

ALBERTO ROMANO

A PROPOSITO DEI VIGENTI ARTT. 19 E 20 DELLA L. 241 DEL 1990: DIVAGAZIONI SULL'AUTONOMIA DELL'AMMINISTRAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. I problemi. — 2. In particolare, l'art. 20. — 3. A proposito dell'art. 20: la principale difficoltà ricostruttiva; il ruolo centrale che, per poterla superare, deve assumere la nozione di autonomia. — 4. L'autonomia negoziale: il diritto dei privati e l'ordinamento generale. — 5. L'autonomia delle amministrazioni. — 6. L'autonomia dell'amministrazione nel quadro delle norme che disciplinano il suo agire. — 7. I poteri amministrativi di autotutela e la tutela del terzo, quando il provvedimento di accoglimento dell'istanza sia surrogato dal c.d. silenzio-assenso. — 8. L'art. 19; la sua portata normativa, contrapposta a quella dell'art. 20.

1. Non si può certo dire che gli artt. 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, siano stati di facile interpretazione; molti erano i dubbi sul come dovessero essere applicati, e sotto tanti profili, già nella

(*) Queste righe riproducono un intervento tenuto il 10 febbraio 2006 presso l'Università di Modena, in un incontro seminariale organizzato dal prof. Alijs Vignudelli. La loro origine spiega il loro tono discorsivo, ma, purtroppo, non giustifica anche che escano prive di note; comunque, è assai trasparente che si ispirano alla voce *Autonomia* di SANTI ROMANO (che ho già ripreso in *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, vol. II, Torino, 1987), compresa, come altre citate nel testo, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1946 (ristampato nel 1983, ma, per un errore in tipografia, malauguratamente senza la *Prefazione* originale: brevissima, ma anche assai incisiva, e venata di una significativa ironia; per fortuna, ripristinata in una ulteriore tiratura del 2005). Naturalmente, la prospettiva delineata si basa soprattutto sul concetto di *Autonomia privata* elaborato da Salvatore Romano in numerosi lavori, raccolti poi in *Scritti minori*, Milano, 1980.

loro versione originaria (più esattamente, per il primo, anche in quella riformulata dall'art. 2, comma 10, della l. n. 537 del 1993). Tra i profili di notevole incertezza, va indicato almeno quello in ordine ai poteri di autotutela dell'amministrazione: importante, e poco chiaro, specie per quel che riguarda la definizione dell'incidenza della scadenza dei ristretti termini che le concede la legge per la valutazione della dichiarazione di inizio di attività, sulla sua possibilità e i limiti di un loro successivo esercizio; ma anche sulla adattabilità dell'intero istituto, alla disciplina dettata specialmente dall'art. 20. E quello relativo alla tutela del terzo nei confronti delle conseguenze favorevoli per il beneficiario, dell'inerzia dell'amministrazione medesima: ancora più rilevante, ai fini del raggiungimento di un equilibrato temperamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nelle varie vicende; di nuovo, di difficile adeguamento, a quanto dettato dal medesimo articolo. Su ambedue questi aspetti, nel penultimo paragrafo di questo scritto, si svolgeranno alcune considerazioni.

Tuttavia, solo di carattere molto generale. Perché questi articoli, fin dall'inizio, hanno posto un problema di fondo: come ricostruirli sistematicamente, nei confronti del panorama complessivo del diritto amministrativo, di quello preesistente come di quello risultante; ed è al riguardo che si vorrebbero concentrare queste riflessioni, tentando almeno un abbozzo di soluzione.

Adesso, vi è poi la loro nuova versione: quella introdotta dall'art. 3 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (ma non escluderei che, nell'agitato e confuso attivismo legislativo di questi anni, ne sopravvengano anche altre, di cui queste righe non potranno tenere conto). La quale versione pone all'interprete, se possibile, ancora maggiori difficoltà di quella precedente. E, in particolar modo, rende ancora più delicata la ricostruzione dell'art. 19 nel testo ora vigente, nelle sue linee essenziali; con una rilevante incidenza sulla distinzione di esso, rispetto a quella del successivo art. 20, che è diventata ben più problematica; a questo profilo saranno dedicate brevi considerazioni finali.

2. L'analisi sembra potersi sviluppare più agevolmente, se prenda le mosse dall'art. 20.

Il quale, così come lo si legge oggi, pare tratteggiare un quadro concettuale relativamente coerente: il silenzio mantenuto dall'amministrazione per un certo periodo di tempo, sull'istanza di un interessato, di rilascio di un provvedimento amministrativo che gli sarebbe favorevole, « ... *equivale a provvedimento di accoglimento della domanda...* »; naturalmente, ove sussistano i presupposti richiesti dalla disposizione, ed entro i limiti che prevede. Così, si sarebbe comunque formato un assenso, anche se tacito. L'articolo, dunque, già con questo suo primo comma, sembra porre al centro della vicenda il ruolo del provvedimento: è esso, che avrebbe dovuto produrre gli effetti richiesti dall'istante; ed è in riferimento ed in simmetria a questi, che vengono definiti quelli che si realizzano comunque: anche in difetto del provvedimento stesso, e, quindi, mediante la presunzione che sia viceversa intervenuto.

