

Assenza di provvedimento e tutela degli interessi

(ovvero indagine intorno agli indizi di morte del provvedimento amministrativo)

“C’è una maniera classica di sopravvalutare il potere dello Stato: è il lirismo del mostro freddo che si erge innanzi a noi; ma c’è una seconda maniera di sopravvalutare il problema dello Stato paradossale perché apparentemente riduttiva: l’analisi che consiste nel ridurre lo Stato ad un certo numero di funzioni.. senza cogliere che per la nostra attualità il problema non è la statalizzazione della società ma la “governamentalizzazione” dello Stato ... la governamentalità va intesa come tattica di governo che definisce di volta in volta quel che allo Stato compete e quel che non compete, quel che è pubblico e quel che è privato ecc...”

M . Foucault (Poteri e strategie)

Giancarlo Montedoro

PARTE PRIMA –

POSIZIONE GENERALE DEL PROBLEMA - LA NUOVA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DEL DIRITTO DELL'ECONOMIA MA NON SOLO

Microfisica del potere ed ibridazione della sfera pubblica e della sfera privata

Parlare di assenza del provvedimento per gli amministrativisti è un po' come – per i civilisti - parlare della morte del contratto¹, registrare la crisi di un istituto giuridico, e le connesse trasformazioni dei concetti giuridici che ne hanno accompagnato l'affermazione e poi lo svolgimento, il successo e l'inevitabile declino (proprio di ogni esperienza umana quindi anche delle creazioni dei giuristi quale in definitiva è il provvedimento).

Significa anche verificare se le trasformazioni dell'*agere* amministrativo visibili attraverso la lente dell'allontanamento dell'azione amministrativa dai moduli classici del provvedimento segnano un complessivo tramonto della sfera pubblica così come è venuta costituendosi ad opera di quella vicenda storica che si è soliti chiamare vicenda della modernità (e del ruolo che in essa hanno

¹ Sul tema della morte del contratto cfr. GRANT GILMORE La morte del contratto Milano 1999. In materia vi è stato anche un vivace scambio di opinioni fra NATALINO IRTI e GIORGIO OPPO sulle Rivista trimestrale di diritto e procedura civile e sulla Rivista di diritto civile. Rinvio alla lettura dei saggi richiamati in questa nota per le argomentazioni esposte dagli Autori, brevemente si ricorda come, da un lato, autorevolmente è stata sostenuta l'impossibilità di ravvisare gli estremi della «contrattazione» in ordine ad es. all'operazione posta in essere con strumenti telematici in ambiente «world wide web», ma anche in altri ambiti della vita moderna connotati da standardizzazione delle condotte, con la conseguenza che l'asserito difetto di ogni possibilità di «dialogo» determinerebbe anche l'impossibilità di ricondurre l'operazione nell'alveo del concetto giuridico di contratto . Si è parlato, a tal riguardo, di «scambi senza accordo», ovvero di più negozi giuridici unilaterali che vengono ad incontrarsi nell'unicità del bene oggetto dello scambio . Dall'altro lato, a tale tesi si è contrapposta quella, altrettanto autorevole, che non considera il «dialogo» come presupposto necessario della nozione di contratto, giacché la fase della contrattazione è contemplata in maniera meramente eventuale dal nostro ordinamento giuridico, come risulta del resto dalla lettura dell'art. 1327 e 1333 c.c., dal che se ne è dedotta la natura contrattuale dell'operazione di scambio. Cfr. N. IRTI, Scambi senza accordo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, pp. 347 ss.; G. OPPO, Disumanizzazione del contratto?, in Riv. dir. civ., 1998, I, pp. 524 e ss.; N. IRTI, «È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo), in Riv. dir. civ., 1999, I, pp. 273.

giocato gli studiosi del diritto pubblico ed i giudici amministrativi) o se, invece, si tratti – come spererebbe lo scrivente – semplicemente di un riposizionamento di confini, di una questione, quindi di *actio finium regundorum* (fra sfera pubblica e sfera privata , fra diritto pubblico e diritto privato) e non di fissazione del limite dell'esperienza storica connotata da tale scissione costitutiva e di superamento del senso di tale distinzione .

Occorre in sostanza verificare se l'evoluzione del diritto amministrativo che stiamo vivendo si risolva in una vicenda di passaggio a nuovi scenari o non comporti piuttosto l' esaurimento definitivo di un percorso – quello che al centro di tale sapere metteva il provvedimento - fecondo per il progresso umano, ma destinato – inevitabilmente - a lasciare -prima o poi- il posto a diversi concetti.

Naturalmente il diritto è specchio di un'organizzazione sociale, cogliere le ragioni delle trasformazioni del diritto è impossibile senza interrogarsi sui mutamenti della struttura sociale che si accompagnano ad esse.

Occorre per inquadrare il tema dotarci di mappe che rendano interpretabile l'esperienza giuridica che si vuole analizzare in termini così generali.

Le mappe di norma dovrebbero seguire l'esplorazione della realtà – che nel nostro caso consisterà nell'analisi della giurisprudenza – ma l'epistemologia moderna – popperiana e non solo – ci insegna che si ha bisogno di un pregiudizio per iniziare una ricerca e così nel nostro dire ci doteremo di una mappa - già tracciata per misurare altri problemi - vedendo se le linee guida individuate in quel caso si rivelino utili anche per l'analisi della nostra tematica.

Così nell'indagine criminale (richiamata metaforicamente dal termine assenza/morte del provvedimento) si ha bisogno di un'ipotesi investigativa di partenza per poter accumulare materiali utili alla scoperta dell'autore del crimine.

La mappa che ci guiderà nel nostro viaggio alla ricerca del delitto di uccisione del provvedimento amministrativo è – intuitivamente - quella redatta da un grande intellettuale, da un filosofo continentale come dicono gli studiosi di storia della filosofia, perché matura la sua riflessione in un paese latino che ha tanti punti di contatto con il nostro paese ossia la Francia.

Si tratta di Michael Foucault al quale si devono alcune acquisizioni fondamentali nell'analisi dei rapporti fra sapere e potere e della natura e della forma del potere nella società contemporanea.

Talvolta il pensiero di Foucault appare a-sistematico ed oscuro, talaltra è attraversato da lampi fulminanti, da improvvise illuminazioni.

Qui se ne fa un uso dichiaratamente opportunistico.

Come si vedrà è di un tema foucaultiano in fondo che stiamo parlando interrogandoci sull'assenza del provvedimento e della tutela degli interessi.

E' evidente che nel caso in cui l'amministrazione curi il pubblico interesse altrimenti che con il provvedimento, occorrerà definire nuove forme di tutela e ciò determinerà la necessità di verificare il modo in cui si struttura una relazione fra uno specifico sapere (quello del diritto amministrativo come scienza) ed il potere (amministrativo e pubblico in via generale).

Dalla tipologia di relazione esistente fra questi mondi dipendono i connotati di un sistema sociale i contenuti delle sue regole, ed, in conclusione , anche l'ampiezza del potere del giudice di controllare l'amministrazione e di dare tutela ai privati, e, quindi, la tutela degli interessi, intesa – in termini foucaultiani – come tecnologia di controllo.

L'ipotesi di partenza dell'indagine sarà quella per cui il provvedimento declina per effetto della natura assunta dal potere e dalle strategie nella società contemporanea che è società della comunicazione , dello spettacolo, dell'immaterialità, della conoscenza, della tecnica.

Il potere definito dal provvedimento è quello legato ad una concezione classica della sovranità , incentrata sulla segretezza degli interna corporis dell'amministrazione e sull'esternazione della volontà unilaterale di provvedere al pubblico interesse che appare ormai accerchiata da nuove forme di dominio (di volta basate su processi standardizzati ed informatici, su mere esecuzioni di attività materiali , su deleghe a privati , sulla negoziazione perenne).

E' il momento di lasciare parlare Foucault, e mi si perdonerà la citazione un po' lunga², ma necessaria come apparirà in seguito : “ In generale i meccanismi di potere non sono mai stati molto studiati nella storia. Si sono studiate le persone che detenevano il potere : si faceva la storia aneddótica dei re , dei generali ; ad essa si è opposta la storia dei processi, delle strutture economiche. A quest'ultima, a sua volta, è stata opposta una storia delle istituzioni, cioè di quel che si considera come sovrastruttura rispetto all'economia. In realtà il potere nelle sue strategie, ad un tempo generali e sottili, nei suoi meccanismi non è stato ben studiato. Una cosa che è stata studiata ancor meno sono i rapporti fra potere e sapere, le incidenze dell'uno sull'altro. E' una tradizione dell'umanesimo ammettere che non appena si ha a che fare con il potere si cessa di sapere: il potere rende pazzi, quelli che governano sono ciechi. Solo coloro che sono lontani dal potere, che non sono in nulla legati alla tirannia del potere, rinchiusi nella loro camera, questi solo possono scoprire la verità.”

In realtà – continua Foucault – “esiste una perpetua articolazione del potere sul sapere e del sapere sul potere... l'esercizio del potere crea perpetuamente sapere e viceversa il sapere porta con sé effetti di potere...l'umanesimo moderno si inganna dunque nello stabilire questa divisione fra sapere e potere. Essi sono integrati...”

² MICHEL FOUCAULT Microfisica del potere. Interventi politici. Torino 1977 traduzione di G. Procacci.

La questione poi è cosa sia il potere e qui Foucault esamina la teoria giuridica classica per la quale il potere è considerato come un diritto, di cui si sarebbe possessori, come di un bene che si potrebbe di conseguenza trasferire o alienare, in modo totale o parziale, attraverso un atto giuridico o un atto fondatore di un diritto che sarebbe nell'ordine della cessione o del contratto (si pensa allo Stato patrimoniale, prima forma da analizzare nella teoria delle forme di Stato). Poi passa in rassegna altri momenti di evoluzione del concetto di potere.

L'elemento contrattuale – nota Foucault - è presente anche nella forma successiva dello Stato hobbesiano da cui deriva lo Stato di diritto, in forza dell'idea che ogni individuo è detentore originario di un potere che cede per costituire la sovranità.

Per Marx invece la questione del contratto non è che una illusione ideologica : il potere ha il ruolo di mantenere una dominazione di classe e determinati rapporti di produzione. Il potere affonda le sue ragioni nell'economico.

Il dominio dell'economico sul giuridico è così stabilito ed acquisito ed è vicenda che dura ancora oggi.

Per Foucault il potere rimane indissolubilmente legato all'economia, ma esso, analizzato in termini non economici, si rivela allora sempre come un rapporto di forza e di dominazione che, tuttavia, nella società contemporanea, assume le forme peculiari di un potere diffuso, senza centro, reticolare, inscritto in molteplici codici e saperi, *delimitato da regole giuridiche e pretese di verità*. *Potere, diritto e verità* sono i termini di una relazione complessa in cui *il diritto limita il potere* ma anche *offre al potere l'occasione per produrre effetti di verità*, mentre la verità – inizialmente quella filosofica o filosofico-politica ma anche quella tecnico scientifica - pretende di plasmare il diritto che poi ricomincia il suo lavoro incessante sul potere ossia sulle relazioni di dominio e di forza siano economiche o di diversa natura.

Il sapere è quindi -senza mediazione- potere ed il potere si traduce in pretese di verità, continuamente ridiscusse nel gioco democratico.

Il diritto – accumulo di sapere nella forma di un meta-linguaggio capace di regolare le relazioni fra sapere e potere - media fra queste dimensioni – fra sapere e potere - limitando il potere e definendo l'ambito degli effetti di verità producibili dal potere.

Per anni il provvedimento, le tecniche del suo controllo, i vizi dell'atto amministrativo sono stati i modi specifici attraverso i quali il potere amministrativo è stato sottoposto al controllo del giudice che rendeva effettivo lo Stato di diritto.

Il mercato si attendeva tutela dalla pretesa di legittimità dell'azione amministrativa e ciò – sinteticamente – ha dato vita alla figura giuridica soggettiva che si usa chiamare interesse legittimo, forma nella quale si calvano le pretese veritative di razionalizzazione del potere.

Ora nell'epoca in cui il potere esprime se stesso in nuove forme, moduli organizzativi societari, accordi, atti significativi di privati (come nella denuncia di inizio attività) inevitabilmente mutano le forme del controllo.

L'interesse legittimo non appare più l'unica lente attraverso cui guardare la realtà fenomenica del potere.

L'analisi delle forme di tutela dei privati in assenza di provvedimento appare allora – a questa altezza di visione - come un ulteriore capitolo del perenne discorso sulla legittimità del potere avviato in Occidente al tramonto del medio evo.

E la visione di Foucault appare decisiva per la comprensione del nesso fra trasformazioni delle forme di esercizio del potere e società dell'informazione e del sapere.

Foucault non ha scritto di Internet perché si occupava di archeologia dei saperi, ma il suo approccio al fenomeno del potere come rete diffusa di conoscenze integrate rende sorprendentemente ragione di *come* Internet connota il regime del sapere e del potere della società contemporanea e ne plasma la forma.

E la rete costituisce ovviamente – *ca va sans dire* - una metafora efficace della natura e della forma che il potere può assumere nella società della informazione. Una società nella quale l'informazione è merce ma soprattutto la merce (la sua produzione e la sua circolazione) è valorizzata dalla sua immersione in un processo di informazione permanente; è divenuta spettacolo come direbbe Guy Debord.

Ancora , nella nozione di potere indagata da Foucault non ha importanza la nozione di pubblico o di privato , ma *la nuda relazione di dominio*, quasi che sia importante la cosa e non la qualità che la cosa assume ai nostri occhi.

Il suo pensiero intuisce e porta alla luce così anche un'altra dimensione fondamentale della contemporaneità : *l'attenuazione della distinzione fra pubblico e privato* , alla quale fa seguito una vera e propria *ibridazione* fra le due sfere.

Borghese e cittadino erano le due dimensioni della soggettività moderna, definite dal diritto privato e dal diritto pubblico come rigidamente separate.

Ora esse sbiadiscono ed al loro posto si insediano pretese opposte di integrale disciplinamento della vita privata da parte del pubblico (come ad es. nel caso della biopolitica - altro tema foucaultiano – implicata nelle nuove forme di esercizio del potere pubblico che si manifestano nell'ambito sanitario, quando si tratta di decidere del fine vita o della sperimentazione di farmaci su soggetti deboli) o di privatizzazione di mondi vitali che si sarebbero ascritti – una volta alla sfera pubblica (come nel caso delle esternalizzazioni, dell'amministrazione per accordi o per consenso, dell'adozione della forma societaria in luogo dell'ufficio amministrativo) facendo così sorgere gli

opposti fenomeni della pubblicazione del privato e della privatizzazione del pubblico (con intrecci inestricabili fra le due dimensioni frequentemente riscontrabili nell'ambito disciplinare del diritto alla privacy).

Ciò non è senza riflessi sulle stesse strutture ed attività dell'amministrazione.

Costituiscono acquisizioni scontate della coscienza giuridica contemporanea i mutamenti dell'amministrazione che possono così riassumersi come connessi alla nozione di potere reticolare ed ibridato fra pubblico e privato :

1) L'amministrazione pubblica non è più solo statale.

Con il fenomeno dell'amministrazione polimorfica, si assiste all'esplosione delle soggettività amministrative, verso l'alto (amministrazione comunitaria) e verso il basso (amministrazioni locali) al fondo della quale si intravede, anche per effetto della necessaria riscoperta di elementi unificanti in funzione di bilanciamento della diffusione dei poteri e della loro articolazione in plurimi livelli istituzionali, il lavoro incessante ed uniforme della funzione oggettiva dell'amministrare, che viene sempre più astretta da regole standardizzate e controllata secondo i meccanismi che regolano la responsabilità civile dei privati.

2) L'amministrazione pubblica è attraversata da un intreccio di rapporti che coinvolgono plurimi livelli istituzionali realizzando così la connessione di diversi centri di potere.

I procedimenti amministrativi si articolano in modo da coinvolgere soggetti pubblici diversi : l'amministrazione comunitaria e quella nazionale, quella statale e quella regionale (si pensi alla materia dei fondi strutturali o alle pianificazioni ambientali) intrecciano le loro attività secondo moduli procedurali connessi nei quali i vizi di legittimità verificatisi in una fase possono riverberarsi in quella successiva.

3) Il diritto pubblico dell'economia passa dallo strumentario autoritativo incentrato su pianificazioni, controlli , concessioni ad un modello di intervento del potere pubblico incentrato sul modulo organizzativo societario e sullo schema contrattuale e consensuale.

Lo spazio pubblico tende a diventare un luogo di contrattazione permanente.

Qui emerge un ulteriore problema poco esplorato quello dei confini fra la logica della contrattazione e quella dell'argomentazione, fra contratto e provvedimento, ormai trattati dalla legge se non come succedanei come atti perfettamente sovrapponibili (art. 11 della legge n. 241 del 1990) , senza considerare che il contratto presuppone la disponibilità del bene, mentre il provvedimento presuppone in linea di massima la sua indisponibilità, fondando sulla logica dell'argomentazione (*rectius* : motivazione) la sua legittimità profonda.

Si tocca qui un punto profondo della logica di privatizzazione del pubblico che per altri risvolti qualcuno (prof. Tremonti) ha definito mercatista, preconizzandone il tramonto nell'epoca della lunga crisi finanziaria che stiamo attraversando.

4) Il processo di informatizzazione delle attività pubbliche tocca il procedimento ed il processo, sottrae ambiti alla classica logica motivatoria, standardizza fasi delle attività amministrative giurisdizionali, burocratizza il lavoro giuridico, aumenta le certezze ed impoverisce la qualità delle risposte ottenibili in un processo di graduale depauperamento della discrezionalità amministrativa, assediata dalla politicità delle valutazioni nei casi in cui la norma lascia ampiamente indeterminata la fattispecie e dalla tecnicità nei casi in cui siano predefiniti e definibili esattamente i presupposti di esercizio del potere.

Il tema è stato oggetto in letteratura di numerose analisi , notandosi che le linee di sviluppo dell'efficientamento amministrativo passano per 1) la semplificazione legale delle attività amministrative (con la generalizzazione del silenzio- assenso che è assenza di provvedimento) 2) la digitalizzazione delle attività amministrative e l'uso delle banche dati e dei formulari informatici.³

Ma lo scenario può fermarsi qui.

Occorre ormai entrare dentro i meccanismi della privatizzazione del pubblico e della pubblicizzazione del privato ossia analizzare compiutamente – nei limiti consentiti dal presente intervento - i due movimenti che come forze opposte ma convergenti determinano l'eclisse del provvedimento (ma non della funzione amministrativa) ponendo il problema di rinnovate tecniche di tutela da esperirsi nel processo amministrativo quando il provvedimento non c'è ma cionondimeno permane il pubblico interesse ossia ciò che è sentito come pubblico.

Poteri pubblici in forma privatistica

La prima linea di tendenza che si segnala per la sua costanza a partire dagli anni novanta dello scorso secolo – gli anni dell'ammodernamento e delle riforme dell'amministrazione italiana – è quella della utilizzazione della privatizzazione dei poteri pubblici.

³ PIERLUIGI CIOCCA e FILIPPO SATTA La dematerializzazione dei servizi della p.a. in astridonline.

