art. 2 L 241/90 che al comma quarto prevede:

"4. Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità

non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2."

Vedasi anche il novellato art. 19 che al comma terzo recita:

"Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato".

([41]) Anche in questo caso il novellato articolo 19 recita:

"3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies."

E dello stesso tenore anche il novellato art. 20 della L. 241/90 che al comma terzo ci ricorda che:

"3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies."

([42]) Sul punto vedi quanto sottolinea Gentile in relazione al concetto di burocrazia, evidenziando, di conseguenza, la pericolosità insita nella possibile confusione tra le due categorie di politica e di amministrazione, tipico delle geometrie legali. "Un grande equivoco si nasconde nel termine, e nel concetto, di burocrazia, l'equivoco derivante dalla confusione tra governo politico e pubblica amministrazione ossia la confusione tra quello che è il rapporto amministrativo, per il quale un insieme di persone e di cose, equiparate nella funzione strumentale, viene organizzato in vista di un fine predeterminato, e il rapporto politico che costituisce la comunità orientandola al suo fine proprio, quale emerge dalla considerazione dialettica di ciò per cui ciascuno è membro della comunità, e quindi unito agli altri costituisce un insieme. Invero, se si confonde il governo politico con l'amministrazione pubblica o peggio, com'è nel caso della burocrazia, se si assume l'amministrazione pubblica a soggetto del governo politico, non c'è forma d'esercizio del potere che non sia dispotica, nel senso aristotelico del termine, poiché per essa, tra chi comanda e chi obbedisce, s'instaura il rapporto che c'è tra il libero e lo schiavo, tra il soggetto e l'oggetto di dominio, tra il fine e lo strumento dell'azione" in F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, Milano, 2003, Sulla concezione statistica dell'amministrazione ovvero della burocrazia come "stato che s'è fatto società civile", pg. 130.

([43]) Cfr F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, Milano, 2003, Sulla concezione statistica dell'amministrazione ovvero della burocrazia come "stato che s'è fatto società civile", pg. 128.

([44]) Ricordiamo, infatti, che decidere di perseguire un determinato fine politico, proprio della comunità, in un determinato modo anziché in un altro, è, in fondo, una scelta operativa ma con importanti risvolti anche sul piano politico. Per raggiungere un determinato fine, il più delle volte si possono seguire varie vie, attraverso diversi tipi di attività amministrativa, e scegliere tra queste, quella che nel miglior modo possibile realizza quel determinato fine politico, ottimizzando le risorse umane e materiali disponibili, e ponendo in essere il miglior equilibrio possibile tra i vari interessi in gioco, finisce per essere a sua volta una scelta anche di natura politica.

([45]) Sul punto vedi quanto sottolinea Gentile in relazione al concetto di burocrazia, evidenziando, di conseguenza, la pericolosità insita nella possibile confusione tra le due categorie di politica e di amministrazione, tipico delle geometrie legali. "Un grande equivoco si nasconde nel termine, e nel concetto, di burocrazia, l'equivoco derivante dalla confusione tra governo politico e pubblica amministrazione ossia la confusione tra quello che è il rapporto amministrativo, per il quale un insieme di persone e di cose, equiparate nella funzione strumentale, viene organizzato in vista di un fine predeterminato, e il rapporto politico che costituisce la comunità orientandola al suo fine proprio, quale emerge dalla considerazione dialettica di ciò per cui ciascuno è membro della comunità, e quindi unito agli altri costituisce un insieme. Invero, se si confonde il governo politico con l'amministrazione pubblica o peggio, com'è nel caso della burocrazia, se si assume l'amministrazione pubblica a soggetto del governo politico, non c'è forma d'esercizio del potere che non sia dispotica, nel senso aristotelico del termine, poiché per essa, tra chi comanda e chi obbedisce, s'instaura il rapporto che c'è tra il libero e lo schiavo, tra il soggetto e l'oggetto di dominio, tra il fine e lo strumento dell'azione" in F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., pg. 130, Sulla concezione statistica dell'amministrazione ovvero della burocrazia come "stato che s'è fatto società civile".

([46]) F.GENTILE, Il diverso e il comune, in *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., pg. 47 ss. La tematica viene ripresa anche da U. PAGALLO, *Alle fonti del diritto*. Mito, Scienza, Filosofia. Torino, 2002, pag. 225, "La scienza giuridica contemporanea, nell'assumere l'effettività del potere come principio di ragione del diritto, smarrisce in definitiva lo spettro fenomenologico della ricerca, che dall'elementare relazione servile di base si estende sino all'interazione giuridica di soggetti "liberi" ed "eguali". Riconoscere significa prender atto delle identità che affiorano attraverso le differenze costitutive delle istituzioni. E' la tensione dialettica che ritroviamo alle fonti del diritto tra quanto accomuna e quanto diversifica i membri della comunità." Sempre di U. PAGALLO, *Teoria e prassi alle radici della filosofia del diritto* in Francesco Gentile note d'appunti in F. GENTILE, *Ordinamento Giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, pg. 265.

([47]) Vedi F.GENTILE, *Il diverso e il comune*, in *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., pg. 47 ss.

([48]) G.ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, 1/1985, pg 21.

([49]) *Ibid.*, pg 23.