Nel successivo terzo comma, poi, l'articolo affronta la configurazione dell'autotutela della medesima amministrazione nei confronti di tale assenso tacito; e risolve la questione in modo apparentemente conseguente: richiamando, cioè, i suoi classici poteri di secondo grado. Ossia, l'annullamento e la revoca: i quali, appunto, tipicamente incidono su provvedimenti preesistenti.

In nessun suo comma considera esplicitamente la questione della tutela del terzo; ma la sua formulazione generale parrebbe incanalarne la soluzione nei noti e tranquillizzanti binari del ricorso contro il provvedimento favorevole per il destinatario — anche qui, pur se solo supposto —, proposto da chi, viceversa, ne è danneggiato di riflesso.

Tutto semplice, dunque, tutto chiaro?

Mi sembrerebbe proprio di no. Nel c.d. silenzio-assenso, in realtà, un provvedimento non c'è: c'è solo qualcosa che gli equivale, come, del resto, specifica la stessa norma; e questa sua mancanza non è proprio un fattore che si possa ritenere irrilevante; né che possa essere interamente supplito dalla « equivalenza » normativamente prevista.

Si dirà: ma il legislatore potrebbe disporre « come se ». Potrebbe imporre all'interprete di questa sua norma, di leggerla

come se, nella vicenda, un provvedimento positivo fosse effettivamente intervenuto.

L'obiezione non mi parrebbe completamente convincente. Si dovrebbero distinguere, infatti, due diversi aspetti. Da un lato, la ricostruzione di quali siano gli assetti giuridici che il legislatore ha inteso disporre con la disposizione esaminata: e questa, e i suoi esiti, sono i dati cui l'interprete stesso è sicuramente vincolato; anche se non li applaudisse: anche se ritenesse, per esempio, pur con una valutazione che forse non gli competerebbe, che sia troppo ampio l'ambito entro il quale il silenzio dell'amministrazione può trasformarsi in un assenso. Ma, dall'altro, la rilevazione di quali siano gli schemi concettuali da utilizzare per la rappresentazione di tali assetti: e qui, non sembra che esso sia altrettanto legato alla lettera della formulazione della disposizione medesima, e al suggerimento che al riguardo ne consegue. Perché potrebbe ricercare se vi siano diverse soluzioni da preferire: più appropriate, perché più aderenti alla natura delle cose; ed anzi dovrebbe ricercarle: se non volesse rinunciare al suo specifico ruolo critico.

E gli sarebbe subito evidente che, se l'amministrazione avesse provveduto tempestivamente, è il suo provvedimento che avrebbe dato assetto alla situazione. Ma che, quando rimanga inerte, è il legislatore che viceversa la regola. E le due entità tra le quali questo vuole stabilire una equipollenza, in realtà omogenee non sono. Perché, anzitutto, con una operazione che non ha riscontro quando sia l'amministrazione a provvedere, esso individua alcuni elementi di fatto: per l'essenziale, l'istanza dell'interessato, e il successivo silenzio dell'amministrazione, protratto per un certo periodo di tempo. E, poi, definisce quali effetti conseguano alla loro verifica: anche se sul modello di quelli che avrebbe esplicitato il provvedimento. Che, perciò, solo suppone, o presume, o immagina: ricorrendo ad una finzione, cioè, se non ad una metafora, o addirittura ad una allegoria.

Nel tentativo, a proposito di questo art. 20, di comprendere qualcosa del funzionamento di simili tecniche di formulazioni legislative, sono andato a rileggermi il Santi Romano di alcuni suoi

scritti, già i cui titoli parrebbero evocarle: le voci « *Mitologia giuridica* » e « *Realtà giuridica* » — ma anche « *Norme giuridiche (destinatari delle)* » —. Sono state stese tra il 1944 e 1946, negli ultimi e più travagliati suoi anni. Non fanno esplicito riferimento al c.d. silenzio-assenso: il legislatore, allora, non se ne era ancora innamorato. Malgrado ciò, le ho trovate assai istruttive: come esempio di un ragionare giuridico molto fine e approfondito, che rende ancora più evidente la superficialità con la quale mi sono azzardato, e mi azzardo ancora, a trattare questi difficili temi.

3. Il legislatore, dunque, quando prevede la formazione del c.d. silenzio-assenso, equipara al provvedimento che avrebbe prodotto determinati effetti, un fattore che rispetto ad esso è assai eterogeneo. Per una eterogeneità la quale non può non finire con l'incidere sulla equipollenza che predica.

Anzitutto, e per esempio, ovviamente questa potrebbe essere solo parziale; al di là di un nucleo essenziale, che poi è il motivo che costituisce la *ratio* della disposizione medesima: la legittimazione dell'istante ad intraprendere l'attività che aveva chiesto che gli venisse autorizzata; almeno provvisoriamente, e non senza maggiori rischi.