Gli istituti che sembrano delineare questa linea di tendenza, dandole corpo, sono quelli degli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, ma anche l'esplosione dei contratti delle pubbliche amministrazioni, l'assimilazione crescente, sul piano della disciplina normativa fra provvedimento e negozio giuridico, l'utilizzazione intensiva dei moduli societari; la regola formulata in termini generali dall'art. 1 comma 1 bis della legge n. 241 del 1990 che prevede che la pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, *agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente.*

A questa linea di tendenza se ne contrappone un'altra, opposta, che, al fine di riequilibrare la tensione verso il diritto privato sottopone a regole pubblicistiche atti ed attività che, in precedenza sarebbero state unicamente regolate dal diritto privato, ne sono testimonianza l'evoluzione del concetto di organismo di diritto pubblico ed i relativi corollari, spesso estesi a materia diverse dal diritto degli appalti (si pensi al tema dell'accesso agli atti di società partecipate da pubbliche amministrazioni), oppure la procedimentalizzazione di attività private prevista dall'art. 1 comma 1 ter della legge n. 241 del 1990 che recita, come è noto, *"i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto delle attività di cui al comma 1"* ossia dei principi di legalità, economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza nonché i principi dell'ordinamento comunitario.

Il problema sottostante le trasformazioni predette è peraltro il medesimo ossia il problema delle garanzie rispetto all'azione delle pubbliche amministrazioni impersonali, che appaiono necessarie perché il diritto vivente – percependo il rischio derivante dalla riduzione a nuda natura di dominio dei rapporti giuridici regolati dal diritto pubblico – sembra aver superato un rapporto governanti-governati letto solo ex parte principis, per privilegiare una lettura degli stessi rapporti ex parte populi.

Il cittadino è quindi al centro dell'azione amministrativa, al cittadino vanno riconosciute pretese a titolo individuale nei confronti dello Stato- amministrazione, con la conseguenza, tuttavia di superare sia la categoria dell'interesse pubblico inteso come presupposto superiore all'interesse individuale sia la stessa nozione di interesse legittimo quale tecnica di tutela preordinata in modo peculiare a garantire la legittimità dell'azione amministrativa.

Il processo amministrativo si arricchisce di nuove tecniche di tutela.

Difficile tuttavia leggere – al di là della individuazione delle predette linee di tendenza – una logica uniforme ed una categorizzazione precisa nelle scelte legislative effettuate, specie in considerazione del fatto che la loro iniziale riconduzione al campo della giurisdizione esclusiva, con la correlativa enfaticizzazione della sua nuova centralità nell'ambito delle funzioni affidate ai giudici

amministrativi , è stata ridimensionata dal noto intervento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 204 del 2003.

Ne consegue un guado che si è interrotto nel mezzo del fiume.

Peraltro il legislatore della legge n. 15 del 2005 ha rimesso il provvedimento al centro dell'attenzione, come è stato notato, portando quindi nuovamente indietro la barra del timone rispetto all'approdo indicato dal ciclo delle riforme bassaniniane degli anni novanta.

Ne deriva, sul piano giuridico, una incertezza definitoria in relazione alle tecniche di tutela che si presentano ambigue, anfibe, oscillanti fra interesse legittimo e diritto soggettivo, fra azione di annullamento ed azioni di accertamento e di condanna, fra logica volta a mantenere la tradizionale impostazione impugnatoria del processo e logica che muove verso la recezione dello strumentario processualcivilistico.

Emblematica in proposito è la questione relativa alla tutela degli interessi nei confronti delle ipotesi di accordo , stipulato ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, fra pubblica amministrazione e privati.

Per inquadrare l'istituto dell'accordo – prima della riforma della legge n. 241 del 1990 operata dalla legge n. 15 del 2005 - sono state avanzate quattro ipotesi interpretative⁴.

La prima che si può definire pan privatistica concepisce l'accordo come un contratto di diritto privato , anzi di diritto comune, inteso quest'ultimo come il diritto che regola l'azione dei privati cittadini fra loro e che trova nel codice la sua generale espressione.

La chiave di volta di tale tesi interpretativa, è che agli accordi si applichino, ove non diversamente previsto , i principi in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11 comma 2 della legge n. 241/1990 come modificata).

La tesi predetta tende a restringere la significatività delle clausole limitative (“ove non diversamente previsto” e “in quanto compatibili”) e ad applicare largamente le disposizioni di diritto privato.

Ad es. il recesso di cui all'art.11 comma 4 viene considerato – in questa chiave – un vero e proprio recesso privatistico e non un provvedimento.

Il presupposto da cui muove questa ricostruzione è una generale fungibilità di strumenti privatistici e pubblicistici.

La seconda tesi muove sempre dalla qualificazione dell'accordo come un contratto di diritto privato, ma considera l'autonomia di cui gode l'amministrazione un'autonomia ristretta.

⁴ Seguo sul punto G.GRECO Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto Torino, 2003 e successiva voce di commento all'art. 11 in AAVV L'azione amministrativa. Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35 (conv. in legge n. 80/2005) .

L'azione amministrativa non perderebbe in questa prospettiva, la necessità di rispettare i vincoli normativi che dovrebbe rispettare qualora si esercitasse secondo il modulo provvedimenti, in tal senso oltre i limiti derivanti all'autonomia privata dalla disciplina civilistica si dovrebbero considerare, di volta in volta, le discipline pubblicistiche di settore.

Le conseguenze della violazione delle norme imperative pubblicistiche sarebbero tuttavia sempre leggibili nello schema delle invalidità di diritto privato ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.

Questa tesi assimila gli accordi ai "Verwaltungverträge" della legge tedesca sul procedimento amministrativo.

La funzionalizzazione dell'azione amministrativa poi non verrebbe meno per effetto della scelta di ricorrere all'accordo.

La conseguenza di tale funzionalizzazione si rivelerebbe soprattutto sul piano del controllo contabile della congruità dei contenuti dell'accordo.

Il terzo orientamento qualifica l'accordo come contratto di diritto pubblico gli accordi sarebbero impugnabili per i vizi di legittimità degli atti amministrativi.

In tal modo – nota Guido Greco – gli accordi sarebbero assimilati ai "contrats administratifs" dell'ordinamento francese.

Il quarto orientamento esclude che gli accordi siano riportabili al contratto sia pure latamente inteso e con ciò rende inapplicabili le regole del codice civile che disciplinano i contratti.

Le posizioni estreme sono criticabili la prima perché ignora che il presupposto della stipula dell'accordo è pur sempre l'esistenza di una potestà pubblicistica che si porta dietro la necessità di rispettare i vincoli normativi relativi, la seconda perché non vi sono elementi distintivi che consentano di escludere che gli accordi di cui all'art.11 della legge n. 241 del 1990 siano inquadrabili fra i contratti, ivi compresa la patrimonialità degli stessi.

Fra le due ipotesi restanti G.Greco ha lucidamente scelto l'opzione che qualifica l'accordo come contratto di diritto pubblico ritenendola di stretto diritto positivo e ritenendo che il contratto sia contestabile come un atto amministrativo e che la disciplina codicistica civile venga in rilievo sostanzialmente solo nella fase di esecuzione.

La circostanza che il potere di concludere accordi sostitutivi non richieda più fondamento legislativo (solo prima della riforma gli accordi sostitutivi erano ammessi solo nei casi previsti dalla legge) non incide sulle conclusioni raggiunte perché l'atipicità dell'accordo sostitutivo – atto inoltre generalmente fungibile rispetto al provvedimento - non significa che il potere amministrativo, presupposto all'accordo ed esercitato a mezzo dell'accordo medesimo, non debba avere fondamento normativo.

La legge tuttavia inserisce un elemento distonico rispetto alla conclusione raggiunta da G. Greco ed è la necessità di una previa determinazione amministrativa da parte dell'organo che sarebbe competente all'adozione del provvedimento.

Ciò pone plasticamente il tema del rapporto fra potere e contratto, fra interesse pubblico ed aspetti patrimoniali coinvolti nella fattispecie ed evidenzia l'incapacità del nostro ordinamento di trattare, secondo la sua sostanza, un contratto come se fosse un atto o viceversa.

In questo evidentemente, diversamente dall'esperienza francese, il formalismo logico presente nella cultura giuridica italiana e derivante dalla lunga consuetudine con la cultura tedesca della giurisprudenza dei concetti, induce ad escludere che dove vi sia contratto possa esservi non tanto il pubblico interesse ma la tecnica di sindacabilità del negozio per eccesso di potere, e dove vi sia un atto amministrativo possa in realtà sussistere anche l'ordinaria applicabilità di regole civilistiche (e, quindi, il superamento disinvolto della pregiudizialità).

Occorre tuttavia non enfatizzare il dualismo della fattispecie, che si presenta unitaria, nonostante la compresenza di un provvedimento amministrativo e di un contratto (come – d'altra parte avveniva nell'istituto della concessione – contratto).

L'accordo quindi più che un caso di assenza di provvedimento si rivela un caso di ritorno al provvedimento per pentimento del legislatore; ci si trova di fronte piuttosto che alla mancanza di provvedimento – anche nell'ipotesi dell'accordo sostitutivo – ad una limitazione della sua funzione che si riduce nell'autorizzare l'utilizzo dello strumento alternativo consensuale e nel dare direttive per la stipula che possono essere anche dettagliate, ma tanto più sono dettagliate tanto più consumano la convenienza di ricorrere allo strumento convenzionale.

Dualismo dell'istituto significa anche dualismo dei mezzi di tutela, saranno possibili azioni classiche di impugnativa della deliberazione preventiva di autorizzazione all'accordo (da esperirsi nel termine decadenziale) ed azioni civilistiche avverso la convenzione (azione di risoluzione per inadempimento).

Certo sorge un problema delicato di rapporto fra le azioni.

Si deve escludere infatti che siano proponibili azioni di nullità della convenzione per violazioni di norme imperative che avrebbero dovute farsi valere avverso il provvedimento di autorizzazione rimasto inoppugnato.

Si deve in definitiva escludere che i vizi tradizionali dell'atto amministrativo ex se siano deducibili avverso la convenzione.

Tali vizi sono deducibili in via esclusiva con l'impugnativa dell'atto amministrativo presupposto.

Il dualismo delle tutele non si traduce in una dispersione della tutela fra diverse giurisdizioni.

La legge infatti ha concentrato opportunamente le tutele attribuendole alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Gli interessi – anche di terzi rispetto all'accordo - sono quindi ben tutelati essendo l'accordo “doppiato” dal provvedimento.

Da questa vicenda – originaria incertezza sull'assetto della tutela in assenza del provvedimento e successivo intervento del legislatore per risolvere il problema prevedendo una struttura dualistica dell'istituto connotata dalla compresenza di atto amministrativo e contratto – potremmo concludere nel senso che la scomparsa del provvedimento comporta un rischio chiaro che è quello della diminuzione della tutela, mentre la struttura dualistica conserva le garanzie ma comporta indubitabili aggravii della procedura.

Ulteriore riflessione che potrebbe condursi sul piano della politica del diritto è quella per cui ammettendosi l'atipicità dell'accordo – senza venir meno al principio di tipicità del potere – si lascia alla delibera preventiva o preliminare di motivare perché il potere discrezionale debba essere negoziato od oggetto di una negoziazione, e ciò in via generale, sul presupposto che negoziare ed argomentare siano attività perfettamente, fungibili mentre l'argomentazione è propria degli ambiti disciplinari in cui esistono interessi indisponibili e la negoziazione presuppone o sembra presupporre la disponibilità dell'interesse⁵.

Il legislatore futuro dovrebbe tenerne conto definendo realisticamente l'ambito di applicabilità delle norme sul negozio o accordo sostitutivo del provvedimento, anche al fine di consentirne l'effettivo e realistico utilizzo⁶, essendo lo schema basato sulla perfetta fungibilità di autorità e consenso uno schema dal sapore ormai ideologico⁷.

Un ulteriore esempio di privatizzazione di attività pubblicistiche – comportanti il ridimensionamento del provvedimento - è dato dall'ampio ricorso al modulo societario per svolgere attività che sarebbero invece di competenza dell'amministrazione.

In questa vicenda – quella del ricorso al modulo organizzativo societario – sono distinguibili in modo apparentemente netto la fase pubblicistica e quella privatistica: la prima legata all'adozione

⁵ Jon Elster ha indagato i rapporti fra negoziazione ed argomentazione nel suo *Argomentare e Negoziare* Milano, 2005. Il centro teorico di questo mirabile saggio di filosofia politica è l'indagine su due tipi di atto linguistico: l'argomentare – che rinvia all'uso della ragione e al principio dell'imparzialità – e il negoziare – in cui l'egoismo scoperto si esprime mediante promesse, avvertimenti e minacce.

Ma questa tipologia polarizzata basta a spiegare i meccanismi della scelta pubblica?

Esistono solamente “agire comunicativo” e “agire strategico”, senza che si debba ricorrere a qualcosa come un “uso strategico dell'argomentazione” e, all'opposto, un “uso pedagogico della negoziazione”?

In ogni caso anche nella negoziazione può essere all'opera la “forza civilizzatrice dell'ipocrisia” quando anche chi è mosso da interessi puramente egoistici sia costretto o indotto a sostituire il linguaggio dell'interesse personale con quello del ragionamento imparziale.

La riflessione degli amministrativisti sul rapporto fra autorità e consenso dovrebbe fare i conti con gli esiti di questo pensiero. Qui il tema può solo essere segnalato.

⁶ Al riparo da contestazioni di tipo contabilistico.

⁷ E ciò appare confermato dall'esistenza di rare pronunce giurisprudenziali sull'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

della scelta organizzativa fino alla costituzione del soggetto societario la seconda legata alla vita della società.

Nella prima fase troneggia il provvedimento amministrativo (ad es. la delibera di autorizzazione alla costituzione del soggetto societario adottata dall'ente locale) nella seconda fase il provvedimento scompare ed appare il negozio giuridico privatistico.

Ma anche in questo caso al di là dell'apparente semplicità dello schema si pongono dubbi assai consistenti sulla possibilità di demarcare con esattezza la sfera del provvedimento e quella del negozio : intanto perché può essere che la fase pubblicistica condizioni la vita successiva della società fin nell'operatività determinandone limitazioni nell'oggetto sociale e conformandone la governance (è d'obbligo il riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di società in house e società miste⁸).

⁸ Si tratta, dunque, di quegli aspetti che caratterizzano l'intera disciplina degli affidamenti *in house* e delle società miste; temi che hanno determinato non poche oscillazioni giurisprudenziali sia a livello comunitario che nazionale. Proprio in materia di "controllo analogo", i giudici di Palazzo Spada, nella recente Adunanza Plenaria n. 1 del 2008, dopo aver elencato tutti gli arresti della Corte di giustizia intervenuti sull'argomento, a cominciare dalla sentenza "Stadt Halle" dell'11 gennaio 2005, hanno confermato che non può sussistere il requisito in parola in quei casi in cui si dia vita ad un modulo societario misto, ancorché a partecipazione privata estremamente ridotta. Qualora ricorrano tali condizioni, hanno chiarito i giudici, non sarebbe consentito l'affidamento diretto del servizio in quanto il soggetto pubblico, titolare del servizio, non sarebbe in grado di esercitare un controllo penetrante sul modulo affidatario, assimilabile a quello esercitato sui propri servizi. Perché l'affidamento diretto del servizio possa aver luogo occorre, pertanto, la totale partecipazione del soggetto pubblico nella compagine societaria chiamata a garantire il servizio, la quale assume le sembianze di una sorta di *longa manus* dell'affidante. In estrema sintesi, secondo la ultima ricostruzione del Consiglio di Stato, soltanto se ricorrono siffatte stringenti condizioni è possibile ipotizzare un "controllo analogo" dell'ente affidante nel senso coniato dalla giurisprudenza comunitaria. Gli stessi magistrati amministrativi, tuttavia, hanno avuto cura di chiarire che la totale partecipazione pubblica, pur ergendosi a condizione principe, potrebbe costituire elemento non sufficiente a garantire all'ente locale un "controllo analogo" sovrapponibile a quello esercitato sui propri servizi. In sostanza, il supremo organo di giustizia amministrativa, mutuando il proprio assunto dalle più recenti tappe della elaborazione giurisprudenziale comunitaria, ha evidenziato come, al fine di rendere effettivo il requisito in esame, occorra un *quid pluris* identificabile in alcuni penetranti strumenti di controllo derivati dal diritto civile. Più nel dettaglio. I giudici di Palazzo Spada, innanzitutto, hanno considerato inderogabile il principio dell'incredibilità del capitale sociale - anche limitata a quote minime - a beneficio di altri soggetti privati. In sostanza, l'apertura del pacchetto azionario a terzi svelerebbe la vocazione commerciale del modulo societario che mal si concilierebbe con la possibilità di esercitare un reale controllo sul soggetto affidatario del servizio. In secondo luogo, i giudici amministrativi hanno stigmatizzato la necessità che il CDA della società cui viene affidato il servizio sia svuotato di significativi poteri gestionali al punto da apparire come una specie di "ostaggio" in mano agli organi di *governance* dell'ente affidante cui, *per contra*, devono essere riconosciuti poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale. In terzo luogo, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto essenziale che il soggetto affidatario sia immune da qualsiasi vocazione commerciale individuando, a titolo esemplificativo, alcuni elementi idonei a conferirla quali: a) l'ampliamento dell'oggetto sociale; b) l'apertura obbligatoria, a breve termine, della società ad altri capitali; c) la possibilità che l'affidataria svolga la propria attività su tutto il territorio nazionale ed all'estero. In quarto luogo, il Consiglio di Stato ha ritenuto insuperabile la circostanza che le decisioni più importanti che il soggetto affidatario è chiamato ad assumere siano preventivamente sottoposte all'esame e all'approvazione dell'ente pubblico. A ben vedere, tutte le condizioni sopra elencate rappresentano il prodotto di un'attenta e meticolosa elaborazione giurisprudenziale compiuta dalle diverse Sezioni dello stesso Consiglio di Stato nei mesi precedenti. In estrema sintesi, l'Adunanza Plenaria ha ribadito il principio cardine, già fissato a suo tempo dalla giurisprudenza comunitaria, a tenore del quale il controllo societario totalitario esercitato dal soggetto pubblico sull'affidatario non costituisce condizione sufficiente per giustificare l'affidamento diretto del servizio se ad esso non si associa un'influenza dominante dell'ente pubblico sia sulle decisioni strategiche che sulle scelte più importanti assunte dal gestore del servizio. Del resto, il fenomeno dell'*in house* si inquadra all'interno del più generale fenomeno dell'autoproduzione, cioè della capacità della P.A. di trovare al proprio interno le risorse e le capacità gestionali necessarie senza dover ricorrere al mercato mediante l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica. I giudici di Palazzo Spada, infine, confermando la fluidità del concetto di "controllo analogo", hanno cercato di aggiungere ulteriori tasselli, utili a completare la difficile opera di strutturazione del