Sarebbe interessante provare ad individuare quali siano gli effetti « da provvedimento », che non possono risultare attratti nella equivalenza legislativamente affermata. E, magari, viceversa. Ma si preferirebbe proseguire il filo principale del ragionamento: nel tentativo di capire meglio che cosa sia quel che il legislatore surroga al provvedimento che avrebbe dovuto esserci e che non c'è, e di quanto ne differisca.

Sarebbe la domanda dell'istante, rimasta senza risposta? Potrebbe anche sembrare. Perché, effettivamente, è la sua formulazione, il suo *petitum* che definiscono gli effetti che si concretano a causa dell'inerzia dell'amministrazione. Che li delineano completamente e direttamente: senza, cioè, la mediazione del provvedimento mancante, che avrebbe potuto anche accoglierla solo in parte, o con parziali modifiche; e che, in ogni caso, avrebbe disposto esso gli effetti medesimi. Ma si tratterebbe di

una mera apparenza: in realtà, l'istanza è presa dal legislatore come mero presupposto per l'applicazione della disposizione che detta per questa eventualità; e l'assetto della situazione che ne deriva, anche se è corrispondente ai suoi contenuti, non è certo prodotto da una potenzialità sua propria: è soltanto la disposizione legislativa che li produce; che li può disporre, perché è essa solo che ne ha la forza.

Va confermato, dunque, che in luogo del provvedimento che non c'è e avrebbe dovuto esserci, è il legislatore stesso che agisce: che vi sostituisce questa sua disposizione, come diretta matrice di effetti sia pure entro certi limiti equivalenti. Sulla base di questa conferma, il discorso potrebbe prendere due strade ben diverse.

Secondo la prima, più semplice e breve, vi si potrebbe innestare subito la considerazione delle due questioni prima indicate. E provare a delineare immediatamente i necessari e possibili adattamenti dell'esercizio di poteri amministrativi di autotutela, da sempre visti come di annullamento e di revoca di un preesistente provvedimento, al caso in cui viceversa questo non esista. E si dovrebbe analogamente ragionare per l'altra questione segnalata, quella relativa alla tutela del terzo: tentare di ricostruire come questo possa chiedere tutela del suo interesse lesso dalle conseguenze di un mero comportamento omissivo dell'amministrazione, ad un giudice il quale, fondamentalmente, sindacava e annulla provvedimenti che essa aveva precedentemente emanato — questi, e non quello, lesivi di tale interesse —.

La seconda, viceversa, è ben più complessa e lunga. Potrebbe essere tentato di imboccarla, ciò nonostante, solo chi fosse colto dal dubbio che non sia proprio la stessa cosa se un determinato effetto giuridico sia prodotto da un provvedimento, oppure direttamente da una previsione legislativa, ancorata al verificarsi di determinati presupposti. Da chi avesse quantomeno l'intuizione che queste due ipotesi dovrebbero essere ricostruite secondo moduli concettuali ben differenziati.

Non è intuizione che possa avere chi costruisca anche la patuizione di un contratto, o l'emanazione di un provvedimento, alla

stessa semplice stregua dell'avverarsi di uno di quei presupposti suddetti: dai quali, appunto, il legislatore che li aveva ipotizzati, farebbe conseguire effetti che esso stesso dispone; che sarebbe sempre questo legislatore, quindi, a definire prima, e a produrre poi.

Però, qualcuno potrebbe non essere convinto che l'una e l'altra conseguenza avrebbero entrambe una identica causa. Anzi tutto, e per esempio, potrebbe avvertire come una stranezza, che gli effetti che dovrebbero allora considerarsi sempre come disposti dal legislatore, vengano a coincidere perfettamente con quelli definiti proprio in quel contratto, o in quel provvedimento. E potrebbe avere la percezione che, in questa coincidenza, il dato saliente non è che essi, poi, siano stati disposti legislativamente: è che essi già siano stati stabiliti da chi lo abbia pattuito, od emanato. E potrebbe seguire in questa direzione, sviluppando l'idea che, nella vicenda, il fattore decisivo sia costituito dalla possibilità di quei soggetti di autodeterminarsi. Anzi: addirittura la loro capacità di farlo. Chi la ravvisa, la chiama la loro « *autonomia* ».

In questa diversa prospettiva, dunque, tra l'ipotesi nella quale un provvedimento ci sia, e quella nella quale manchi, e sia surrogato da una disposizione legislativa, la differenza la fa questa nozione: di una autonomia dell'amministrazione di cui, nella prima, è determinante l'esercizio, e che, nella seconda, viceversa non svolge alcun ruolo. È lo spessore che le si intende dare, il fattore che determina l'ampiezza del divario. Divario al quale, si vorrebbe dire subito, verrà qui attribuita la massima rilevanza; e che, comunque, logicamente appare incolmabile.

È a questa nozione — anzi, alle due: dell'autonomia specifica dell'amministrazione, ma, prima, di quella intesa in termini generali —, che dovrebbero essere dedicati, allora, gli approfondimenti che si volessero sviluppare, per una migliore comprensione di questo art. 20.

Sarebbero necessari? Secondo. Molto dell'interpretazione di esso, sembrerebbe raggiungibile già mediante una sua mera esegesi; ed è su questo piano che, invero, si collocano la maggior parte degli studi, già numerosissimi, che le sono stati dedicati.

Ma può darsi che, almeno talvolta, o da qualcuno, venga comunque avvertito il bisogno di maggiori riflessioni teoriche. E che, almeno dal punto di vista di questa esigenza, e di chi la avverte, paia non superfluo rievocare tali nozioni. malgrado siano notevolmente trascurate dalla letteratura di questi anni. O, forse, al contrario, proprio perché lo sono: tanto più se quel curioso le considerasse ancora vitali.

La loro ripresa, in ogni caso, varrebbe a illustrare meglio il significato dell'articolo in esame. Quindi, non dovrebbe parere proprio un fuor d'opera questa proposta di una loro rievocazione, cogliendo come occasione la ricognizione della portata della norma stessa: al massimo, solo una digressione; del resto, non a caso, nel titolo dato a queste righe, compaiono le parole « *a proposito* », e « *divagazioni* ».

Però, dovrebbero essere brevi e leggere; dovremmo sempre tenere presente l'autorevolissimo consiglio: *Glissez, mortels, n'appuyez pas*. Ma non potranno esserlo quanto sarebbe preferibile: appare prioritaria l'esigenza di chiarire a scanso di equivoci, e pure se mediante richiami talvolta anche solo banali, i tratti del concetto di autonomia qui recepita, nella prospettiva della teoria istituzionale del diritto, e della conseguente acuta percezione della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Il lettore che fosse riuscito ad arrivare fin qui, avrà già intuito quale sarà il seguito, e saprà già regolarci da solo. Ma, ad ogni buon conto, è bene avvertire subito chi non abbia il gusto di simili concettualizzazioni, o chi non ne condivida l'impostazione dichiarata: la lettura gli riuscirà particolarmente noiosa. E, semmai, potrebbe riprenderla solo nei due ultimi paragrafi.

4. La causa più semplice e diretta che possa provocare la dinamica delle situazioni giuridiche soggettive — in particolare: la loro costituzione, modificazione o estinzione —, si riscontra nel c.d. effetto *ex lege*: come si era prima sintetizzato, il legislatore tipizza alcuni presupposti, e dispone che, al loro avverarsi, si verifichino automaticamente determinati effetti giuridici, altrettanto

tipizzati. Così dovrebbe essere ricostruita la disciplina che l'art. 20 detta, per l'ipotesi nella quale su un'istanza di un privato, l'amministrazione non abbia provveduto con un provvedimento esplicito.

Ma molti ritengono che sia frutto di un semplicismo non condivisibile, considerare questo modo di produzione di tali effetti, come il solo che l'ordinamento conosca; meglio: come l'unico che l'ordinamento consenta. Ve ne è un altro; che, per di più, pare loro ben più significativo: appunto, l'esercizio di poteri di quella autonomia, che si è prima evocata a grandi linee. Ed è in questo altro modo, che dovrebbe essere ricostruita la disciplina che il medesimo articolo presuppone, del resto come quella fisiologica, per la diversa ipotesi nella quale, su quell'istanza, l'amministrazione avesse, viceversa, provveduto esplicitamente e con tempestività.

Questa diversa prospettiva, come si sa bene, è stata esplorata, e poi seguita, soprattutto da alcuni privatisti, in relazione alla ricostruzione di quella che comunemente è definita come la capacità negoziale; quella, appunto, che caratterizza il diritto privato. Ma che è sempre più utilizzata anche dall'amministrazione: non solo nella sua attività privata, ma anche, e sempre più largamente, nella sua attività che, almeno sostanzialmente, deve considerarsi amministrativa. E che, perciò, preferirei qualificare come di diritto comune (senza nessuna indulgenza nei confronti della bislacca formula dell'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990, ora vigente).