L'elemento di maggiore complessità affrontato dai giudici amministrativi nella difficile opera chiarificatrice dei concetti cardine degli affidamenti *in house*, cioè del "controllo analogo" e della "parte più importante dell'attività", è indubbiamente il primo. La oggettiva difficoltà di definire in modo organico la nozione di "controllo analogo" ha recentemente stimolato l'ennesimo intervento "additivo" dei giudici amministrativi. L'occasione è stata fornita dalla decisione della V Sezione del Consiglio di Stato, rubricata n. 5587, risalente allo scorso 23 ottobre 2007, con cui la causa sottoposta allo scrutinio magistrati di Palazzo Spada veniva rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria. I giudici del supremo consesso amministrativo sono stati chiamati dalla Sezione rimettente a chiarire alcuni temi spinosi in tema di *in house providing* e di società miste. In primo luogo, i magistrati del massimo Organo di Giustizia Amministrativa si sono dovuti pronunciare su quali fossero le condizioni richieste dagli interventi della Corte di giustizia e dalle successive

contenuto di tale elemento. Richiamando una puntuale decisione del CGA della Regione Sicilia, rubricata n. 719 e risalente allo scorso 4 settembre 2007, il Consiglio di Stato ha evidenziato come il pericolo maggiore che si annida all'interno della condizione in parola vada ricercato nella astrattezza ed ampiezza longitudinale del significato della stessa; circostanza, questa, idonea a rappresentarne, talvolta, una ricorrenza meramente formale e niente affatto concreta del "controllo analogo". In altri termini, secondo i giudici dell'Adunanza Plenaria, il soggetto affidante sarebbe in grado di esercitare un reale controllo sull'affidatario del servizio, assimilabile a quello esercitato sui propri servizi, soltanto qualora l'attività pubblica, per così dire di "monitoraggio", investa: 1) il bilancio; 2) la qualità dell'amministrazione; 3) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti e determini, 4), la totale dipendenza del soggetto affidatario diretto del servizio dall'ente pubblico per quanto concerne le strategie e le politiche aziendali (8). Passando all'esame della controversa questione legata all'affidamento diretto del servizio ad un modulo societario misto, il cui partner privato sia stato selezionato all'esito di una procedura di evidenza pubblica, l'Adunanza Plenaria ha avuto modo di chiarire l'assoluta condivisibilità di quanto già sostenuto dalla II Sezione nel parere n. 456/2007. In particolare, la Sezione II, con il segnalato atto consultivo, dopo aver riconosciuto la legittimità dell'affidamento diretto in favore di un soggetto economico misto in tutti quei casi in cui sussistano giustificati motivi *per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale*, ha indicato le due garanzie che invariabilmente devono essere osservate perché si possa procedere all'affidamento in questione: a) che la gara finalizzata alla scelta del partner privato sia sostanzialmente equiparabile a quella per l'affidamento del servizio, con conseguente unicità della procedura di scelta del partner "operativo" e dell'affidamento del servizio; b) che la procedura di selezione del socio privato, comprensiva anche del contestuale affidamento del servizio, venga rinnovata al momento "della scadenza del periodo di affidamento", al fine di evitare che la posizione di quest'ultimo si "stabilizzi" all'interno del modulo societario misto. A tal proposito, la Sezione ha auspicato che il bando di gara di selezione del socio privato preveda anche le modalità di uscita del medesimo in caso di futura mancata aggiudicazione allo stesso del servizio. L'Adunanza Plenaria, facendo proprie tutte le argomentazioni svolte dalla II Sezione del Consiglio di Stato ha, in un certo senso, inteso ammonire il legislatore avvertendolo che l'assenza di indicazioni precise da parte della normativa e della stessa giurisprudenza comunitaria non rendono possibile l'elaborazione di *una soluzione univoca o un modello definitivo*, essendo concreto il rischio di formulare delle interpretazioni *praeter legem* non condivise dalla Corte di giustizia. Un'ultima notazione va fatta in riferimento alla già affrontata questione della incompatibilità della vocazione commerciale della società affidataria con l'esistenza del requisito del "controllo analogo". Ebbene, il Supremo Consesso Amministrativo, confermando il principio codificato dalla Corte di giustizia Ue con la sentenza del 10 novembre 2005, meglio conosciuta come "Modling", ha indirettamente riconosciuto la possibilità di un affidamento diretto del servizio e, dunque, la sussistenza del requisito del "controllo analogo", qualora lo statuto societario preveda la mera possibilità e non l'obbligatorietà dell'apertura del capitale sociale ad altri capitali. Si tratta di una presa di posizione che, tenuto conto della importanza della sede in cui è stata assunta (AP), conferma il sostanziale *favor* dei giudici nazionali nei confronti dell'affidamento diretto del servizio a beneficio di società interamente pubbliche almeno fino a che il soggetto aggiudicatario non abbia indossato un *habitus* commerciale con la effettiva apertura del proprio capitale sociale a terzi (9). In conclusione, dalla lettura della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008, la sensazione che si ricava è che la principale preoccupazione dei magistrati amministrativi sia quella di evitare, nel silenzio del legislatore, che il concetto di "controllo analogo" si dissolva in formule vaghe, tutto sommato sterili ed inutili petizioni di principio, alcune volte del tutto sganciate dai tradizionali e consolidati meccanismi di *governance* che caratterizzano le dinamiche societarie.

posizioni assunte dalla giurisprudenza nazionale per potere considerare legittimo un affidamento diretto; in secondo luogo, è stato loro chiesto di fissare il concetto di prevalenza dell'attività svolta in favore dell'amministrazione affidante dal modulo societario affidatario; in terzo luogo, sono stati "invitati" ad individuare i contorni essenziali della nozione di "controllo analogo" ed, infine, a rendere noto se la ricostruzione operata dalla Sezione II del Consiglio di Stato, con il parere n. 456/2007, fosse condivisibile nella parte in cui ha ritenuto scarsamente compatibile con il diritto comunitario l'affidamento diretto del servizio a moduli societari misti, soprattutto quelli "aperti", ancorché il partner privato fosse stato scelto all'esito di una procedura di evidenza pubblica.

Altri elementi di complessità del sistema delle società pubbliche sono riscontrabili nell'attività di questi soggetti societari in quanto, sul piano delle concretezze, vi è un costante intreccio fra interesse pubblico ed interesse sociale che non è facile da dipanare e che ha consigliato di marginalizzare il modello (anche a fini di contenimento dei costi) varando una serie di ipotesi normative che hanno fatto dell'esternalizzazione la regola e dell'in house l'eccezione.

Va anche considerato che una volta sorto il soggetto esso vive una vita propria secondo l'ordinamento civile ma che dietro scelte negoziali, ad es. fusioni, scissioni, aumenti di capitale si celano spesso scelte implicite sull'interesse pubblico che rischiano di essere sottratte al sindacato giurisdizionale nella sede naturale che è quella della giurisdizione amministrativa⁹.

⁹ Si guardi al caso deciso da CdS VI 1 marzo 2005 n. 1102 secondo cui "appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non già a quella del giudice amministrativo, una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di una deliberazione con cui si approva la proposta di aumento del capitale sociale di un'impresa pubblica, atteso che tale controversia non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo previste dall'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, come risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004".

Nella parte motiva l'ordinanza che vale la pena di riportare integralmente nega l'esistenza di una controversia sottoponibile alla cognizione del giudice amministrativo in un caso in cui veniva impugnata una delibera di aumento di capitale comportante una delicata riorganizzazione dell'assetto proprietario di una società pubblica, con ciò rendendo evidente che l'uso del negozio può velare scelte organizzative altrimenti riportabili al provvedimento:

- “- la presente controversia, relativa alla delibera con cui l'assemblea ordinaria e quella straordinaria della società SAVE hanno approvato la proposta di aumento di capitale, con esclusione del diritto di opzione, non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo previste dall'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, come risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004;
- che, in particolare, non si tratta di controversia relativa a concessione o ad affidamento di servizi pubblici, né tanto meno di vertenza avente ad oggetto provvedimenti adottati ai sensi della l. n. 241/1990;
 - che, peraltro, il riferimento alla controversie relative al settore dei trasporti, ancora contenuto nella formulazione dell'art. 33, d. lgs n. 80/1998, come risultante dopo la richiamata sentenza n. 204/2004, non può essere considerato senza avere riguardo al complessivo itinerario motivazionale seguito dal Giudice delle leggi, sicché anche in tale settore il radicarsi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo presuppone che sia in contestazione un intervento a connotazione autoritativa o comunque che si rientri nelle fattispecie tipizzate dalla Corte;
 - che, d'altra parte, non può essere invocato l'art. 23 bis, l. n. 1034/1971, nella parte in cui estende l'applicazione del rito ivi disciplinato alle controversie concernenti le privatizzazioni;
 - che, infatti, in disparte la questione relativa alla qualificabilità in termini di privatizzazione sostanziale dell'operazione societaria deliberata, il Collegio non può non ribadire che la disposizione da ultimo citata attiene al rito, senza fondare la giurisdizione, da verificare sulla scorta di altre disposizioni normative;
 - che pare ininfluenza in questa sede la questione relativa alla qualificabilità della società SAVE come impresa pubblica, rilevante al diverso fine di verificarne l'assoggettabilità alla disciplina pubblicistica da seguire in sede di affidamento degli appalti e nel risolvere i conseguenti profili di giurisdizione;
 - che, nel caso di specie, è invece in contestazione l'operazione, tipicamente societaria, di aumento del capitale sociale p.q.m. rigetta gli appelli...”

Le distorsioni implicate dalla compresenza del pubblico interesse e dell'interesse privato non sempre facilmente risolvibili hanno condotto l'ordinamento interno a seguire strade nuove che privilegiano le complete esternalizzazioni dei servizi.

Ciò che è interessante è la manifestazione, sul piano del diritto interno italiano, di una linea di tendenza legislativa ed interpretativa improntata ad un favor verso le esternalizzazioni nella gestione dei servizi pubblici che rappresenta un sintomo ulteriore dell'esistenza – sul piano della politica del diritto – di un favor per il ricorso al diritto privato (ne è espressione il noto art. 23 bis del d.l. n.112/2008) e di un processo di declino del provvedimento concessorio (che lascia il posto al contratto di servizio).

In questa logica l'unica fase di rilievo pubblicistico appare quella della gara per la scelta del contraente successivamente residuando solo compiti di vigilanza e regolazione su cui non si concentra mai abbastanza l'attenzione.

Va ricordato tuttavia che la distinzione tra gestione diretta ed esternalizzazione – ovvero affidamento a terzi – dell'attività della Pubblica Amministrazione rappresenta un approdo ricostruttivo da lungo tempo consolidato nell'ordinamento interno. Già il r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 ("Approvazione del t.u. della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province") menzionava, partitamente, «l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi» (art. 1, comma 1) da parte degli enti locali rispetto alla scelta degli stessi di «concedere all'industria privata qualcuno dei servizi indicati all'art. 1» (art. 26, comma 1). L'istituto della concessione a terzi fu poi oggetto di più approfondita disciplina a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 265-267 del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175 ("Testo unico della finanza locale").

A commento delle disposizioni sopra ricordate si è in effetti osservato che «è altrettanto ammissibile, sul piano teorico, e si risolve in una valutazione di opportunità e convenienza (sia pure sotto il profilo dell'interesse pubblico che deve muovere l'ente pubblico), che la gestione del

All'opposto, sempre in sede cautelare, va ricordata l'ordinanza CdS VI 1 aprile 2005 n. 1610 secondo cui ogni atto comportante un riassetto societario (ad es. una fusione di una società pubblica con altro soggetto) deve essere preceduto da delibera a contrarre e può quindi essere sindacato dal G.A.

“Rientra nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo una controversia relativa all'impugnativa di atti degli enti locali prodromici alla conclusione di negozi societari (quali ad es. la fusione) incidenti sulla organizzazione delle società di servizi pubblici locali.

La integrazione tra servizi pubblici locali può legittimamente realizzarsi sia mediante un accordo istituzionale di tipo pubblicistico (unione e/o consorzio di comuni ecc.), sia mediante l'uso degli strumenti negoziali privatistici (come ad es. la fusione tra due società miste), adoperati previa adozione degli atti (quali la delibera a contrarre e/o a stipulare un negozio) che evidenzino l'interesse pubblico sottostante all'intera operazione.

La fusione tra due società in mano pubblica (l'una integralmente pubblica e altra controllata da ente pubblico) che gestiscono servizi pubblici locali non necessita di una pubblica gara e non viola l'art. 113, comma 6, del d.lgs n. 267/2000 (secondo il quale le società miste affidatarie dei servizi non sono ammesse a partecipare a gare al di fuori dell'esercizio di pertinenza per l'esercizio di altri servizi), perché, con la fusione si realizza un modulo organizzativo che integra strutture societarie e non un ricorso al mercato per la scelta di un gestore di servizi pubblici locali”

servizio venga affidata, attraverso un rapporto di concessione, ad una impresa privata, operante ovviamente ai fini del proprio profitto, o venga svolta direttamente dall'ente pubblico, per mezzo di una propria impresa pubblica».

Anche la giurisprudenza amministrativa ha, nel passato, lucidamente evidenziato la differenza – e la perfetta equivalenza – delle due situazioni (gestione diretta ed esternalizzazione). Emblematico è quanto affermato da Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477¹⁰, vale a dire che: «L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato»; «in sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione»¹¹.

Nel più recente periodo, il tema è stato compiutamente ripreso dalla Corte di giustizia europea, la quale – in maniera singolarmente corrispondente a quanto già statuito dal giudice amministrativo nazionale – ha rilevato come un'Autorità pubblica «ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»¹². La sopra riferita posizione della Corte di giustizia, condivisa dalle altre istituzioni europee¹³, fa ritenere che l'ordinamento comunitario tuttora preveda la piena alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione dell'attività da parte della pubblica amministrazione¹⁴.

Come si è già notato l'ordinamento interno ha scelto un'altra via attraverso l'introduzione di sempre più numerose disposizioni normative tendenti ad individuare l'esternalizzazione quale soluzione organizzativa preferibile quando non l'unica possibile. Il principio dell'alternatività ha incontrato deroghe soprattutto a partire dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, i quali individuano la gara quale unico sistema di affidamento, rispettivamente, del servizio pubblico di trasporto locale e del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale. Successivamente, analoga soluzione è stata contemplata per quanto concerne la gestione integrata dei rifiuti urbani (così l'art. 202 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

A prescindere dalla coerenza di siffatte scelte legislative rispetto all'ordinamento europeo ed anche costituzionale, occorre peraltro prendere atto che l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, rappresenta il superamento del principio in discorso anche a livello di normativa generale e non più solo settoriale: infatti, abbandonando la previsione di tre forme organizzative equivalenti – affidamento con gara, a società mista ovvero in house – finora

¹⁰ In I contratti dello Stato e degli enti pubblici, 1998, 462 ss.

¹¹ In argomento, significativo peraltro già Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, in Foro amm., 1996, 439 ss.

¹² Corte di giustizia, Sez. I, 11 gennaio 2005, nel procedimento C-26/03, p.to 48, in Urbanistica e appalti, 2005, 288 ss.

¹³ Cfr. ad esempio il Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

¹⁴ Lo rileva anche Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>.

contenuta nell'art. 113, comma 5 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (peraltro espressamente reputato dalla Corte di giustizia rispettoso del diritto europeo)¹⁵, le nuove norme individuano la procedura competitiva ad evidenza pubblica quale opzione ordinaria per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, relegando gli altri moduli organizzativi a soluzioni residuali (così i commi 2, 3 e 4).

La recentissima novellazione dell'art. 23 bis della legge n. 133 del 2008, contenuta nel decreto legge in materia di obblighi derivanti da atti normativi comunitari ed altro, non ha toccato nella sostanza l'impianto appena segnalato centrato sulla preferenza per le gare e le procedure di evidenza pubblica rispetto all'autoproduzione, ma ha, al di là della disciplina dell'intervento del regolatore ossia dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, diversamente modulato i passaggi della transizione dal vecchio al nuovo (la scadenza dei rapporti in essere).

Anche l'esternalizzazione comporta la inevitabile riduzione dell'area di intervento del provvedimento e consegna scelte gestionali rilevanti sugli assetti dei servizi al diritto privato, comportando rischi di minor trasparenza della loro gestione a meno che non si accompagnino le riforme con riorganizzazioni degli uffici amministrativi in grado di vigilare sui diritti degli utenti e di regolare l'attività delle società.

Un ulteriore ambito di privatizzazione è quello che riguarda i rapporti di lavoro pubblico, in questo ambito va citato il famoso art. 5 del dlgs. n. 165 del 2001 che può essere assunto a emblema del passaggio epocale da un regime di relazioni dominato dal provvedimento ad un regime dominato dal negozio.¹⁶

Peraltro l'interrogativo che frequentemente ricorre in dottrina attiene all'eventuale diminuzione di tutela che la riforma può indurre per i pubblici dipendenti a seguito dell'impossibilità di impugnare per i classici vizi di legittimità gli atti negoziali del datore di lavoro pubblico (con il conseguenziale aumento di potere della dirigenza non seguito, tuttavia, finora dagli auspicati recuperi di efficienza). Normalmente il riferimento che si prospetta per rispondere al dubbio è all'operatività del canone di buona fede come clausola generale, valida nel diritto dei contratti, in grado di non determinare

¹⁵ Così Corte di giustizia, Sez. I, 6 aprile 2006, nel procedimento C-410/04, in Foro amm.-Cd.S., 2006, 1109 ss.

¹⁶ La norma, come è noto, recita:

“Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi indicati all'articolo 2, comma 1, anche al fine di proporre l'adozione di eventuali interventi correttivi e di fornire elementi per l'adozione delle misure previste nei confronti dei responsabili della gestione.”

alcuna diminuzione dei livelli di tutela somministrati ora dal giudice ordinario in luogo del preesistente giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.¹⁷

Peraltro il riferimento non appare del tutto persuasivo alla luce dello stesso insegnamento della S.C. per cui ad es. in tema di qualifiche dei prestatori di lavoro, *la violazione dei principi della correttezza (art. 1175 c.c.) e della buona fede (art. 1375 c.c.) si configura solo nell'ipotesi in cui vengano lesi diritti soggettivi già riconosciuti in base a norme di legge, riguardando le modalità di adempimento degli obblighi a tali diritti correlati*. Le stesse regole non valgono, invece, a configurare *obblighi aggiuntivi* che non trovino, ai sensi dell'art. 1173 c.c., la loro fonte nel contratto, nel fatto illecito o in ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico. (Nella specie, la S.C., nel rigettare il ricorso, ha confermato la sentenza impugnata che, con adeguata motivazione priva di vizi logici, aveva ritenuto che il comportamento aziendale nelle operazioni di designazione dei nuovi dirigenti successive alla trasformazione dell'Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale in ente pubblico economico fosse conforme ai criteri prefissati atteso che la verifica della professionalità era stata effettuata in base all'allegato "curriculum" e l'obbligo di motivazione, limitato alle scelte operate tra le professionalità interne, era stato soddisfatto, senza che - in ragione della natura privatistica del rapporto di lavoro e del correlato vincolo fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro - potesse ritenersi sussistente un obbligo da parte dell'azienda di porre in essere una procedura selettiva per il conferimento di posizioni dirigenziali o di privilegiare, con una riserva di posti, il personale interno) (Cassazione civile, sez. lav., 24 marzo 2009, n. 7053).