Questa altra prospettiva delinea la nozione di autonomia nella quale trova il suo fulcro, come la capacità che l'ordinamento riconosce ai suoi soggetti, anzitutto a quelli privati, di determinare essi stessi le modificazioni degli assetti giuridici che pertengono loro: secondo un quadro concettuale che è radicalmente diverso da quello proprio della ricostruzione degli effetti *ex lege*. Ecco, questo è il passaggio cruciale: il soggetto che esercita, che può esercitare una siffatta capacità, prima definisce, e poi produce esso medesimo gli effetti giuridici della sua azione. I cui contenuti non possono in alcun modo essere fatti conseguire dal legislatore che

pur latamente e indirettamente li contempla: sarebbe assurda la pretesa di poterli ricavare, per esempio, dagli artt. 1321 ss. c.c. Rispetto ai quali contenuti, poi, l'ordinamento resta indifferente: si ammetterà che, rispetto alle clausole che le parti pattuiscano in un contratto, esso così rimanga. Almeno in linea di principio. Almeno relativamente. Perché l'autonomia che riconosce ai suoi soggetti, allo stesso tempo non può non circoscriverla. In molti modi: imponendo loro l'adozione di un fattore causale che, se diverso da quello che tipizza, sia quantomeno « meritevole di tutela »; vincolandoli al rispetto di proprie norme imperative; o, addirittura, in casi estremi, sostituendo « sue » clausole, a quelle difformi, che le parti stesse avessero eventualmente concordate *contra legem* (art. 1419, comma 2, c.c.).

In tale prospettiva, dunque, è l'atto espressione di autonomia — e non la disposizione legislativa —, che, anzitutto, determina i contenuti delle modificazioni sopra ipotizzate, di rapporti e situazioni giuridiche; e che, quindi, le produce: parimenti in modo altrettanto immediato e diretto. Peraltro, solo in un quadro giuridico distinto da quello dell'ordinamento generale; secondo la notissima espressione di Cesarini Sforza: solo nel « *diritto dei privati* ». In un quadro che finora è apparso perfino avulso e, potenzialmente, addirittura contrapposto a tale ordinamento.

Ma è evidente che per la ricostruzione realistica della nozione di autonomia negoziale, manca ancora un tassello essenziale: quello che rappresenta il ruolo che l'ordinamento generale stesso comunque gioca nei confronti di essa. Che non può non giocare. A che servirebbe per i contraenti di un contratto, infatti, l'aver concordato le relative pattuizioni se, poi, non potessero chiedere all'ordinamento generale un suo intervento? Quello che si rivelasse eventualmente necessario per assicurarne l'esecuzione? In altri termini se, *versus* l'inadempiente nei confronti di una obbligazione nascente da quel contratto, la controparte non potesse adire i tribunali dello Stato, e, da ultimo, e al limite, invocare l'intervento dell'ufficiale giudiziario, se non addirittura dei carabinieri?

Queste considerazioni acquistano maggiore forza, quando

vengano riferite non al singolo contratto, ma all'intero « *diritto dei privati* », nel quale si iscrive; senza che questo rilievo implichi disconoscimento di una sua propria effettività, e, quindi, di sue proprie capacità sanzionatorie (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., p. 23). È l'intero tale diritto, allora, che, al di là di tali sue effettività e capacità, deve trovare garanzie nell'ordinamento dello Stato. Per il quale, assicurarle è funzione vitale. Del resto, ogni teorico del c.d. « *Stato minimo* », fino alla concezione perfino della c.d. anarchia liberale, non può non attribuirgli anzitutto il ruolo di garantire l'effettività delle pattuizioni private, e la sanzionabilità dell'inosservanza ad esse. Anzi, più si vorrebbe lo Stato come « *minimo* », come rinunciatario a svolgere interventi diretti nella società — supposta capace da sola di soddisfacente vita propria —, e più gli si dovrebbe imporre lo svolgimento di tale ruolo; oggi, sempre più largamente, relativamente alla disciplina del mercato, che esso stesso abbia dettato: nel senso di garanzia dell'azione giuridica dei suoi operatori, che la rispettino.

Tra le pattuizioni private e l'ordinamento generale, dunque, vi è, vi deve essere, un collegamento. Ed è in questo, anzi, che si risolve l'essenza del concetto di autonomia: in virtù della quale, una libertà di azione, che, si potrebbe quasi dire, esisterebbe inizialmente allo stato di natura, pur se già dotata di una sua effettività, viene a tradursi in una possibilità di agire giuridicamente; quanto meno, in una più robusta: perché anche tale ordinamento le garantisce valore vincolante. Collegamento, che è espresso dalle nozioni di riconoscimento, di derivazione, di rilevanza, di efficacia. Le quali sono state definite, appunto, per rappresentare i tratti salienti dell'intera vicenda. L'ordinamento generale riconosce la possibilità di agire dei privati, naturale e comunque loro propria, trasformandola, perciò, nell'autonomia che così deriva loro, giuridica anche dal suo punto di vista; considera rilevanti i loro atti che ne sono espressione, purché risultino essersi mantenuti nei limiti prima accennati della loro autonomia stessa: solo entro i quali la ha loro riconosciuta, e quindi la ha loro derivata. Ed è a questi atti, che presta efficacia: anche al proprio interno, per il proprio apparato. Efficacia, che è ben diversa e ben più in-

cidente, dai semplici effetti che gli atti dei privati producano di per sé: nel « loro » ordinamento.

Da ultimo. Non sembra che possano essere considerati espressione di autonomia, tutti gli atti volontari, contrapposti in blocco ai meri fatti. Ve ne sono alcuni, gli effetti dei quali sono determinati rigidamente dal legislatore: che, così, qui sì, dà loro la rilevanza di un mero presupposto di fatto, facendo venire meno quel carattere di autodeterminazione del loro autore, che dell'autonomia medesima si è visto essere essenziale. Per esempio, sicuramente il riconoscimento di figlio naturale è un atto volontario; ma non per questo chi lo opera può determinarne le conseguenze, o modificare quelle legislativamente disposte. I privatisti, come si sa, rappresentano la specificità di questi altri atti, denominandoli come meri atti giuridici, in contrapposizione ai negozi. E gli stessi amministrativisti distinguono i meri atti amministrativi, dai veri e propri provvedimenti. Queste distinzioni sono note; tuttavia, va osservato che devono essere applicate anche in riferimento agli atti dei privati che a quei provvedimenti siano connessi: tra quelli che hanno valore negoziale, e quelli che non lo hanno. Il rilievo è qui particolarmente pertinente: perché sembra che non possa avere carattere negoziale, l'istanza del privato considerata dal legislatore dell'art. 20; soprattutto nell'ipotesi nella quale non abbia avuto una risposta esplicita da parte dell'amministrazione: perché gli effetti che la norma prevede, come si è prima accennato, sembrano essere sempre completamente *ex lege*.

5. Anche i provvedimenti, pure quello che l'amministrazione avrebbe dovuto emanare secondo il fisiologico svolgimento della vicenda disciplinata da tale articolo, dovrebbero essere considerati espressione di una autonomia: della sua, appunto. Con l'implicazione, ormai ovvia, che non è l'ordinamento il fattore che determina il contenuto di quei provvedimenti stessi: si limita solo a riconoscerne l'efficacia. Come si è anticipato, è questa la distinzione che fa la differenza, nel quadro del medesimo articolo, tra l'ipotesi in cui il provvedimento sia intervenuto, e quella in cui non lo sia.

Che anche i provvedimenti siano espressione di autonomia, di quella dell'amministrazione, è affermazione tutt'altro che originale: già negli anni trenta, l'aveva sostenuta Zanobini, nella prospettiva della teoria istituzionale del suo Maestro. Ma, evidentemente, postula l'accettazione di tutta una serie di principi e di dati.

Anzitutto, la condivisione dell'idea di una sostanziale unità dell'ordinamento generale: nel senso che regola insieme i rapporti tra tutti i suoi soggetti, pubblici o privati che siano, dando loro assetto; ma anche in quello che i vari suoi interpreti lo rappresentano mediante uno stesso apparato concettuale, frutto della nostra cultura giuridica. Di una sua sostanziale unità sotto ambedue questi profili; che, quindi, vada al di là delle sue singole partizioni. A cominciare da quella stessa tra pubblico e privato: le quali, da questo punto di vista, si rivelano essere largamente solo meramente descrittive. Di una sostanziale unità, dunque, che non tollera che ad esse sia data una rilevanza più che di mero comodo; e, ad ogni loro particolarità, valore maggiore di quello di una mera specificazione di concetti più generali. Inoltre, perciò deve essere condivisa anche la convinzione della applicabilità pure al diritto amministrativo, di nozioni elaborate prevalentemente dai privatisti: quando siano state depurate di quelle loro particolarità che fossero dovute solo alla loro matrice; e ne sia stato così estrapolato quel che di loro è veramente l'essenziale: eventualmente, riadattandolo alle esigenze di quel diritto.

Da questo punto di vista, in primo luogo va ripresa la stessa nozione di soggetto: di cui la distinzione tra soggetti pubblici e privati costituisce una mera suddivisione; una suddivisione che, soprattutto, sottolinea la destinazione funzionale dei primi, contrapposta alla libertà dei secondi.

Quindi, la nozione delle loro situazioni giuridiche. Certo, quelle correlate a quei poteri dell'amministrazione che caratterizzano il diritto dell'amministrazione, hanno contenuti diversi dalle altre viceversa di diritto comune; ma ciò non deve impedire di ricomprenderle tutte in quel medesimo concetto più generale. L'art. 20 in esame si riferisce ad un atto di carattere autorizzatorio: che

ci sarebbe dovuto essere, ma che non c'è, e che perciò viene legislativamente supposto. Ebbene, sicuramente la situazione giuridica del beneficiario di un simile provvedimento, non trova un riscontro nel quadro di quelle privatistiche, in particolare di quelle derivanti per i contraenti da contratti che pattuiscano, tipici e non. Ma la nostra cultura giuridica la concettualizza ugualmente in analoghi termini astratti: come situazioni del soggetto, appunto.

E, poi, allora, la nozione stessa di autonomia: come modo di causare, di quelle situazioni, costituzioni, modificazioni ed estinzioni. La cui aggettivazione come « pubblica », può valere a segnalare solo gli aspetti che la specificano: la sua funzionalità, anzitutto, del resto riflessa da quella degli stessi soggetti, soltanto ai quali l'ordinamento generale la consente. E, inoltre, ad evocare la possibilità almeno tendenziale di chi ne è titolare, di provocare simili dinamiche giuridiche anche unilateralmente, e non solo consensualmente, come per i privati è la regola.