La giurisprudenza appena citata trova un riscontro di carattere generale essendosi affermato che il contratto individuale di lavoro stipulato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni deve conformarsi al contratto collettivo il quale, a sua volta, demanda al contratto collettivo integrativo di ente l'attuazione delle sue disposizioni; ne consegue che l'adeguamento del contratto individuale a quello collettivo implica, senza necessità di specifici richiami, l'adeguamento anche al contratto collettivo integrativo, che rappresenta un modo per conformare il patto individuale alle regole collettive nazionali. Pertanto, ove sussista un obbligo (previsto dal contratto collettivo) sulla cui portata non sorgono incertezze, e tale obbligo venga adempiuto, non vi è ragione di invocare i principi di buona fede e di correttezza che non operano come fonti autonome ed ulteriori di diritti se

¹⁷ Si è ritenuto che la buona fede non sia invocabile negli ambiti del rapporto affidati residualmente alla cognizione del giudice amministrativo stabilendosi che "la facoltà della p.a. di decidere se, come e quando bandire un concorso per la copertura di un incarico dirigenziale costituisce espressione di un potere pubblicistico, connesso all'organizzazione dell'ufficio, e a fronte del quale stanno soltanto posizioni di interesse legittimo dei candidati. Ne consegue che, nel valutare la legittimità degli atti compiuti dalla p.a. e preordinari alla indizione del concorso, non sono utilizzabili i criteri di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. (Consiglio Stato, sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5495).

non nei limiti della previsione contrattuale. (Nella specie, alcuni lavoratori avevano convenuto in giudizio l'Inps, nella sua qualità di datore di lavoro, assumendo di aver diritto, in quanto esterni vincitori di un concorso, a vedersi riconosciuta la diversa qualifica professionale indicata nel bando e poi abolita dal contratto collettivo integrativo stipulato successivamente alla pubblicazione del bando medesimo. La S.C., nel rigettare il ricorso contro la sentenza che aveva respinto la domanda dei lavoratori, ha evidenziato che dal testo del contratto collettivo non risultava in alcun modo sostenibile la tesi di una non applicabilità del medesimo ai dipendenti provenienti dal pubblico concorso, tanto più che gli stessi avevano stipulato un contratto individuale nel quale si faceva riferimento all'inquadramento di cui al menzionato contratto collettivo successivo, sicché non potevano essere invocati i principi di correttezza e buona fede al di fuori del testo contrattuale).(Cassazione civile , sez. lav., 04 luglio 2007 , n. 15039).

Va peraltro notato che la S.C. ha ritenuto la buona fede invocabile come motivo di impugnazione delle scelte selettive dei dirigenti sanitari di secondo livello, rendendosi conto della necessità in questo ambito di porre rimedio a possibili arbitri.¹⁸

Così in generale l'utilizzo della clausola della buona fede si riscontra in pronunce relative ai concorsi interni che non comportino progressione di carriera all'evidente intento di equiparare il livello di tutela somministrabile dal giudice ordinario a quello precedentemente assicurato dal giudice amministrativo.¹⁹

Poteri privati in forma pubblicistica

¹⁸ Si è ritenuto che "La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi dell'art. 15 d.lg. 30 dicembre 1992 n. 502, non ha natura concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale, ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione. Poiché, però, tale criterio, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, non può esser addotto come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che, in generale, sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro, operando l'ordinario apparato di tutela del lavoro che, tra l'altro, vieta pratiche discriminatorie, il dirigente, al quale sia stato preferito altro candidato, può dolersi, in ipotesi, del carattere discriminatorio della scelta del direttore generale o, ancora più in generale, della violazione del canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale (ex art. 1175 e 1375 c.c.) . (Cassazione civile , sez. un., 06 marzo 2009 , n. 5457).

¹⁹ Si è così statuito che ove il datore di lavoro abbia manifestato la volontà di provvedere alla copertura di posti di una determinata qualifica attraverso il sistema del concorso interno e abbia, a questo fine, pubblicato un bando che contenga tutti gli elementi essenziali, sono rinvenibili in un comportamento siffatto gli estremi propri di un'offerta al pubblico, che impegna l'azienda non solo al rispetto delle norme con le quali essa stessa ha autodisciplinato la propria discrezionalità, ma anche ad adempiere a tale obbligazione secondo i principi di correttezza e buona fede, con piena possibilità di controllo giurisdizionale, che intervenendo su scelte imprenditoriali autonomamente compiute, non limita in alcun modo la libertà d'iniziativa economica e soltanto verifica l'osservanza di impegni legittimamente assunti. (Cassazione civile , sez. lav., 15 dicembre 2006 , n. 26892).

Il trend della privatizzazione dei poteri pubblici e delle esternalizzazioni consistenti comporta la marea di ritorno, operata dalla giurisprudenza, con l'ampio assoggettamento dei soggetti che nascono da tali processi di privatizzazione e liberalizzazione a regole speciali.

E' il fenomeno che possiamo definire di "ripubblicizzazione del privato".

Le ragioni di tale "ritorno del rimosso"²⁰ sono state ampiamente oggetto di analisi, anche da parte di chi scrive, notando, sulla scorta di riflessioni di Giampaolo Rossi²¹ che il processo di privatizzazione degli enti si è accompagnato al tentativo della politica di giocare a due mani, cumulando i vantaggi della struttura privata e del radicamento pubblicistico.

In tal senso il modello ideale (per massimizzare la libertà d'azione della politica) è quello che consente: 1) l'affidamento diretto del servizio da parte dell'ente pubblico; 2) l'esclusività nella gestione di determinate attività; 3) esoneri fiscali o destinazione speciali di entrate parafiscali in funzione degli scopi pubblicistici perseguiti; 4) ampia immunità dal diritto comunitario che impone regole di gara; 6) immunità da controlli di tipo pubblicistico e da responsabilità contabile; 7) immunità dal regime della responsabilità penale degli amministratori pubblici

Di qui la riaffermazione, nelle più diverse occasioni, da parte della costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia delle Comunità europee, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, della natura sostanzialmente pubblicistica dei soggetti privatizzati a fini di volta in volta di difesa delle regole concorrenziali, di protezione dell'erario, di riaffermazione dell'effettività dei sistemi di controllo, di assicurazione dell'eguaglianza di trattamento nel giure penale.²²

La pubblicizzazione dei poteri privati trova tuttavia anche un riscontro, in via generale, nella volontà del legislatore.

Ci si riferisce all'art.1 comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, norma che assume una forte valenza sistematica perché codifica il percorso giurisprudenziale prima ricordato che è teso ad imporre il rispetto delle regole dell'agire pubblico a fine di tutelare gli interessi coinvolti tutte le volte che soggetti privati agiscono concretamente ponendo in essere attività amministrative, ossia azioni dirette alla collettività adottate per il soddisfacimento di un fine di carattere generale.

La norma fa riferimento alla nozione di "attività amministrative" e non di atto o provvedimento, e, quindi deve ritenersi che possano esservi attività amministrative senza atti o provvedimenti, appunto meri congegni espressivi tuttavia di un potere amministrativo per utilizzare le categorie invalse in giurisprudenza dopo Corte Cost. n. 204/2003.

²⁰ Per dirla in termini psicoanalitici.

²¹ G. MONTEDORO Società in house e responsabilità in www.wastringonline

²² Si rinvia allo studio citato nella nota 21 per riferimenti.

E' stato notato che con questa norma il legislatore mostra l'intento di aderire alla nozione comunitaria di pubblica amministrazione recependo gli indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e dei giudici nazionali che in questi anni hanno progressivamente applicato i principi generali dell'azione amministrativa avendo riguardo alla natura delle attività svolte e non alla qualificazione formale del soggetto agente.

L'atto di preposizione può essere legislativo o amministrativo, purchè legittimi il soggetto privato all'esercizio di un'attività sostanzialmente amministrativa.

L'attività è qui intesa nel suo profilo squisitamente materiale, illuminato tuttavia dall'inerenza a pubblici interessi. Non v'è dubbio poi che negli atti dei privati potranno identificarsi, sul piano sostanziale veri e propri provvedimenti amministrativi ossia manifestazioni di volontà puntuali ai quali agganciare l'inesco della tutela.

Naturalmente – a fortiori - nessuna difficoltà può esserci nel ricondurre all'ambito disciplinare in esame gli atti dei tradizionali privati esercenti pubbliche funzioni come i concessionari di opere pubbliche.

Ciò comporta la riconduzione di tali attività alla giurisdizione del giudice amministrativo, tutte le volte in cui sia ravvisabile un provvedimento o l'attività materiale sia ascrivibile ad un campo di giurisdizione esclusiva.

Torna qui a manifestarsi uno spazio inedito ed impreveduto per il recupero della teoria dell'atto implicito²³ – che importata dalla dottrina civilistica – ha caratterizzato la riflessione giusamministrativistica nell'epoca in cui del silenzio si aveva concezione attizia e non di fatto-inadempimento successivamente concretizzandosi nell'enucleazione di una figura giuridica autonoma, distinta dalla mera inerzia amministrativa e individuabile in una condotta significativa, espressiva di un potere, avente la capacità di manifestare una volontà, ossia una condotta non estrinsecantesi in un provvedimento o in un atto ma considerabile alla stregua di un atto o di un provvedimento.

L'atto tacito, infatti, per la prevalente dottrina privatistica, è modellato sul comportamento concludente, il comportamento da cui si può arguire una determinata volontà del soggetto la cui rilevanza è direttamente od indirettamente riconosciuta dal legislatore.

Nelle forme tacite di manifestazione della volontà sono tradizionalmente ricompresi i silenzi ed i meri congegni da cui siano arguibili le volontà del soggetto autore della condotta.

Un campo di applicazione amplissimo potrebbe desumersi dalla latitudine dei congegni privati riportabili al concetto di attività amministrativa (ad es. congegni tenuti da professionisti legali o medici, congegni tenuti imprese pubbliche, congegni tenuti da sindacati o partiti per riprendere un

²³ Cfr. MASSIMO A. TUCCI L'atto amministrativo implicito Milano, 1990.

tema caro a Giannini quello dell'ascrizione di questi soggetti al novero dei soggetti che esercitano pubblici poteri).

Tuttavia il campo di applicazione elettivo e potenziale dell'art. 1 comma 1 ter rimane quello delle società pubbliche che esercitino funzioni o servizi pubblici (la norma parla di attività amministrative essa quindi è applicabile sia al caso della società che eserciti funzioni pubbliche ad es. l'Equitalia sia alla società esercente un servizio pubblico ossia un'attività imprenditoriale di produzione di beni o servizi connotata dalla necessità sociale).

Può dirsi che si parla di servizi pubblici quando l'azione delle pubbliche amministrazioni è diretta non già alla mera emanazione di atti giuridici, bensì al concreto compimento di attività materiali (servizi, appunto) nei confronti di destinatari individuati.

Il servizio pubblico è a tutt'oggi interpretato secondo due modelli: soggettivo ed oggettivo. I fautori della prima teoria ritengono che non possa parlarsi di servizio pubblico se le attività in cui esso si concretizza non sono svolte direttamente dalle pubbliche amministrazioni. Seconda la concezione oggettiva, invece, si avrà servizio pubblico ogni qualvolta vengano poste in essere attività perseguenti finalità proprie delle pubbliche amministrazioni anche se svolte direttamente da soggetti terzi.

Questa tesi, al momento prevalente, si fonda sulle recenti disposizioni emanate in tema di servizi pubblici locali; in particolare, sul vecchio articolo 113 del D.Lgs. 267/00 e sul nuovo art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 conv. In l. n. 133/2008, che, prevedendo la distinzione tra servizi a rilevanza economica e non economica ed il conferimento delle titolarità d'esercizio, tratteggiano chiaramente che le attività non devono necessariamente essere di pertinenza dell'amministrazione ma è sufficiente che siano assoggettate ad una disciplina che assicuri il perseguimento dei fini sociali. Ebbene, la disposizione in commento pare corrispondere in modo palese a questa seconda interpretazione.

Quanto alla natura degli atti posti in essere da tali soggetti, è noto che gli enti pubblici economici hanno costituito uno dei mezzi attraverso i quali lo Stato, nel secondo dopoguerra, è intervenuto nel settore economico al fine di regolamentarne lo svolgimento.

Questi enti intorno agli anni '80 hanno iniziato un percorso di declino (motivato essenzialmente da due ragioni: la incapacità a sostentarsi con i propri mezzi e le istanze comunitarie volte ad evitare la partecipazione dello Stato in qualsivoglia attività economica nazionale) che ha fatto sì che ne fosse prevista la lenta eliminazione attraverso alcuni interventi normativi: inizialmente con il D.L. 386/91 (convertito in L. 35/92), successivamente il D.L. 333/92 (convertito in L. 359/92) che ha trasformato in società per azioni i più importanti enti economici e stabilito che uguale trattamento avrebbe potuto essere deciso dal CIPE per analoghe situazioni.

Ebbene, particolare rilievo ha assunto sia nell'ordinamento comunitario che in quello interno la questione circa la natura degli atti posti in essere dai soggetti privatizzati. A questo proposito, la disposizione in commento pare confermare la tesi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza secondo la quale le società derivanti dalla privatizzazione conservano inalterata la funzione pubblicistica per cui esse sono destinate a rimanere pubbliche in senso lato e, pertanto, rimangono assoggettate a tutti i controlli previgenti

La norma di cui all'art. 1 comma 1 ter della legge n. 241 del 1990 tuttavia ha un limite ; non è una norma processuale e ciò comporta problemi poiché non sono chiare le conseguenze in termini di assetto delle tutele derivanti dalla qualificazione di attività dei soggetti privati come attività amministrative.

Ciò dovrebbe comportare tout court l'assoggettamento di tali attività alla giurisdizione generale di legittimità ma solo a condizione che sia individuabile nella condotta di tali soggetti privati un atto amministrativo implicito.

Ovvero che sussista un campo di giurisdizione esclusiva al quale ricondurre tale attività.

In ogni caso sembra non si possa negare che tale norma reclami un assetto delle tutele capace di dare effettività all'assoggettamento a diritto pubblico dei soggetti privati le quante volte siano in giuoco interessi pubblici il che – per conseguenza – comporta l'espansione correlativa della giurisdizione del giudice amministrativo.

Sarebbe più coerente – per evitare il rischio di vuoti di tutela – introdurre, nella riforma che istituirà il codice del processo amministrativo, una previsione di carattere generale che copra con il mantello della giurisdizione esclusiva questa norma di carattere sostanziale.

Altro nozione che è servita a contenere il fenomeno della fuga dal pubblico è quella di “organismo di diritto pubblico” .

Essa come è noto deriva dal diritto comunitario ed è nata con intento di perimetrare la disciplina degli appalti, ma poi ne sono sorte, nel diritto nazionale, conseguenze di fondamentale rilievo in materia di definizione dei confini della nozione di atto amministrativo, in materia di riparto di giurisdizione nonché , per effetto della scelta legislativa operata dalla legge n. 241 del 1990 (art.23), rispetto all'individuazione dei soggetti tenuti al rispetto della disciplina in tema di accesso agli atti amministrativi²⁴, con un uso della nozione che è parso eccessivo rispetto alla sua originaria funzione, appunto nata in un particolare settore del diritto comunitario che è quello della disciplina armonizzata degli appalti al quale tendenzialmente la nozione deve essere riportata.

Naturalmente occorre ricordare che la nozione di pubblica amministrazione ai fini comunitari non si presenta unitaria, in quanto ai fini della determinazione del limite all'operatività al principio di libera

²⁴ Cfr. F. CARINGELLA La nozione comunitaria di pubblica amministrazione : la controversa categoria di organismo di diritto pubblico nel settore degli appalti pubblici in Corso di diritto amministrativo 2005, pag. 797 e ss.

circolazione dei lavoratori (art. 39) la Comunità accoglie una nozione ristretta di pubblica amministrazione , legata alla partecipazione diretta od indiretta ai pubblici poteri o alla tutela degli interessi generali dello Stato e degli enti pubblici, in sostanza alla nozione francese di *puissance publique* , mentre ai fini della disciplina degli appalti ed a fini antielusivi delle esigenze di rispetto delle regole di diritto pubblico la nozione di pubblica amministrazione si dilata assumendo i contorni di quella di “organismo di diritto pubblico” inteso come soggetto giuridico dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, variamente sottoposto ad influenza pubblica dominante nelle finanziamento, nella gestione o nel controllo.

Con questa nozione si dispone di uno strumento ulteriore per snidare la pubblicità reale di soggetti privati, sottoponendoli alla giurisdizione amministrativa , senza nemmeno il bisogno di ricorrere alla indagine sull'esistenza di un atto implicito o fittizio, ma solo su un piano oggettivo, necessario alla integrale ed effettiva tutela delle esigenze del mercato.

Naturalmente ci si può chiedere con Benvenuti, se sia nato un *tertium genus* fra soggetto pubblico e soggetto privato (che sarebbe pur sempre da confinare fra gli *ircocervi*) o prendere atto della maturazione proprio con l'organismo di diritto pubblico dell'ibrido pubblico-privato che testimonia del tramonto delle forme classiche del disegno organizzativo dell'amministrazione (con gli inevitabili riflessi sul tramonto dello schema incentrato sul provvedimento e sul processo impugnatorio).

Chi scrive non dispone di elementi sufficienti a dare una risposta, che forse sarà visibile fra anni.

Il rischio della scomparsa della tutela degli interessi nei processi di privatizzazione e liberalizzazione

A questo punto delineati gli effetti delle privatizzazioni occorre soffermarsi sui rischi che esse innescano di una vera e propria diminuzione delle tutele costituzionalmente previste nei confronti della pubblica amministrazione.

In realtà il rischio prospettato è – esaminando il diritto vivente e la robusta attenzione della concorde giurisprudenza di tutte le Corti - più paventato che reale , tuttavia l'esigenza di mantenere ferma la tutela costituzionale degli interessi ha condotto ad un certo svuotamento i processi di privatizzazione e l'impressione complessiva è che la cautela nelle esternalizzazioni e l'onda di ritorno della ri-pubblicizzazione abbiano depotenziato le innovazioni normative introdotte dalle

riforme volte a liberalizzare ed ammodernare lo strumentario dell'intervento pubblico nell'economia .

A ben vedere la giurisdizione esclusiva in materia di contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni, la giurisdizione esclusiva in materia di accordi fra pubblica amministrazione e privati, la latitudine del concetto di organismo di diritto pubblico, la generale sottoposizione ai principi del diritto pubblico delle attività amministrative svolte da qualsiasi soggetto privato, la generale funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'uso del diritto privato e la immanenza del controllo contabile rispetto all'uso della pecunia pubblica sono elementi che hanno condotto ad un processo di trasformazione un po' gattopardesco in cui in fondo è stato cambiato tutto per non cambiare niente ovvero si è intrapreso un sforzo di trasformazione dei soggetti e delle modalità dell'azione amministrativa per poi riconquistare , in sede di controllo e di sindacato giurisdizionale, gli strumenti di tutela degli interessi costituzionalmente (e comunitariamente) necessari.

L'approccio dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti nazionali al tema delle riforme amministrative e delle tutele è pragmatico e non dommatico.

Tale approccio ha nel dissolversi delle categorie tradizionali come il provvedimento - che non vengono sostituite da altre figure capaci di *reductio ad unitatem* di altrettanta forza e coerenza – il suo connotato forte.

Nella frammentazione dello strumentario giuridico fra processi di privatizzazione del pubblico e pubblicizzazione del privato e forme ibridate della vita giuridica si manifesta una sorta di modernità liquida del diritto (Bauman).

Possiamo dire con Cassese che “il diritto amministrativo nasce dal riconoscimento della inadeguatezza del diritto privato, dunque come diritto derogatorio” osservando che esso ha attenuato tali caratteristiche ibridandosi con il diritto privato rispetto al quale v'è ormai una “frontiera mobile” ²⁵

Conviene citare Cassese per esteso :

“Prendiamo anche qui alcuni giuristi, che ci guidano nel tracciare l'evoluzione dalla metà del XIX secolo alla metà e, poi, agli anni '70 del XX secolo. Macarel osserva: «c'est que les règles de conduite qu'elles [les lois administratives] nous prescrivent constituent généralement des modifications aux règles tracées par la loi naturelle ou par la loi civile, des restrictions aux facultés que celles-ci nous reconnaissent ou nous accordent».

Un secolo dopo, Zanolini è ancor più drastico: «Alla definizione del diritto amministrativo conviene premettere la nozione del diritto pubblico in genere, del quale l'amministrativo fa parte». Poi aggiunge: «[I]l diritto amministrativo deve [...] definirsi: `la parte del diritto pubblico, che ha

²⁵ SABINO CASSESE Tendenze e problemi del diritto amministrativo in Dir. Amm. 2004, 4, 901 e ss.

per oggetto l'organizzazione, i mezzi e le forme di attività della pubblica amministrazione e i conseguenti rapporti giuridici fra la medesima e gli altri soggetti'». Riconosce più avanti che «[n]on mancano [...] particolari situazioni che rendono applicabili alla pubblica amministrazione norme e principi del diritto privato» .

Giannini, nel 1970, nota che: «[u]no degli aspetti più interessanti dell'esperienza recente delle amministrazioni pubbliche è il recesso, [...] ormai continuo, delle discipline pubblicistiche e l'incremento delle regolazioni privatistiche.

Dunque, il diritto amministrativo è prima considerato tutto diritto pubblico, salvo alcune parti limitate. Poi si riconosce che esso consiste di una parte autoritativa e di una convenzionale. Diventa, quindi, un diritto misto, in cui convivono principi dell'uno e dell'altro ramo, fianco a fianco, o intrecciati

Su questa situazione si innesta il diritto europeo, che deve tener conto della varietà dei diritti e delle misture di diritto pubblico-diritto privato nei diritti amministrativi domestici e persino delle due tradizioni, quella monistica (britannica) e quella dualistica (francese). Il Trattato del 1957 proclama l'indifferenza. L'art. 295 dichiara che «il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Altre norme menzionano il diritto pubblico per riconoscere che esso non è rilevante, o per assimilarlo a quello privato, o per non impegnarsi con nozioni nazionali (artt. 48, 86, 238).

Più tardi, però, il diritto europeo si sviluppa in un'altra direzione, che non è quella di dichiarare l'indifferenza della distinzione pubblico-privato, bensì quella di assoggettarla ai principi fondanti dell'Unione europea, quelli di libertà di circolazione e di concorrenza.

La distinzione è, quindi, funzionalizzata.

Da assoluta, diviene relativa. Per affermare la supremazia dei principi del diritto europeo diviene una distinzione ad assetto variabile. L'area pubblicistica è allargata - con la formula dell'organismo di diritto pubblico - ben oltre quella dei soggetti pubblici, quando si tratta di assicurare l'accesso agli appalti o di vietare privilegi (come nelle direttive sugli appalti e negli artt. 101-103 del Trattato Ce). Essa, invece, è ristretta fortemente quando si tratta di applicare l'art. 39 del Trattato Ce («le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni»), in modo da assicurare l'accesso al maggior numero di uffici pubblici alle persone di diversa nazionalità.

La distinzione formale tra diritto pubblico e diritto privato viene superata, perché deve adattarsi, volta per volta, alle esigenze sostanziali dettate dalla necessità di affermare la supremazia del diritto europeo.”

Il processo di trasformazione e riassetto dell'amministrazione si accompagna alla "rivoluzione dei diritti".

Nota Cassese che la «rivoluzione dei diritti» ha toccato anche il diritto amministrativo .

“Di esso – scrive – non si può più dire quello che scriveva il Montesquieu delle Lettres persanes, che insegna ai principi sino a qual punto possano violare la giustizia senza danneggiare i propri interessi.

Sia leggi generali, come quelle sul procedimento, sia leggi di settore, come quelle in materia ambientale e sanitaria, riconoscono diritti ai cittadini: il diritto di essere amministrati da funzionari imparziali, quello di intervenire nel corso del procedimento amministrativo, quello di ottenere dall'amministrazione una risposta fondata sugli elementi raccolti nell'istruttoria e adeguatamente motivata, quello di impugnare la decisione amministrativa dinanzi a un giudice.

Questi diritti non sono garantiti soltanto da norme nazionali. Essi sono riconosciuti anche da norme comunitarie, nonché da norme prodotte da organizzazioni internazionali. La coincidenza di norme dei tre livelli in materia di diritti è uno dei fenomeni più interessanti degli ultimi anni. Il diritto di essere consultati, quello di difesa, quello di ottenere una decisione motivata, quello di ricorrere al giudice contro una decisione amministrativa, sono rafforzati da questa pluralità di garanzie, a più livelli.

Di conseguenza, l'accento non cade più, come in passato, sull'autorità, bensì sui diritti (di cittadini, imprese, non cittadini).”

L' estensione della giustizia nell'amministrazione, che sia il giusto procedimento o la judicial review, naturalmente presenta anche caratteri contraddittori.

Perché rallenta l'efficienza ed induce l'amministrazione a sfuggire ai controlli attraverso i moduli di azione concertata e attraverso i partenariati pubblico-privato, fenomeno che potrebbe essere contrastato ripensando ai limiti fra argomentazione e negoziazione nel diritto pubblico.

Ma nel complesso la fuga verso il diritto privato è contenuta dalla riaffermazione della inerenza al diritto pubblico della nuova fenomenologia giuridica e dalla nascita dei nuovi diritti procedurali.

L'edificio alla fine si presenta “sbilenco” (Cassese) non privo di ambiguità, ancora incerto fra vecchio e nuovo , fra autorità e consenso, fra provvedimento e negozio, incapace di scegliere fra i due termini della bilancia , forse perché la “democrazia amministrativa è un ossimoro”.

PARTE SECONDA

L' AMMINISTRAZIONE TRADIZIONALE

Il declino del provvedimento e la de-quotazione della motivazione

Va da sé che le trasformazioni del diritto amministrativo hanno toccato anche il provvedimento, limitando in vario modo la sua essenzialità in funzione di garanzia.

La questione della centralità del provvedimento è legata all'esercizio della discrezionalità amministrativa ed alla funzione della motivazione.

In altra sede²⁶ si era avuto occasione di rilevare che “ la motivazione appare – come è stato detto - l'oggetto misterioso della riforma della legge sul procedimento amministrativo.²⁷”

La definizione del concetto di motivazione del provvedimento amministrativo svolge un ruolo essenziale anche ai fini della definizione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

I fronti caldi del tema sono da sempre , come è noto, la questione dell'ammissibilità di una motivazione postuma del provvedimento impugnato e la questione della c.d. inesauribilità del potere amministrativo per la possibilità, riconosciuta alla p.a., di nuovamente motivare infinite volte il diniego rispetto ad un'istanza del privato, nonostante il già intervenuto annullamento di un precedente provvedimento negativo per difetto di motivazione.

In fondo al tema v'è l'aspirazione all'effettività della giustizia amministrativa, sulla quale aleggia un interrogativo serio se si tratti di principio (capace di effettivamente orientare l'operare dei giudici) o di mito (che può sviare la funzione giurisdizionale dal suo ruolo, facendola sconfinare in campi che non le sono propri perché affidati al merito amministrativo)²⁸; in fondo v'è, ancora e

²⁶ G. MONTEDORO Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, in www.giust.amm

²⁷ L. TARANTINO Wittgenstein, Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio in Urb. appalti, 2002, 935 e ss.

²⁸ G. ROMEO L'effettività della giustizia amministrativa : principio o mito ? in Dir. proc. amm. 2004.

sempre, l'aspirazione destinata a non essere mai del tutto soddisfatta in un sistema costituzionale connotato dal principio di divisione dei poteri, ad un giudizio sul rapporto, nelle liti fra privati e p.a..

Giudizio sul rapporto che è tipico dello schema diritto –obbligo, mentre non appare conforme allo schema potestà- soggezione, all'esistenza del potere discrezionale della p.a. , all'*agere* dell'amministrazione come autorità, cui conviene il paradigma del giudizio sull'atto.

Si tratta di una questione che , se ci si volesse esprimere in termini filosofici, potrebbe definirsi la questione dell'*inafferrabilità* del potere amministrativo.

La motivazione (come la ragionevolezza) è al centro del diritto amministrativo, specie dopo che la Corte Cost. , con la sentenza n. 204 del 2004, ha messo al centro del fondamento del sistema duale (o plurale) di giustizia, l'*agere* dell'amministrazione come autorità, vero e proprio zoccolo duro , costituzionalmente tutelato, della giurisdizione amministrativa.

L'*agere* dell'amministrazione come autorità è il potere, ma il potere lo si vuole assoggettato alla legge, e dal suo assoggettamento alla legge deriva (art. 3 della legge n. 241 del 1990), in primo luogo, il suo essere *incatenato* all'obbligo di motivazione , obbligo strumentale, non finale, *via* attraverso cui il potere si fa legittimo, disvela le sue ragioni, ostende in pubblico la giustificazione del suo operare, concilia quando può, sceglie quando deve.

La motivazione , vista dal lato di chi è titolare delle funzioni pubbliche è una via.

L'unica via percorribile per l'adozione di un atto legittimo.

Ma , vista dal lato del destinatario dell'atto, la motivazione è un garanzia, la principale garanzia che la legge appresta a sua tutela.

La motivazione è stata letta secondo prospettive formalistiche e sostanzialistiche, come esternazione dei motivi e come giustificazione del provvedimento, ora indirizzata al giudice in funzione di controllo giurisdizionale ora all'opinione pubblica.

La dottrina più recente è tornata sull'argomento, sottolineando che esso deve essere letto nel quadro della tendenza sempre più spiccata a condurre il processo amministrativo dal modello cassatorio al modello di giudizio di accertamento del rapporto, ripercorrendo le stesse formulazioni teoriche sull'eccesso di potere che andrebbero rese compatibili con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Cost.²⁹

In questa chiave occorrerebbe prendere consapevolezza della “inutilità del vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione” quale vizio avente natura formale (così qualificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza) rispetto al quale sarebbe sempre ammissibile un'attività di rinnovazione, volta ad emendare l'atto annullato, munendolo dopo il giudizio di un'enunciazione motivante.

²⁹ A. GUANTARIO Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo, in Nuova Rass. 2002, ed in ed. di stampa anastatica .

Il giudizio amministrativo rischierebbe sempre di funzionare a vuoto, senza offrire tutela effettiva, sia nei casi di interesse legittimo pretensivo, che nei casi di interesse oppositivo, poiché la demolizione dell'atto sarebbe, anche in quest'ultimo caso del tutto provvisoria, a fronte dell'interesse dell'amministrazione a reiterare l'atto munendolo di motivazione.

Conferma della necessità di superare il funzionamento a vuoto – meramente formale - della giustizia amministrativa, si ha nell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990.

Il Consiglio di Stato³⁰ ha definito tale norma come norma processuale ed ha precisato che essa non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integra una "fattispecie esimente" che affranca *ab initio* il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dall'art. 21 *octies*.

Infatti mentre l'irregolarità opera *ex ante* e in astratto, per cui il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare, nel caso dell'art. 21 *octies*, comma II, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso.

Inoltre si è lucidamente precisato che mentre ai sensi dell'art. 21 *octies*, 2° comma, prima parte, della L. n. 241 del 1990 deve essere "palese" che il contenuto dei provvedimenti (vincolati) non poteva essere diverso, per la seconda parte della norma, relativa alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, è richiesta una prova particolarmente rigorosa che il provvedimento non poteva essere diverso.

Deve escludersi la sussistenza di tale prova quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento (e che ha indicato in giudizio) non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che sono precluse al giudice amministrativo.

F. Caringella si è chiesto, con la consueta estrema lucidità, se l'art. 21 *octies* costituisca una rivoluzione od una restaurazione concludendo che l'idea che il giudice sia un giudice dell'atto e non del rapporto è un'idea definitivamente cassata, in modo persino eclatante dal legislatore.³¹

In sostanza quando il privato ha torto ha interesse ad avere torto subito e completamente e viceversa.

All'opposto F. Satta ha criticato le scelte del legislatore con nettezza, temendo in sostanza che la norma consenta all'amministrazione di sottrarsi al rispetto delle garanzie ma senza condurre, in definitiva, al giudizio sul rapporto ossia senza ottenere la fuoriuscita delineata dalla struttura impugnatoria del processo.

³⁰ CdS VI 17 ottobre 2006 n. 6194 in www.lexitalia.it

³¹ F. CARINGELLA L'art. 21 *octies* della legge 241 : rivoluzione o restaurazione ? ora in *Il diritto amministrativo a parole*, Roma 2007.

Vale la pena di ricordare le espressioni critiche che F. Satta ha voluto dedicare alla norma per la loro icasticità:

“Il disordine è profondo. Gli atti vincolati non possono essere annullati quando sia palese che il loro contenuto non poteva essere altro che quello avuto; per gli atti discrezionali non ha rilevanza la mancata comunicazione di avvio del procedimento – cioè niente di meno che la mancata instaurazione del contraddittorio – se l’amministrazione dimostra in giudizio che il loro contenuto non poteva essere diverso da quello in concreto avuto. Che cosa significa qualora sia palese? Palese a chi? Gli atti vincolati difficilmente ricadono nella giurisdizione amministrativa; chi altro li annulla? La stessa amministrazione? E se si dimostrasse in giudizio che altro provvedimento non si sarebbe potuto assumere, è forse questo motivo sufficiente per consentire all’amministrazione di ignorare una delle disposizioni più importanti di tutto il diritto pubblico, quella che garantisce il diritto di difesa in sede di formazione delle decisioni discrezionali, prima dell’adozione del provvedimento?”

In effetti anche qui la scelta legislativa è sbilanciata, “sbilenca” (secondo l’espressione di Cassese), la norma processuale paralizza l’azione di annullamento e consente in definitiva una sentenza dichiarativa di difetto di interesse a ricorrere in presenza di una natura solo formale del vizio, ma non assicura affatto a ben vedere che il giudice possa valutare il merito , la sostanza del rapporto.

Quindi la norma consente al privato che ha torto di saperlo subito e completamente ma non consente al giudice di valutare au fond la sostanza della controversia (anche se la strada verso l’azione di adempimento è segnata ed in ciò c’è da concordare con la visione di F. Caringella).

Il punto è che tale strada può essere utilmente percorsa – a diritto vigente - solo nella ipotesi di vera e propria assenza di provvedimento: il silenzio-inadempimento dell’amministrazione.

L’atto implicito

Già il Cammeo evidenziava che “non è raro il caso in cui l’obbligo dell’amministrazione consistendo nel fare, senza alcuna spiegazione od avviso, essa ometta di fare ... come non è raro il caso che compia un’azione positiva senza previa deliberazione”³².

Parimenti Santi Romano con la consueta attenzione al divenire concreto delle categorie giuridiche invitava a cogliere la volontà dell’amministrazione sul piano sostanziale, prescindendo dall’atto formale(ma il tema qui ci porta sul terreno della teoria dell’interpretazione)³³.

³² CAMMEO L’azione del cittadino contro la pubblica amministrazione in Giur. It. , 1905, IV , 56 .

³³ SANTI ROMANO Diritto amministrativo, 1906, pag. 48.

Da più parti in sostanza della dottrina classica si coglie l'invito al realismo, alla considerazione prudente dei profili fattuali delle vicende di esercizio del potere, peraltro rilevandosi con finezza, che proprio con l'istituzione dell'ordinamento fascista si andarono moltiplicando in concreto i casi di comportamenti di fatto, ossia di atti materiali non preceduti dall'adozione di idonei atti deliberativi (condotte che dovevano poi trovare un parziale – non provvido – avallo nella nota giurisprudenza sull'accessione invertita).

Il Ranalletti riconduceva la tematica al principio di libertà della forma degli atti.

In sostanza l'atto ci sarebbe, di fatto, nei suoi elementi costitutivi, anche se in difetto di norma che imponga la forma scritta ad substantiam, anche i comportamenti concludenti possono essere qualificati come atti o provvedimenti amministrativi.

L'atto implicito si distingue dal silenzio-rifiuto, perché non è mera inerzia non significativa, ed anche dal silenzio assenso perché è un processo interpretativo che conduce alla sua individuazione.

Non si dubita della riconduzione all'atto amministrativo del segnale semaforico o della distruzione di derrate alimentari in alcuni sequestri amministrativi ecc.

Il Consiglio di Stato francese tradizionalmente accoglie il principio di libertà delle forme dell'atto amministrativo, come principio generale³⁴ e non c'è dubbio che la volontà provvedimentale possa essere rintracciata anche in un telex oppure, oggi, in una e-mail.

L'atto implicito, una volta sintomo dell'autoritarismo del regime, poi segno dell'inefficienza dell'ordinamento democratico ora si affaccia alla contemporaneità portando il segno dell'efficienza informatica.

La giurisprudenza se ne è occupata a proposito delle vicende, note, dell'assunzione di fatto del dipendente pubblico e della occupazione di immobili sine titulo, antecedente la riforma dell'espropriazione; mentre non ammette la configurabilità di atti impliciti di riesame di atti espressamente adottati.

In ogni caso il tema è a margine di quello dell'assenza di provvedimento – poiché nell'atto implicito il provvedimento c'è ma si presenta in forma non scritta - per cui ai fini della nostra trattazione può bastare questo cenno, con l'avvertenza che esso va tenuto distinto dal tema classico dei silenzi.

I silenzi dell'amministrazione

³⁴ Cons. D'Etat 13 maggio 1949 Couvrat, D 1950, 77.

L'assenza di provvedimento si concreta in senso proprio nel fenomeno del silenzio della pubblica amministrazione che si identifica in quella fattispecie giuridica che ricorre quando, in pendenza di un procedimento amministrativo, avviato su istanza di parte o di ufficio, la pubblica amministrazione, anziché portare l'iter procedimentale alla sua fisiologica conclusione, che è costituita dall'emanazione di un provvedimento espresso, rimane inerte.

La fattispecie si perfeziona con il decorrere del termine procedimentale individuato dalla legge o dal regolamento adottato ai sensi dell'art.2 della legge n. 241 del 1990, che predetermina il tempo certo entro il quale il potere deve essere esercitato.

Il silenzio, nel quadro normativo connotato dalla centralità del silenzio inadempimento, assume una connotazione sanzionatoria che si riverbera sulla rilevanza disciplinare e/o contabile e/o penale della condotta inerte del funzionario.

Sul piano propriamente amministrativo si tratta di una fattispecie patologica che è suscettibile di compromettere con la stasi nell'esercizio della funzione, il principio costituzionale del buon andamento amministrativo.

Il contegno omissivo inoltre pregiudica la trasparenza impedendo il riscontro oggettivo delle scelte operate dall'amministrazione che, al contrario, è consentito dal provvedimento amministrativo opportunamente motivato.

In ogni caso occorre offrire un'adeguata protezione alle situazioni giuridiche soggettive potenzialmente pregiudicate dalla incertezza determinata dall'inerzia amministrativa.