Va sottolineata, peraltro, un'altra sua fondamentale particolarità. È evidente che i privati, per sviluppare le loro contrattazioni, non hanno certo aspettato la formazione di un ordinamento giuridico che potesse anche solo far presagire quello statale; né la hanno attesa, per formare così il « loro » ordinamento, nel quale le loro contrattazioni potessero già trovare garanzie di sanzionabilità in caso di inadempimento. È per questo che, come si è visto, il rapporto dell'ordinamento generale con la loro capacità negoziale, è ben rappresentato dal concetto di « *riconoscimento* »: perché essa è di per sé preesistente, almeno nei limiti entro i quali tali soggetti si sono rivelati capaci già di propria auto-determinazione, in un sistema già dotato di significativi profili di propria effettività; con l'implicazione che tale ordinamento interviene nei loro riguardi sul solo piano dell'efficacia: che riconosce, appunto, agli atti che della loro autonomia siano espressione. Ebbene, sembra che il medesimo concetto sia assai meno appropriato per cogliere le specificità del rapporto che con quell'ordinamento generale stesso ha l'autonomia viceversa dell'amministrazione. Anche questa, una volta, si era posta come istituzione largamente originaria. Del resto, la letteratura ha rilevato la sua importanza come

componente costitutiva dello Stato moderno: anzitutto strutturale, prima ancora che funzionale; presupponendo quindi, almeno si dovrebbe presumere, che essa si sia posta ed abbia operato come un soggetto, con una rilevanza non completamente riconducibile nei limiti di una sua derivazione da questo ordinamento medesimo. E sembra che tutt'ora così si atteggi: almeno per certi suoi aspetti effettuali. Però, è indubbio che la progressiva affermazione dello « *Stato di diritto* » la ha ricondotta pressoché totalmente al suo interno: imponendosi, così, quasi completamente, come l'unico fattore di derivazione dei suoi poteri. Per questi ultimi, in particolare, questa evoluzione storica si è tradotta in sempre più stringenti riserve alla legge, come unico legittimo fondamento della loro attribuzione, oltre che fonte della loro delimitazione. Essi, dunque, soprattutto per questa ragione, si presentano come costruttivamente « *attribuiti* » dall'ordinamento, molto più che semplicemente « *riconosciuti* » da questo. E, quindi, anche l'autonomia dell'amministrazione, che li sintetizza, per questa ragione deve essere analogamente connotata.

Nella sequenza di queste argomentazioni relative alla sostanziale unità dell'ordinamento, va ora ricordata la nozione degli atti che siano espressione di autonomia: nozione, che deve essere vista di portata generale, perché comprendente sia quelli che costituiscano esplicazione dell'autonomia dei privati, come quelli che lo siano dell'autonomia dell'amministrazione. Qui, naturalmente, rilevano questi secondi. Che sono comunemente chiamati provvedimenti: con una denominazione che era stata impiegata già dall'art. 2 dell'Allegato *E* del 1865. È evidente, perciò, che questa loro denominazione abbia antiche e solide radici: e che, effettivamente sia loro ben più pertinente, di quella di negozio; la quale, ormai, ha un non più cancellabile sapore privatistico: perché richiama con maggiore nettezza la consensualità almeno tendenziale degli atti negoziali dei privati, e, perché, quindi, è meno in grado di rappresentare appropriatamente il carattere prevalentemente unilaterale dei corrispondenti atti dell'amministrazione. Comunque, queste distinzioni nominalistiche non devono mettere in ombra il preminente tratto che è proprio dei provvedimenti

stessi, non meno che dei negozi: che, perciò, è comune ad entrambi. Ossia, appunto: che entrambi sono espressione di autonomie, di capacità di determinazione e di autodeterminazione; e le distinte e ben diverse potenzialità che si sono accennate, non possono impedire che vengano così analogamente qualificati.

6. Non sembra, quindi, che siano capaci di cogliere la « *natura delle cose* », le tesi, pur da tanti, e tanto autorevolmente sostenute, orientate a vedere nel provvedimento una sorta di mera concretizzazione della volontà della legge. Esso, al contrario, è l'espressione di scelte che propriamente è l'amministrazione che adotta. E questo suo carattere essenziale, non è affatto incompatibile col dato per il quale tali scelte sono da vedersi prive di ogni elemento psicologico: sono da definirsi come oggettivate nei vari provvedimenti, i quali sono venuti a formarsi attraverso la progressione di procedimenti a loro volta altrettanto oggettivi, di cui costituiscono gli oggettivi esiti. L'amministrazione, « provvedendo », esplica il ruolo meta-individuale che l'ordinamento generale le assegna: auto-determinandosi, negli spazi che le riserva, come soggetto, o complesso di soggetti, tra gli altri suoi soggetti.