A ciò l'ordinamento ha classicamente provveduto con il rimedio successivo dell'azione avverso il silenzio-rifiuto, evolutasi fino a consentire il giudizio sostitutivo sur fond della materia da parte del giudice, a titolo sanzionatorio della condotta di inadempimento all'obbligo di provvedere tenuta dall'amministrazione.

Tuttavia più di recente (a partire dalla legge n. 80 del 2005) il legislatore ha privilegiato anche rimedi preventivi, come l'attribuzione al silenzio di un valore legale tipico di assenso, che tende a scongiurare l'instaurazione di un giudizio.

Il decorso dei termini procedimentali è, in via generale, equiparato all'adozione di un provvedimento amministrativo positivo di assenso, con una tendenza che esaspera – sia pure nel lodevole intento di mettere il cittadino al centro del sistema – le tentazioni dell'amministrazione di fuggire dal provvedimento e, quindi, configura un sistema nel quale si amministra senza provvedimento, in assenza di provvedimento.

Circa il silenzio non significativo, superata la concezione attizia che lo vedeva come un tacito diniego mediante una *fiction iuris*, esso è valutabile come un mero fatto al quale si collegano determinati effetti sostanziali e processuali, innescandosi, in primo luogo, su tale vicenda di

inadempimento la possibilità per il soggetto interessato di agire in giudizio al fine di ottenere l'accertamento dell'obbligo di provvedere e la condanna dell'amministrazione all'adempimento di tale obbligo.

Il processo amministrativo supera, quindi, la struttura di giudizio impugnatorio nel giudizio avverso il silenzio, ormai strutturato come un caso di giurisdizione estesa o estendibile al merito (art. 21 bis della legge n. 1074/1971).

Il giudizio sul silenzio è un giudizio sul rapporto configurando una sorta di azione di adempimento all'italiana (ossia un giudizio che può risolversi in una condanna dell'amministrazione ad adottare provvedimenti a contenuto determinato anche se questa evenienza – come si vedrà - è circoscritta ad alcuni casi) proiettato sull'ottemperanza speciale (o anomala) perché consentita anche prima della formazione del giudicato al fine di superare la stasi ritenuta patologica.

Quanto ai presupposti si può richiamare il complesso dei principi affermati lucidamente da CdS VI 11 maggio 2007 2318 che ha ritenuto che, in tema di formazione del silenzio-rifiuto, l'obbligo di provvedere per la P.A. sussiste indubbiamente quando la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un'istanza, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata. Di fronte alle istanze dei privati vi è sempre un obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta dalle norme, se cioè è prevista dalla legge.

In tema di formazione del silenzio-rifiuto, l'obbligo di provvedere della P.A. può ritenersi configurabile anche in assenza di una espressa previsione legislativa che "tipizzi" l'istanza del privato, in fattispecie ulteriori nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento. Si tende, in tal modo, ad estendere le possibilità di protezione contro le inerzie della Amministrazione pur in assenza di una norma *ad hoc* che imponga un dovere di provvedere .

In tema di formazione del silenzio-rifiuto, ove non esista una specifica norma di legge che preveda l'obbligo della P.A. di provvedere, per ritenere comunque sussistente tale obbligo bisogna operare una distinzione tra istanze volte ad ottenere rispettivamente: a) atti di contenuto favorevole in quanto ampliano la sfera giuridica del richiedente; b) il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati; c) atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali).

L'istanza diretta ad ottenere un provvedimento favorevole determina un obbligo della P.A. di provvedere quando chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo.

L'istanza del privato mirante ad ottenere il riesame da parte della P.A. di un atto autoritativo, non impugnato tempestivamente dal medesimo, non comporta, di regola, la configurazione di un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo inficerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle

situazioni giuridiche e di efficienza gestionale che sono alla base dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e della inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti.

Sussiste l'obbligo della P.A. di provvedere in ordine ad una istanza con la quale il privato sollecita l'esercizio di poteri sfavorevoli (repressivi, inibitori, sanzionatori) nei confronti di terzi allorchè essa non costituisca un semplice esposto, ma il comportamento omissivo dell'Amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto, per l'appunto, titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile. Ove ciò accada, l'eventuale inerzia serbata dall'Amministrazione sull'istanza, assume una connotazione negativa e censurabile dovendo l'Ente dar comunque seguito (anche magari esplicitando l'erronea valutazione dei presupposti da parte dell'interessato) all'istanza.

Questa decisione segna un ampliamento indubbio dell'area dell'obbligo a provvedere, in quanto ammette, in via generale, la sussistenza di detto obbligo, anche in assenza di previsioni di legge per ragioni di giustizia, sia pure eccettuando dall'obbligo i procedimenti di riesame.

Si segnala che Tar Piemonte 30 luglio 2009 n. 2125 ha ritenuto che l'amministrazione abbia l'obbligo di provvedere sull'istanza di riesame di un provvedimento contro il quale penda contemporaneamente un ricorso giurisdizionale amministrativo notificato dopo la presentazione della domanda di riesame amministrativo, e ciò alla luce dei principi di garanzia, giustizia sostanziale ed uguaglianza scolpiti nella Carta costituzionale, di leale collaborazione, di trasparenza, di parità tra P.A. e cittadino nella dialettica procedimentale che va estesa fino alle sue propaggini, del procedimento di autotutela decisoria, consistenti nei procedimenti di secondo grado innescati dalle istanze di annullamento in autotutela ovvero di riesame presentate dai privati destinatari di provvedimenti negativi e lesivi, iniziando ad erodere il muro della facoltatività dei procedimenti di riesame.

Il termine per provvedere dopo la riforma ha natura ordinatoria, non consuma il potere, consente di esercitare l'azione senza diffida finché perdura l'inadempimento, e, comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine, salva la facoltà del privato di reiterare l'istanza.

Quanto alla tipologia di decisione adottabile le tesi avanzate sono tre, ed oscillano fra quella che ritiene sempre adottabile una condanna all'adozione di provvedimenti a contenuto determinato (anche in presenza di poteri discrezionali della p.a.), a quella che ritiene che la decisione debba limitarsi alla condanna dell'amministrazione a provvedere, a quella intermedia che appare prevalente in giurisprudenza, che limita la condanna a contenuto determinato ai casi di attività vincolate (distinguendosi poi la vincolatezza derivante dalla fattispecie normativa e quella

derivante dal concreto sviluppo procedimentale determinatosi caso per caso prima dell'arresto inerziale avverso cui si è proposto il giudizio).

Ma l'assetto descritto – che potrebbe dirsi soddisfacente - è ormai residuale, avendo il nuovo testo dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990 come modificato dalla legge n. 80 del 2005 generalizzato, in relazione ai poteri discrezionali, la regola del silenzio assenso, sia pure con le eccezioni previste dalla volontà dell'amministrazione di indire una conferenza di servizi, dalla presenza dei c.d. interessi sensibili (cultura , paesaggio, ambiente, difesa nazionale, pubblica sicurezza , immigrazione), dagli obblighi comunitari e dagli altri casi individuati da D.P.R..

Orbene è stato notato efficacemente³⁵ che una volta formatosi, il silenzio assenso non è impugnabile per vizi di forma in quanto se è rispettato lo schema legale il silenzio si forma altrimenti non si forma; non è impugnabile per eccesso di potere perché manca l'esercizio della funzione amministrativa; non è impugnabile per violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990 in quanto ci si trova di fronte ad una fattispecie legale tipica.

Non può quindi ritenersi del tutto persuasiva la notazione comunemente svolta secondo cui la tutela del terzo non sia condizionata negativamente dal silenzio assenso stante la sua equiparabilità al provvedimento amministrativo espresso.³⁶

I vizi deducibili attengo alla difformità fra l'autorizzazione richiesta e le prescrizioni normative , mentre la concreta mancata rispondenza ai requisiti di legge del bene o dell'attività assentite andrà valutata in altra sede in sede di autotutela sanzionatoria, essendo sussistente il silenzio assenso prodottosi in relazione ad istanza legittima.

Va anche notato che si è ritenuto che non sia ammissibile la domanda avente ad oggetto l'accertamento della formazione del silenzio assenso di cui all'art. 35 comma 12 l. 28 febbraio 1985 n. 47 e la conseguente declaratoria della sanatoria di un abuso edilizio, atteso che la verifica giudiziale del silenzio assenso non può avvenire in sede di processo di mero accertamento ma esclusivamente in sede di legittimità mediante l'impugnazione dell'atto amministrativo che non riconosca all'interessato la sussistenza di una fattispecie a lui favorevole. (T.A.R. Lazio Latina, 08 giugno 2005 , n. 518).

Ne consegue che il silenzio assenso non è ritenuto appetibile dai privati poiché non v'è certezza sufficiente sulla sua formazione (la questione è affrontata dal recente art. 6 delle disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese approvato in via definitiva dal Senato il 9 luglio

³⁵ V. LOPILATO e C. MADDAU I silenzi della pubblica amministrazione in CHIEPPA – LOPILATO Studi di diritto amministrativo 2007.

³⁶ Cfr. F. MERUSI – V. GIOMI Commento all'art. 20 della legge n. 241 del 1990 in AAVV L'azione amministrativa cit. Mialno 2005.

2009 ammettendo l'autocertificazione dell'ottenimento di autorizzazioni e concessioni ; mentre il problema è ottenere la certificazione dell'avvenuto provvedimento assentito per silenzio) .

Nello stesso tempo esso limita i poteri di impugnativa dei terzi, come si è visto, in quanto esclude il sindacato per eccesso di potere in assenza di istruttoria.

Quanto all'esercizio tardivo del potere , effettuato mediante adozione di un provvedimento di rigetto dopo la formazione del silenzio-assenso, è da ritenere che l'atto tardivo sia illegittimo per contraddittorietà, ove non sia stato preceduto dall'adozione di un provvedimento di autotutela.

Tuttavia il regime dell'invalidità dell'atto sarà l'annullabilità e non la nullità (non essendo riconducibile ad alcuna delle ipotesi di cui all'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990).

Ne deriva che il diniego esplicito intervenuto dopo la formazione del silenzio - assenso , non può considerarsi atto inesistente, ma si sostituisce all' assenso tacito, quale ulteriore rinnovata espressione del potere di cui l'amministrazione era, e rimane tuttora titolare, quanto meno in via di autotutela; pertanto in mancanza di tempestiva impugnazione , esso costituisce il corretto e necessario termine di riferimento ai fini della qualificazione in termini di abusività o meno, dei lavori successivamente eseguiti, nonché ai fini della verifica circa la legittimità, o meno delle misure cautelari eventualmente fondate sul carattere abusivo dei lavori (Consiglio Stato , sez. VI, 10 marzo 1994 , n. 298).

L'assetto complessivo della disciplina non è scevro da disarmonie che hanno fatto dubitare della sua costituzionalità specie in relazione alla sostanziale abolizione dell'istruttoria che si ha nella fattispecie legale tipica.³⁷

L'azione di accertamento e la dia

Il tema della natura giuridica della d.i.a., prevista dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990 per materie a carattere vincolato, e quello correlato della tutela dei terzi che si oppongono ad intervento edilizio assentito a seguito di d.i.a., ha sempre presentato profili teorici problematici. In dottrina si è notato – naturalmente – che esiste un stretto nesso fra l'introduzione dell'istituto con la legge n. 241 del 1990 ed il processo di trasformazione dello Stato di diritto in Stato sociale di diritto, connotato da un particolare ideologia, che conduce , in un nuovo rapporto fra cittadino e potere, alla sedimentazione di numerose e diverse posizioni di vantaggio, scaturite

³⁷ Così GIOVAGNOLI I silenzi dopo la legge n. 80/2005 in R. GIOVAGNOLI e M. FRATINI Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza Tomo I Milano 2007.

dall'indiscriminato accoglimento delle richieste dei diversi gruppi di pressione che, in proporzione alla forza persuasiva che rivestivano in un determinato periodo storico, riuscivano ad ottenere il riconoscimento di particolari situazioni di vantaggio.

Con una logica utilitaristica si è determinato l'abnorme ingresso di un numero di interessi settoriali sempre crescente, senza la ponderazione fra vecchie e nuove situazioni di vantaggio, con il risultato di frantumare l'unitarietà della concezione del pubblico interesse che appare ormai diversamente modulata in relazione ai diversi schemi di tutela compresenti nell'ordinamento.

La crisi dello Stato sociale poi, indotta dall'esiguità delle risorse pubbliche, e rivelatasi crisi fiscale degli Stati nazione nell'epoca della globalizzazione complica il quadro (innestando anche contropunte contraddittorie nell'evoluzione del sistema verso la tutela di sempre nuove situazioni giuridiche) ma non tocca – almeno per ora - le liberalizzazioni e deregolamentazioni ormai avvenute.

La denuncia di inizio attività è , in breve , come è a tutti noto, quell'istituto giuridico che permette ad un privato di intraprendere l'attività fatta oggetto di un mera dichiarazione di inizio, decorsi trenta giorni dal deposito della dichiarazione.

L'ambito delle attività soggette a dia coincide , sostanzialmente, con attività per l'assentimento delle quali non è necessaria la spendita di un vero e proprio potere discrezionale di valutazione, poiché i provvedimenti legittimanti dipendono esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi generali (esempio tipico : il piano regolatore generale nella dia edilizia) ed inoltre nei sol casi in cui non vi sia, per il rilascio, la previsione di alcun contingente complessivo o di strumenti specifici di programmazione settoriale.

Sono esclusi dalla dia gli ambiti nei quali si manifesta il potere sovrano classico (difesa, ordine pubblico, giustizia ecc.) oltre che in campi sensibili quali la salute e l'ambiente (settori nei quali appare mantenere la sua vitalità il provvedimento amministrativo di stampo classico).

Rispetto alla dia sono state elaborate sostanzialmente due ipotesi teoriche : una pan-privatistica che esclude l'esistenza, nell'ambito di operatività dell'istituto, di qualsiasi potere della p.a. costitutivo della posizione giuridica soggettiva del privato , l'altra pubblicistica, incline ad inquadrare l'art. 19 della legge n. 241 del 1990 nel tradizionale solco dei procedimento autorizzatorio³⁸.

La tesi tradizionale ha un dato testuale dalla sua contenuto nell'art. 19 comma 1 della legge n. 241 del 1990 laddove stabilisce che :

“*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

³⁸ Nel senso della tesi pubblicistica cfr. CdS Ad. Gen. Parere del 6 febbraio 1992 n. 7.

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'asilo, alla cittadinanza, 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”.

Tuttavia nonostante la legge discorra di dichiarazione che si sostituisce alle precedenti autorizzazioni, appare chiaro che lo schema della fattispecie è diverso da quello tradizionale essendo il fulcro del potere amministrativo incentrato ormai sul procedimento di controllo della certificazione.

Lo schema sarebbe non quello norma-potere –effetto ma quello, diverso, norma-effetto, con consequenziale sparizione, dall'orizzonte, del potere e del provvedimento, con assenza del provvedimento in definitiva.

Il procedimento della dia sarebbe connotato dall'esistenza di un potere di controllo successivo più che dall'esistenza di un potere di autorizzazione preventiva.

Il potere di controllo è disciplinato dall'art. 19 comma 3 che recita :

“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, o, nei casi di cui all'ultimo periodo del medesimo comma 2, nel termine di trenta giorni dalla data della presentazione della dichiarazione, 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".

Va qui fatta una distinzione fra il potere di verifica della dichiarazione che è soggetto al termine – che qualificerei perentorio³⁹ ma la questione è discussa - di trenta giorni e conduce all'adozione dei provvedimenti inibitori e di rimozione/conformazione previsti dalla norma ed il potere immanente e sganciato da termini di autotutela ai sensi degli articoli 21 quinquies e 21 nonies (che pure lascia pensare che qualcosa del provvedimento sopravviva se l'affidamento dovuto al decorso dei trenta giorni può essere rimosso solo mediante un procedimento di riesame legato a precisi presupposti e condizionato da cadenze motivatorie ben note).

Il tema è stato analizzato a fondo da una recente decisione del Consiglio di Stato Sezione Sesta, del 9 febbraio 2009 n. 717 che va riportata per esteso per la sua ricchezza argomentativa:

“Secondo un primo orientamento, la d.i.a. si tradurrebbe direttamente nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività in virtù di una valutazione legale tipica, con la conseguenza che i terzi potrebbero agire innanzi al giudice per chiedere l'annullamento della determinazione formatasi in forma tacita (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2008 , n. 5811; Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742; Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007 , n. 4828; Cons. Stato, sez. VI, 05 aprile 2007 , n. 1550).

Si tratterebbe, quindi, di un istituto del tutto peculiare, comunque assimilabile ad una istanza autorizzatoria, che, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un "titolo", cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza, che rende lecito l'esercizio dell'attività, (in questi termini, Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811).

³⁹ Si è peraltro ritenuto nonostante la perentorietà del termine che presupposti indefettibili perché una D.I.A. possa essere produttiva di effetti sono la completezza e la veridicità delle dichiarazioni contenute nell'autocertificazione; il decorso del termine di trenta giorni non può avere alcun effetto di legittimazione dell'intervento, rispetto ad una dichiarazione inesatta o incompleta, con la conseguenza che l'Amministrazione ha la facoltà ed il potere di inibire l'attività o di sospendere i lavori, in quanto privi di titolo. Potere equiparabile non ad un potere di autotutela, poiché non vi è alcun provvedimento su cui intervenire, ma ad un potere di verifica della non formazione della D.I.A., con conseguente ordine di interruzione dei lavori; per tale motivo, l'esercizio di tale potere non è sottoposto al termine perentorio di trenta giorni, che presuppone invece che la D.I.A. sia completa nei suoi elementi essenziali (T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 09 dicembre 2008 , n. 5737).

Accogliendo questa prospettiva tuttavia la perentorietà si svuota eccessivamente, rimanendo al più operante per i casi in cui , al di là della realtà documentale , si siano verificati fatti nuovi nel corso dell'attività che ne precludono l'esercizio ossia proprio per i casi nei quali la perentorietà non ha senso trattandosi di sopravvenienze.

In via generale, più linearmente, si è osservato quanto segue sulla perentorietà in materia di dia edilizia “sulla base dell'orientamento conforme della giurisprudenza in materia edilizia, il comune può inibire la realizzazione delle opere nel termine di trenta giorni dalla presentazione della Dia, termine da considerarsi perentorio, con la conseguenza che, oltre detto termine il potere di riscontro a fini inibitori attribuito alla p.a. è esaurito e la stessa può provvedere solo con l'esercizio del potere di autotutela e al generale potere di controllo sulle attività di trasformazione edilizia del territorio” (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 08 ottobre 2008 , n. 8840).

In senso analogo si è ritenuto che alla stregua dell'art. 37 comma 5 d.P.R. n. 380 del 2001, il comune ha il potere di inibire l'esecuzione dei lavori oggetto della Dia entro il termine - di carattere perentorio - di trenta giorni dalla presentazione di questa. Di conseguenza, data la natura recettizia dell'atto è illegittima una diffida a non dare corso ai lavori in difformità notificata oltre la scadenza di detto termine, dovendo in tale caso il comune avviare uno specifico provvedimento di autotutela. (T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 01 settembre 2006 , n. 3166).

Ulteriore punto in discussione è se con l'estinzione dei poteri inibitori/repressivi si estinguano anche gli altri poteri sanzionatori previsti dalla legge. E' preferibile ritenere che non vi sia tale effetto estintivo avendo il legislatore con l'art. 19 della legge sul procedimento disciplinato solo alcuni specifici provvedimenti sanzionatori sottoponendoli al termine di trenta giorni e non tutti (con ciò resta chiaro che si estinguono solo i poteri inibitori e repressivi consistenti nell'ordine di non proseguire l'attività e non ad es. poteri di irrogare sanzioni pecuniarie o di denunciare i fatti al giudice penale ecc.).

Secondo questa impostazione, la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, ma rappresenta una semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo, sub specie dall'autorizzazione implicita di natura provvedimentale, a seguito del decorso di un termine (30 giorni) della presentazione della denuncia.

Diversi gli argomenti invocati a sostegno di questa posizione.

In primo luogo, un forte indizio a favore della tesi provvedimentale è oggi offerto dalla previsione espressa del potere dell'Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies (v. il comma 3 del nuovo art. 19): tale riferimento all'autotutela sembra, invero, presupporre un provvedimento, o comunque un titolo, su cui sono destinati ad incidere i provvedimenti di revoca o di annullamento, quali atti di secondo grado.

Come è stato rilevato, inoltre, se è ammesso l'annullamento d'ufficio, parimenti, e tanto più, deve essere consentita l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 05 aprile 2007, n. 1550).

Ulteriori elementi a sostegno della natura provvedimentale si ricavano, con particolare riferimento alla d.i.a. in materia edilizia, da alcune norme contenute nel testo unico dell'edilizia (approvato con D.P.R. n. 380/2001).

Viene, in primo luogo, in considerazione il comma 2-bis dell'art. 38 che, prevedendo, la possibilità di "accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo", equipara detta ipotesi ai casi di "permesso annullato", avallando l'idea che la d.i.a. sia un titolo suscettibile di annullamento

Sulla stessa linea si pone l'art. 39, comma 5-bis, che consente l'annullamento straordinario della d.i.a. da parte della Regione, confermando, così, che la d.i.a. viene considerata dal legislatore come un titolo suscettibile di essere annullato (in sede amministrativa e, quindi, a maggior ragione, in sede giurisdizionale).

Rilevante, infine, è l'art. 22 il quale stabilisce che il confine tra l'ambito di operatività della d.i.a. e quello del permesso di costruire non sia fisso: le Regioni possono ampliare o ridurre l'ambito applicativo dei due titoli abilitativi, ferme restando le sanzioni penali (art. 22, comma 4), ed è comunque fatta salva la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi assoggettati a d.i.a. (art. 22, comma 7).

Per la tesi in esame, una simile previsione dimostrerebbe che d.i.a. e permesso di costruire sono di titoli abilitativi di analoga natura, che si diversificano solo per il procedimento da seguire.

Sarebbe, allora, irragionevole, oltre che lesivo dell'effettività della tutela giurisdizionale, pensare che il terzo controinteressato incontri limiti diversi a seconda del tipo di titolo abilitativo, che può dipendere da una scelta della parte o da una diversa normativa regionale.

Sarebbe, invece, preferibile ritenere che il formarsi di un determinato titolo abilitativo, o di un altro, non comporti alcun cambiamento sotto il profilo della tutela del terzo e del conseguente intervento del giudice, in alcun modo limitato dalla decadenza del potere di intervento dell'amministrazione.

La tesi appena esposta, seppure spinta dal pregevole intento di evitare che l'introduzione della d.i.a. possa avere l'effetto di diminuire le possibilità di tutela giurisdizionale offerte al terzo controinteressato, si presta, tuttavia, ad alcune considerazioni critiche.

Innanzitutto, dalla formulazione letterale dell'art. 19 l. n. 241/1990 (che rappresenta la norma generale cui fare riferimento per la disciplina e la ricostruzione dell'istituto) emerge in maniera chiara come la d.i.a. venga dal legislatore nettamente contrapposta al provvedimento amministrativo: è prevista proprio la sostituzione con una dichiarazione del privato di ogni autorizzazione comunque denominata (il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti o presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione per il rilascio).

Già da questo primo dato normativo, si evince, quindi, che la principale caratteristica e la vera novità dell'istituto consiste proprio nella sostituzione dei tradizionali modelli procedimentali in tema di autorizzazione con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse non è più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione.

Come è stato bene evidenziato in dottrina, per effetto della previsione della d.i.a. la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata, infatti, sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione ex lege, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.

A seguito della denuncia, il soggetto pubblico verifica la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. Gli unici provvedimenti rinvenibili nella fattispecie sono quelli meramente eventuali che la P.A. può emanare nel termine di legge per impedire la prosecuzione dell'attività o per imporre la rimozione degli effetti, ovvero quelli adottati in "autotutela" successivamente alla scadenza di questo termine.

Il potere di verifica di cui dispone l'amministrazione, a differenza di quanto accade nel regime a previo atto amministrativo, non è finalizzato all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, ma al controllo, privo di discrezionalità, della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai canoni normativi stabiliti per l'attività in questione.

Con la d.i.a. quindi, al principio autoritativo si sostituisce il principio dell'autoresponsabilità dell'amministrato che è legittimato ad agire in via autonoma valutando l'esistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore.

La d.i.a., in definitiva, è un atto di un soggetto privato e non di una pubblica amministrazione, che ne è invece destinataria, e non costituisce, pertanto, esplicazione di una potestà pubblicistica.

Del resto, la tesi del provvedimento amministrativo che si forma tacitamente si scontra anche con la considerazione che il silenzio-assenso rappresenta pur sempre rimedio all'inerzia della P.A. e, pertanto, presuppone il potere-dovere di quest'ultima di provvedere con atto formale sull'istanza del privato, accogliendola o respingendola, potere-dovere che, a fronte della denuncia di inizio di attività, l'Amministrazione non possiede affatto. Sicché, mentre a fondamento del valore provvedimentale del silenzio assenso si pone una domanda dell'interessato, a fondamento della d.i.a. vi è una mera dichiarazione o denuncia attestante l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio dell'attività.

L'Amministrazione non rilascia nessun atto di assenso dovendo solo verificare la sussistenza dei prescritti requisiti affinché l'interessato possa autonomamente intraprendere la preannunciata attività quale espressione del suo diritto come legislativamente prefigurato

È appena il caso di aggiungere che se la d.i.a. fosse davvero un atto destinato ad avviare un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento di accoglimento per *silentium*, tra d.i.a. e silenzio-assenso sarebbe arduo cogliere una sostanziale differenza. Al contrario, la legge n. 241/1990 delinea in due articoli differenti, il 19 e il 20, così mostrando di voler tenere distinti i due istituti e di attribuire loro una diversa funzione: mentre con la d.i.a. si attua una liberalizzazione dell'attività privata non più soggetta ad autorizzazione, il silenzio assenso non incide in senso abrogativo sul regime autorizzatorio, ma costituisce una mera semplificazione procedimentale, prevedendo una modalità di conseguimento dell'autorizzazione equipollente ad un provvedimento esplicito di accoglimento.

A fronte di queste considerazioni sistematiche, perdono in gran parte il loro peso gli opposti argomenti invocati a sostegno della natura provvedimentale della d.i.a.

Essi, come si è visto, si fondano soprattutto sulla constatazione che il legislatore fa più volte riferimento all'esercizio di un potere di autotutela (normalmente di annullamento di ufficio) che ha per oggetto proprio la denuncia di inizio di attività. Ora, poiché l'autotutela decisoria è attività amministrativa di secondo grado, che presuppone l'esistenza di un atto amministrativo da rimuovere, da tali previsioni sembra facile argomentare nel senso che la d.i.a. sia un provvedimento.

In realtà, il riferimento compiuto dal legislatore al potere di autotutela non deve essere enfatizzato. L'art. 19 l. n. 241/1990, che richiama gli artt. 21-quinquies e 21-nonies, e le norme del T.U. edilizia sopra citate che prevedono l'annullamento d'ufficio della d.i.a., non hanno, in realtà, voluto sancire implicitamente la natura provvedimentale di tale fattispecie.

Evocando l'autotutela (e, in particolare, l'annullamento d'ufficio), il legislatore, più che prendere posizione sulla natura giuridica dell'istituto, ha voluto solo chiarire che, anche dopo la scadenza del termine perentorio di trenta giorni per l'esercizio del potere inibitorio, la P.A. conserva un potere residuale di autotutela, da intendere, però, come potere sui generis, che si differenzia dalla consueta autotutela decisoria proprio perché non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo.

Come è stato bene evidenziato in dottrina, il riferimento agli artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990, contenuto nella l. n. 241/1990 consente alla P.A. di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, ma che con l'autotutela classica condivide soltanto i presupposti e il procedimento.

In questo senso, deve ritenersi che il richiamo agli artt. 21 quinquies e 21 nonies vada riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti da tali norme.

In tal modo, il legislatore, nel recepire l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la sussistenza in capo alla P.A. di un potere residuale di intervento anche dopo la scadenza di termine, si fa pure carico di tutelare l'affidamento che può essere maturato in capo al privato per effetto del decorso del tempo.

Non vi è dubbio, invero, che la d.i.a., pur essendo un atto che proviene da un privato, sia comunque suscettibile, a causa del decorso del tempo e del mancato tempestivo esercizio del potere inibitorio da parte della P.A., di consolidare, analogamente a quanto potrebbe fare un provvedimento espresso, un affidamento meritevole di protezione.

Tale affidamento non è certamente così forte da escludere qualsiasi potere di intervento da parte della P.A., anche perché altrimenti per effetto della d.i.a., si andrebbe a consolidare una posizione più stabile rispetto a quella che deriva dal provvedimento autorizzatorio (il quale, ricorrendo le condizioni di legge, può essere appunto rimosso in via di autotutela).

Ed allora, superando anche i dubbi interpretativi in passato da qualcuno sollevati circa l'esistenza di un residuo potere di intervento da parte della p.a. una volta scaduto il termine perentorio di 30 gg., la legge n. 80/2005, nel riformulare l'art. 19 l. n. 241/1990, ha precisato che la P.A. può vietare lo svolgimento dell'attività ed ordinare l'eliminazione degli effetti già prodotti anche dopo che è scaduto il termine perentorio. Lo potrà fare, però, soltanto se vi sono i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela (in particolare dell'annullamento d'ufficio) e, quindi, entro un ragionevole lasso di tempo, dopo aver valutato gli interessi in conflitto e sussistendone le ragioni di interesse pubblico.

Il richiamo contenuto nell'art. 19 all'autotutela decisoria (o meglio alle norme che la disciplinano e ne fissano le condizioni di esercizio) va, quindi, ridimensionato. Quel riferimento, anzi, potrebbe addirittura essere invocato contro la tesi del titolo abilitativo tacito: perché *se la d.i.a. fosse veramente un provvedimento non vi sarebbe nemmeno bisogno di prevedere un potere di annullamento d'ufficio o di revoca, essendo a tal fine sufficiente le norme generali di cui agli artt. 21-quinquies e 21-nonies.*

Appurato che la d.i.a. non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita, ma un atto privato, si tratta ora di capire quale siano gli strumenti di tutela a disposizione del terzo che si ritenga leso.

Alcuni ritengono che il terzo possa agire con lo strumento del silenzio-rifiuto; ed è questa la tesi sostenuta dagli appellanti principale e incidentale.

Secondo questa impostazione, il terzo, decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio senza che la P.A. sia intervenuta, sarebbe legittimato a richiedere all'Amministrazione di porre in essere i provvedimenti di "autotutela" previsti, attivando in caso di inerzia il rimedio di cui all'art. 21-bis l. n. 1034/1971.

Questa soluzione non è, tuttavia, condivisibile, perché finisce per compromettere notevolmente la possibilità di tutela del terzo.

Innanzitutto, questi avrebbe l'onere, prima di agire in giudizio, di presentare apposita istanza sollecitatoria alla P.A.

Inoltre, e soprattutto, l'istanza sarebbe diretta a sollecitare non il potere inibitorio di natura vincolata (che si estingue decorso il termine perentorio di 30 gg), ma il c.d. potere di autotutela evocato tramite il richiamo agli artt. 21-quinquies e 21-nonies.

Tale potere, tuttavia, è ampiamente discrezionale, dovendo l'Amministrazione prima di intervenire valutare gli interessi in conflitto (tenendo conto anche dell'affidamento ingeneratosi in capo al denunciante) e la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, che non coincide con il mero ripristino della legalità violata.

Nell'eventuale giudizio avverso il silenzio-rifiuto, quindi, il G.A. non potrebbe che limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, senza poter predeterminare il contenuto del provvedimento da adottare (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271), e tutto ciò renderebbe ancor più lunga e faticosa la tutela del terzo.

Al contrario, per individuare gli strumenti di tutela che il terzo può attivare, si deve partire da una premessa di fondo, che scaturisce dal principio costituzionale *dell'effettività della tutela giurisdizionale*: quella secondo cui la sostituzione del provvedimento espresso con la d.i.a. *non può avere l'effetto di diminuire le possibilità di tutela giurisdizionale offerte al terzo contro interessato, costringendolo negli angusti limiti del giudizio contro il silenzio-rifiuto*. Gli strumenti di tutela giurisdizionale del terzo debbono rimanere sostanzialmente immutati anche laddove l'intervento edilizio (o, più ingenerale, l'attività svolta) trovi fondamento nella d.i.a. anziché nel provvedimento.

Va, quindi, certamente condivisa la preoccupazione di assicurare al terzo l'effettività della tutela giurisdizionale, preoccupazione che, come si è visto, sta alla base della tesi che ammette l'azione di annullamento della d.i.a. innanzi al Giudice amministrativo. Tale preoccupazione non può, tuttavia, condurre allo stravolgimento della natura dell'istituto, trasformando quella che è una dichiarazione privata in un atto dell'amministrazione o in una fattispecie ibrida che nasce privata e diventa pubblica per effetto del tempo trascorso e del silenzio.

L'effettività della tutela deve essere assicurata al terzo mediante strumenti diversi dall'azione di annullamento, che siano perfettamente compatibili con la natura privatistica della d.i.a.

Tale strumento di tutela non può, allora, che essere identificato nell'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti.

Non si ignora che in ordine all'ammissibilità innanzi al Giudice amministrativo di un'azione di accertamento autonomo sono stati prospettati numerosi dubbi, sia in dottrina, sia in giurisprudenza.

Sono dubbi che nascono, innanzi tutto, dalla considerazione secondo cui un giudizio di accertamento sarebbe ammissibile solo in una controversia tra soggetti in posizione di parità e rispetto ai quali il giudice detiene il potere di fissare la disciplina puntuale del rapporto concreto. Quando, viceversa, sussiste un soggetto in posizione di supremazia (la Pubblica Amministrazione), la soluzione del conflitto di interessi sarebbe demandata a tale soggetto, che detiene e gestisce il potere, ed il sindacato del giudice, in tali casi, non può che assumere la struttura del controllo successivo dei modi di esercizio del potere, laddove, viceversa, un giudizio di accertamento del rapporto comporrrebbe una inammissibile sostituzione all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere.

Ancora, ulteriori ostacoli all'ammissione dell'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo derivano, secondo l'insegnamento tradizionale: a) dalla negazione, invalsa soprattutto in passato, che l'interesse legittimo sia una posizione giuridica sostanziale avente la stessa dignità del diritto soggettivo; b) dalla mancanza di un riconoscimento espresso dell'azione di accertamento da parte del legislatore, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di altri Paesi che tale azione conoscono (par. 43 della VGeO tedesca); c) dalla tradizionale configurazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto, e non sul rapporto, nell'ambito del quale, pertanto, al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, l'unica azione proponibile sarebbe quella volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo; d) dalla limitazione dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice amministrativo, il quale, pertanto, non sarebbe in grado, per la povertà dei suoi poteri istruttori, di compiere un accertamento pieno del rapporto controverso.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'ultimo decennio ha determinato il superamento di una così rigida chiusura all'azione di accertamento del processo amministrativo, offrendo, al contempo, numerosi argomenti che depongono a favore di una diversa soluzione.

In primo luogo, come hanno anche recentemente evidenziato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, "sono ormai definitivamente tramontate precedenti ricostruzioni della figura dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, che il primo configuravano come situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi della giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di tipo oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova

determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l'interesse del privato".

Nella specie va inoltre considerato che, la nozione di interesse legittimo serve anche a contraddistinguere il nucleo di facoltà, inerenti al diritto di proprietà il cui esercizio è ex lege subordinato al potere conformativo della p.a.. Più propriamente alcune modalità di godimento (facoltà) a seguito dell'intervenuta modifica legislativa non devono essere pregiudizialmente assentite dalla p.a., ma presuppongono l'invio di una informativa (d.i.a.), assistita da un progetto. Trascorso infruttuosamente il termine di 30 giorni, l'agere licere del privato, titolare del bene, si riespande pienamente.

Rientra nel potere della p.a. accertare la corretta utilizzazione della misura liberalizzatrice da parte del privato e di intervenire tempestivamente nei casi di suo uso distorto.

Ciò significa che la nozione di interesse legittimo, utilizzata originariamente per contrassegnare situazioni sostanziali che non raggiungevano la soglia di tutela propria del diritto soggettivo, serve oggi anche a contrassegnare il nucleo di facoltà che, all'interno del diritto soggettivo, possono essere esercitate solo a seguito del positivo esercizio da parte della p.a. dal suo potere conformativo.

In questi casi, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla titolarità del diritto, quello amministrativo giudica dal suo contenuto, del suo grado di tutela, a seconda che venga o meno in conflitto con interessi di rilevanza pubblicistica (urbanistica, ambiente, paesaggio ecc.)

In tal senso si è chiaramente espressa la Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204. La Corte ha sottolineato che l'art. 24 della Costituzione assicura agli interessi legittimi "le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare".

La stessa attribuzione al Giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell'ambito della competenza generale di legittimità (ex art. 7 della legge n. 205 del 2000) affonda le sue radici, secondo la Corte, nell'art. 24 della Costituzione "il quale garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri".

Anche la Corte Costituzionale ha dato, dunque, il proprio avallo alla piena parificazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quanto a possibilità di farli valere in giudizio, all'effettività della tutela e all'adeguatezza dei poteri del giudice.

Come attenta dottrina non ha mancato di rilevare, questo criterio interpretativo generale deve presiedere alla ricostruzione delle disposizioni legislative oggi vigenti in materia di processo amministrativo e, per quel che più rileva in questa sede, deve rappresentare il punto di partenza nella risoluzione della questione relativa all'ammissibilità di una azione di accertamento nel processo amministrativo da parte del terzo che si ritenga leso dell'attività iniziata sulla base della d.i.a.

In senso contrario all'azione atipica di accertamento, non pare risolutiva nemmeno la tradizionale considerazione secondo cui il giudizio amministrativo è un giudizio sull'atto e non sul rapporto.

In primo luogo, tale affermazione riguarda il giudizio di annullamento (che presuppone che sia stato emanato un provvedimento di cui si contesta l'illegittimità); non può invece assumere rilevanza nell'ambito di un giudizio che non mira alla eliminazione del provvedimento, ma vuole, come nel caso di specie, ottenere un accertamento giurisdizionale (di inesistenza dei presupposti della d.i.a.) al fine di sollecitare il successivo esercizio del potere amministrativo. In questo caso, mancando il provvedimento da scrutinare, l'oggetto del giudizio non può che essere il rapporto che, secondo il ricorrente dovrebbe essere poi recepito nel successivo provvedimento repressivo. In secondo luogo, anche la tradizionale configurazione del giudizio di annullamento come giudizio sull'atto (e non sul rapporto) non è più così pacifica come era in passato.

Citando ancora la recente sentenza delle Sezioni Unite n. 30254/2008, più indici normativi testimoniano la trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto. Basti pensare: all'impugnazione con motivi aggiunti dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (art. 21, primo comma, l. Tar, modificato dall'art. 1 l. n. 205/2000); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21-octies l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 21 bis l. n. 15/2005); al potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza dell'istanza nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto (art. 2, comma 5, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 80/2005 in sede di conversione del d.l. n. 35/2005).

Il giudizio amministrativo, rimane perciò, un giudizio sull'atto, ma in una versione diversificata a seguito della normativa sopravvenuta, nella quale va inclusa quella in esame, nel senso che il rapporto di cui il giudice amministrativo accerta la legittimità o è quello già riflesso nell'atto impugnato o è quello di cui il ricorrente pretende la trasfusione in un successivo atto della p.a., mediante l'esecuzione del giudicato nel caso di perdurante inerzia della p.a.. Non appare decisivo nemmeno l'ostacolo derivante dalla mancanza di una norma espressa che preveda l'azione di accertamento nel processo amministrativo.

Come è stato efficacemente rilevato dalla dottrina che si è occupata del tema, sotto questo profilo ricorre nel processo amministrativo una situazione del tutto analoga a quella del processo civile, nel quale pure manca un esplicito riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento (specifiche azioni di accertamento sono previste nel codice civile solo per i diritti reali).

Ciò nonostante, nel processo civile l'azione di accertamento è pacificamente ammessa. A tale pacifico riconoscimento dell'azione di accertamento nel giudizio civile si giunge partendo dalla premessa concettuale che il potere di

accertamento del giudice sia connaturato al concetto stesso di giurisdizione, sicché si può dire che non sussista giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non possa quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto.

L'azione di accertamento nel nostro ordinamento non è quindi un'azione "tipica" (come lo è, ad esempio, nel diritto processuale civile l'azione costitutiva ex art. 2908 c.c.), in quanto non è necessario un espresso riconoscimento normativo per ammetterne la vigenza. L'ammissibilità di tale azione discende di per sé dall'esistenza della giurisdizione che implica appunto lo "ius dicere".

Ad analoghe conclusioni può giungersi per il processo amministrativo: sulle orme della dottrina prima evocata, si può ritenere che anche nel processo amministrativo il potere di accertamento del giudice non possa essere limitato alle sole ipotesi tipiche specificamente previste.

La tipicità dell'azione di annullamento era coerente con la visione originaria del processo amministrativo come un processo impostato sulla tutela degli interessi legittimi oppositivi ai quali corrispondeva una pretesa a un "non fare" in capo all'amministrazione, cioè un dovere di astensione dall'emanare il provvedimento restrittivo della sfera giuridica dell'interessato. L'art. 45 del T.U. e l'art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei Tar che individuano come unico dispositivo di accoglimento la sentenza di annullamento rispecchiavano perfettamente tale visione. Una siffatta visione non corrisponde più all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito rilevanza e pari dignità agli interessi legittimi pretensivi.

A favore dell'ammissibilità di una azione atipica di accertamento gioca un ruolo decisivo anche l'art. 24 della Costituzione.

Tale norma sancisce il diritto di azione per la tutela degli interessi legittimi in sé considerati, e dunque, indipendentemente dal problema dell'annullamento dell'atto amministrativo. Viene così costituzionalizzato il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale, in linea con la nota formula dottrinale secondo cui il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quelle e proprio quello che egli ha diritto di conseguire.

Ne deriva che anche per gli interessi legittimi la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo di questa posizione sostanziale, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

A tale risultato non può opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto, come è stato di recente rilevato, uno dei corollari dell'effettività della tutela è anche il principio della atipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile.

E non vi è ragione di differenziare, in linea di principio, sotto il profilo delle implicazioni che possono trarsi dall'art. 24 della Costituzione, il processo amministrativo dal processo civile, soprattutto se si riconosce all'interesse legittimo, com'è ormai pacifico, una rilevanza sostanziale analoga a quella del diritto soggettivo.

Deve, allora, condividersi l'opinione di quanti sostengono che l'esigenza dell'effettività della tutela non può dirsi soddisfatta solo perché l'ordinamento consenta un rimedio giurisdizionale qualsiasi al diritto (o all'interesse) che si assume violato o insoddisfatto: occorre invece che la tutela assicuri in modo specifico l'attuazione della pretesa sostanziale. E sarebbe una tutela non effettiva quella che, sulla base di una aprioristica e indimostrata negazione dell'azione di accertamento, costringesse il terzo controinteressato rispetto all'attività edilizia iniziata sulla base della d.i.a. a presentare una istanza all'Amministrazione volta all'esercizio del c.d. potere di autotutela per poi ricorrere, in caso di mancata risposta, al giudizio contro il silenzio-rifiuto.

Né, in senso contrario, può assumere rilievo la considerazione, prima ricordata, secondo cui un giudizio di accertamento del rapporto comporrebbe una inammissibile sostituzione all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere. L'azione di accertamento prospettata in questa sede non scaturisce, infatti, dalla mera esigenza di eliminare una incertezza sulla posizione giuridica sostanziale, ma dalla più pregnante esigenza di eliminare una lesione già in atto, determinata dalla difformità tra lo stato di fatto e lo stato di diritto, a causa della già intrapresa realizzazione di un intervento edilizio non consentito in base alla semplice d.i.a.

Non si tratta, dunque, di una tutela preventiva dell'interesse legittimo del terzo che sarebbe in contrasto con il fatto che l'ordinamento ha attribuito all'Amministrazione la gestione di determinati rapporti. Si tratta, viceversa, di una tutela a posteriori, richiesta a seguito della asserita lesione dell'interesse legittimo del terzo contro interessato rispetto alla d.i.a.

La decisione poi passa a delineare con maggiore dettaglio il regime giuridico di tale azione. Anche a tal fine, si deve muovere dalla premessa concettuale secondo cui, il terzo che si ritenga leso da una attività svolta sulla base di una d.i.a. deve avere, in linea di principio, le stesse possibilità di tutela che avrebbe avuto a fronte di un provvedimento di autorizzazione rilasciato dalla P.A.

Da ciò discende, ad avviso del Collegio, che *l'azione di accertamento in tal caso sarà sottoposta allo stesso termine di decadenza (di sessanta giorni) previsto per l'azione di annullamento che il terzo avrebbe potuto esperire se l'Amministrazione avesse adottato un permesso di costruire*. Non si ritiene applicabile un diverso termine di natura prescrizione in quanto l'azione, ancorché di accertamento, non è diretta alla tutela di un diritto soggettivo, ma di un interesse legittimo.

Quanto alla decorrenza di tale termine, è utile richiamare la giurisprudenza amministrativa in merito al dies a quo per impugnare la concessione edilizia (ora permesso di costruire).

Secondo la tesi tradizionale, al fine della decorrenza del termine per l'impugnazione di una concessione edilizia rilasciata a terzi, l'effettiva conoscenza dell'atto si ha quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le

essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica, sicché, in mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori, il termine decorre non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento, a meno che non si deducano l'assoluta inedificabilità dell'area o analoghe censure, nel qual caso risulta sufficiente la conoscenza dell'iniziativa in corso (Consiglio Stato , sez. IV, 8 luglio 2002 , n. 3805).

Mutatis mutandis, deve, allora, ritenersi che il termine decadenziale per proporre l'azione di accertamento oggetto del presente giudizio sia iniziato a decorrere solo dal momento in cui le originarie ricorrenti sono venute a conoscenza della d.i.a. e della lesività dell'intervento edilizio realizzato sulla base della stessa. Non assume, pertanto, valore decisivo la circostanza, dedotta dal Comune di Verona, che le ricorrenti fossero a conoscenza del progetto presentato dalle signore S. e L. ben oltre i sessanta giorni antecedenti, perché ciò che rileva, come correttamente osserva il T.a.r., non è la conoscenza del progetto, ma la conoscenza del titolo sulla cui base l'intervento è realizzato. Né il dies a quo può essere fatto coincidere con la data in cui i lavori hanno avuto inizio, in quanto, come la giurisprudenza ha già specificato per l'impugnazione dei titoli abilitativi edilizi, il termine inizia a decorrere quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica, sicché, in mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori, il termine decorre non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento.”

Il passaggio che meno persuade in questa decisione, che si segnala per la ampiezza argomentativa e la ricchezza dei riferimenti dottrinali, non è quello relativo alla natura della d.i.a. , né quello dell'atipicità dell'azione di accertamento – che in fondo erano stati già affermati dal Consiglio in precedenti decisioni seppure non con la nettezza contenuta in questo decisum - ma quello della sottoposizione dell'azione di accertamento al termine decadenziale di sessanta giorni, decorrenti dalla conoscenza del titolo abilitativo che tuttavia, già per ipotesi, la decisione assume mancante, muovendo dal presupposto che la denuncia di inizio attività non sia un provvedimento ma un'ipotesi di assenza del provvedimento ; una vicenda di autoamministrazione.

Ed è chiaro che se si considera la d.i.a. un atto privato, allora ne è inammissibile la diretta impugnazione in sede giurisdizionale e la tutela del terzo passa o 1) attraverso la sollecitazione del potere (sanzionatorio o di autotutela) dell'amministrazione e, in caso di inerzia, dall'impugnazione del silenzio secondo il rito di cui all'art. 21 bis l. n. 1034/1971, oppure 2) (tesi ritenuta preferibile dalla Sesta Sezione) dall'accertamento in sede giurisdizionale dell'illegittimità del comportamento dell'amministrazione che, pur nell'inesistenza dei presupposti e dei requisiti fissati dalla legge per il legittimo compimento dei lavori, non ha inibito l'avvio delle opere oggetto della denuncia.

Se, invece, si attribuisce alla d.i.a. il valore di provvedimento, allora non vi sono ostacoli alla sua impugnativa: alcune pronunce configurano, infatti, la d.i.a. come istanza idonea ad originare un provvedimento "per silentium" della p.a. che nei trenta giorni successivi alla sua presentazione non inibisca l'inizio dei lavori, ritenendo ammissibile il ricorso del terzo danneggiato avverso l'atto di assenso tacito dell'amministrazione.

Quest'ultima opzione ha registrato consenso in qualche decisione del Consiglio che qualifica la d.i.a., unitamente al decorso del tempo, in termini di provvedimento amministrativo.

Tuttavia, l'orientamento prevalente del Consiglio è per la tesi della d.i.a. come atto privato (in senso analogo anche Consiglio Stato , sez. V, 19 giugno 2006 , n. 3586).

Una volta fatto questo passo che appare lucidamente aderente al dettato legislativo, occorre tuttavia essere conseguenti ed il punto dolente – una volta esclusa la via dell'azione per silenzio rifiuto rispetto all'atto di autotutela che appare macchinosa ed esposta anche ad obiezioni di carattere sistematico attesa la generale regola (anche questa tuttavia in via di erosione/ripensamento/ridiscussione per esigenze di equità e pienezza di tutela) che non ammette la formazione di un silenzio inadempimento rispetto a procedimenti di riesame - è il concreto regime giuridico dell'azione di accertamento data al terzo.

Il sistema di common law consente da sempre flessibilità del diritto ed adattamento dello stesso alla temperie storica ed è innegabile che i giudici amministrativi, usando del loro potere creativo, possano far progredire la civiltà giuridica del Paese, tuttavia occorre rilevare che in questo specifico caso proprio l'atipicità dell'azione ammessa cozza contro il suo assoggettamento ad un termine decadenziale pensato in relazione all'esistenza del provvedimento espresso.

E' innegabile, d'altra parte, che un'azione di accertamento sganciata da qualsiasi termine decadenziale e sottoposta al termine prescrizione decennale o ritenuta imprescrittibile, determinerebbe una situazione di sbilanciamento della tutela in favore questa volta degli interessi dei terzi che si riteneva potessero essere lesi dalla forma auto-amministrativa assunta dalla cura degli interessi.

Il nodo quindi dovrebbe essere risolto con una norma puntuale da inserirsi nel prossimo codice del processo amministrativo non potendo ritenersi sufficiente la disciplina disegnata dall'art. 19 comma 5 della legge n. 241 del 1990 che recita: “. Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20.”

E poi una volta ammessa l'azione di accertamento in materia di d.i.a. occorre stabilire se tutelare allo stesso modo i terzi lesi dal silenzio assenso, ovvero se lasciare che essi abbiano solo il potere di esperire l'ordinaria azione di impugnazione peraltro con le limitazioni prima segnalate.

L'inesistenza e la nullità dell'atto (cenni)

Anche l'inesistenza e la nullità dell'atto amministrativo, pure essendo ipotesi classificate nella patologia dell'atto, si pongono a confine della tematica dell'assenza del provvedimento per cui, merita farne cenno.

L'inesistenza infatti, sia fattuale che giuridica, si presenta come una categoria di estremo interesse, nell'analisi che si sta conducendo perché ci porta al tema del provvedimento non assente ma

apparente, nel quale non v'è mero difetto di elementi costitutivi (che altrimenti avremmo la nullità) ma di atto così gravemente carente da non essere considerabile proprio – nonostante le apparenze – come una esistente manifestazione di volontà provvedimentale.

Il provvedimento adottato ioci causa non è nullo ma non ha bisogno di essere annullato o revocato non essendo ascrivibile al novero dei provvedimenti.

Certa è l'ascrivibilità all'inesistenza degli atti adottati dal funzionario usurpatore e discussa è invece la questione della riconducibilità della carenza di potere all'inesistenza o alla nullità , questione che dipende dal modo in cui si interpreta la locuzione di cui all'art. 21 septies della legge sul procedimento.

Inoltre essa , ammessa, appare capace di fare recuperare al sistema margini di flessibilità a fronte della pacifica tassatività delle ipotesi di nullità (ai sensi dell'art. 21-septies l. 7 agosto 1990, n. 241 le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono intendersi quale numero chiuso. Su ciò cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 febbraio 2009 , n. 1337).

In ogni caso sia la nullità che l'inesistenza superano la logica del processo impugnatorio,poiché la nullità dei provvedimenti – ed a fortiori l'inesistenza degli stessi - dinanzi al giudice amministrativo è rilevabile d'ufficio, alla stregua dei principi generali in tema di nullità e dell'art. 1421 c.c., evidentemente applicabili anche nel processo amministrativo in specie nelle ipotesi in cui, come nella fattispecie in esame, la validità ed esecutività del provvedimento costituisca oggetto della controversia (Consiglio Stato , sez. VI, 20 gennaio 2009 , n. 265).

I meri contegni espressivi del potere (cenni)

Non c'è spazio per ritornare , in questa sede, sul tema dell'accessione invertita, caso emblematico di creatività giurisprudenziale indotta dall'assenza (in quel caso patologica) del provvedimento.

Il tema è fuori dal perimetro concettuale dell'assenza del provvedimento (richiamando l'assenza del provvedimento casi nei quali fisiologicamente non patologicamente il potere possa esercitarsi in forma non provvedimentale).

Tuttavia mette conto di segnalare che nelle tante traversie dell'istituto la Corte Cost. ha messo un punto fermo rilevante anche ai fini che ci occupano .

La Corte - pronunciandosi sulla questione di costituzionalità sollevata nel corso di giudizi nei quali era stata proposta domanda di risarcimento dei danni consistenti nelle radicali trasformazioni, subite dal fondo di proprietà dei ricorrenti, durante il periodo di occupazione disposta per la realizzazione di un'opera pubblica senza che fosse intervenuto il decreto di esproprio - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 comma 1 d.lg. n. 325 del 2001, trasfuso nell'art. 53 comma 1 d.lg. n. 327

del 2001, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie relative ai "comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere. (Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191).

Con ciò la Corte enuncia chiaramente un importante criterio di delimitazione della giurisdizione amministrativa (il nesso fra contegno e potere) che, in via generale, è utile anche per delineare i compiti del giudice amministrativo nei vasti e poco indagati spazi del potere esercitato in assenza di provvedimento.

La Corte in sostanza ci dice : può essere che vi sia l'esercizio di un potere e manchi il provvedimento , allora è importante che l'interesse pubblico non muoia.

Il risarcimento dei danni come ipotesi di scomparsa dell'atto (cenni)

Anche il risarcimento danni pone problemi che si collocano a ridosso della tematica in esame, che è stata indicata come indagine sui sintomi di morte del provvedimento.

Cos'altro è la nota questione della pregiudizialità amministrativa se non la strenua difesa – da parte del Consiglio di Stato – di “quel che resta del giorno” o meglio della stagione luminosa del potere amministrativo classico, prima dell'avvento delle reti e della diffusione a macchia d'olio delle istanze di democratizzazione / standardizzazione delle attività pubbliche.

Il punto è se questa difesa di una certa concezione dell'interesse pubblico – doverosa per mantenere saldo il sistema a diritto amministrativo , per riaffermare la centralità dell'interesse legittimo quale tecnica di tutela, ed in qualche modo per la stessa ricchezza del pluralismo giurisdizionale e per la stessa logica del principio di divisione dei poteri – passi necessariamente per la questione del termine decadenziale o non su altre strade come quella della costruzione di un regime speciale di responsabilità della p.a., capace di coniugare l'esigenza della responsabilità con la necessaria efficienza decisionale (escludendo gli eccessi del potere irresponsabile e paralizzato).

Conclusioni

L'amministrazione è entrata, per dirla ancora con Foucault, nell'epoca di una nuova economia dei rapporti di potere: il problema è quello di trovare un equilibrio ed un sistema di garanzie mentre il potere amministrativo viene investito da processi intensi di razionalizzazione tecnica crescente che conducono a rischi inediti di eccesso di potere.

Contro questo rischio Foucault invitava a ripensare la funzione dell'intellettuale (Asor Rosa ha dedicato alcune recenti riflessioni a questo tema) dall'intellettuale universale (alla Sartre) che si intende come maestro di condotta e direttore di coscienza, all'intellettuale specifico che pensa ed agisce in contesti specifici ovunque vi sia un rischio di degenerazione del potere informale, ovunque, nella rete di poteri e saperi diffusa nelle società moderne, i giochi del potere si facciano più sottili per effetto dei processi di neutralizzazione, tecnicizzazione, standardizzazione, deregolamentazione che connotano la società contemporanea e la differenziano dalla società moderna connotata dalla sovranità classica e dal potere autoritativo.

Ed allora il compito che ci sta davanti – come amministrativisti , nell'accademia e nel foro - è davvero entusiasmante anche se segnato come sempre dal dettato costituzionale, dalla regola dell'imparzialità e del buon andamento amministrativo : è quello di elaborare o di aggiornare, a fronte del potere assente ma in realtà corposamente esistente, nuove forme di tutela dall'eccesso del potere, eccesso di potere che si presenta tanto più pericoloso perché non visibile, non esternato nel provvedimento, occultato in meri contegni, riaffermando l'utilità della presenza della giurisdizione amministrativa anche, se non soprattutto, di fronte a forme di semplificazione legale della fattispecie o di standardizzazione delle attività che altrimenti dovremmo abbandonare alla nuda sfera dei rapporti di dominio.

Lo stile del lavoro è già conosciuto il cammino è tutto da percorrere.