E questi spazi sono assai estesi: come risulta evidente dalla considerazione delle norme che li circoscrivono. Norme, va sottolineato, necessariamente legislative: se non altro, perché *a contrario* definiscono gli spazi delle correlate e contrapposte situazioni ed autonomie dei soggetti privati. Tali norme, nel quadro complessivo delle disposizioni che disciplinano l'agire dell'amministrazione, sono solo quelle che le attribuiscono i poteri che esercita agendo. E che anche li delimitano; ma solo definendone gli elementi essenziali. Per di più, a tratti quanto mai larghi: precisando l'ente cui i poteri stessi sono attribuiti, il loro oggetto, il loro contenuto, credo anche il loro fattore causale, talvolta la loro forma, e poco di più; come, ora, fa intravedere anche il vigente art. 21-*septies* della l. n. 241 del 1990, malgrado che la sua formulazione non sia proprio delle più felici. Comunque, era già intuibile, infatti, che la violazione di tali limiti da parte del provvedimento, ne implichi la sua piena nullità; e il riscontro della loro

relativa vaghezza, è costituito dalla altrettanto relativa rarità dei casi nei quali questa più radicale figura ricorre, in luogo di quella della semplice annullabilità.

I poteri dell'amministrazione, dunque, sono delimitati legislativamente a maglie quanto mai rade. È per questa ragione che sarebbe assai arduo vedere nelle norme che così ne definiscono gli elementi essenziali, la matrice diretta dei contenuti dei provvedimenti che ne costituiranno l'esplicazione, e dei loro effetti. Sono questi provvedimenti, viceversa, che stabiliscono i propri contenuti, e producono i propri effetti. Le norme suddette precisano solo i limiti, soltanto entro i quali l'ordinamento generale riconosce loro efficacia: rinforzandone così, ma rinforzandone solo, l'effettività che discende per essi, dal costituire espressione di una amministrazione; più precisamente: di una amministrazione che si pone ancora come una istituzione, anche se ormai quasi completamente derivata. Conseguentemente, sono larghi gli ambiti entro i quali questa, esercitando tali suoi poteri, emanando tali suoi provvedimenti che ne costituiscono esercizio, può operare le proprie scelte: per una ampiezza che giustifica pienamente la qualificazione di questi suoi provvedimenti stessi, come espressione di sua capacità di autodeterminazione; e che esclude che il suo ruolo possa essere ridotto a quello di mera applicazione delle disposizioni legislative suddette. I suoi provvedimenti, nei quali tali scelte vengono giuridicamente oggettivati, perciò, non possono non essere definiti che come esplicazioni della sua autonomia.

Ma — si potrebbe osservare —, appare diverso il rapporto tra le scelte che opera l'amministrazione, e altre norme: quelle che qui si vorrebbero vedere come di disciplina del solo esercizio dei suoi poteri, e non di attribuzione e delimitazione di essi. Norme le quali, si accolga o no questa loro categorizzazione, in concreto sono quelle che regolano soprattutto l'organizzazione interna — ma a rilevanza esterna —, degli enti cui essi sono attribuiti; i procedimenti solo attraverso i quali tali poteri medesimi possono essere esplicati; e, talvolta, perfino i contenuti dei provvedimenti finali: che, così, risultano non più ancora discrezionali, nemmeno residualmente, ma vincolati *in toto* previamente alla sussistenza,

o al difetto di determinati presupposti e requisiti — era ampiamente il caso delle autorizzazioni poi assorbite dall'art. 19 —. Rispetto a queste altre norme, e specialmente alle ultime ricordate, sì che le scelte che l'amministrazione adotta mediante tali suoi provvedimenti, si presentano con un accentuato carattere di esecutività: la quale, in realtà, è chiaramente incompatibile col carattere viceversa di autodeterminazione propria degli atti che possano essere visti come espressione di sua autonomia.

L'obiezione non potrebbe essere lasciata senza risposta. Che dovrebbe essere così formulata. Quella che deve essere considerata l'autonomia dell'amministrazione, si è già notato, è definita solo da quelle norme, indirettamente e vagamente evocate dal già citato art. 21-*septies*, mediante le quali l'ordinamento le attribuisce i suoi poteri, derivandoglieli e delimitandoglieli. Queste altre norme non incidono sui confini di essa; costituiscono scelte comprese nei suoi ambiti così latamente delimitati: sono già al suo interno. Quindi, costituiscono già esercizio di discrezionalità: che consumano, che talvolta addirittura esauriscono; riducendone o eliminandone i margini che altrimenti rimarrebbero disponibili per l'organo che opera caso per caso, mediante provvedimenti.

Queste altre norme, insomma, dell'autonomia dell'amministrazione costituiscono già espressione. Come è reso evidente da questo dato: che è essa stessa che le può adottare, e che, in realtà, adotta sempre più largamente. Che le può adottare, ovviamente, mediante regolamenti. Che le può emanare, dunque, esercitando una potestà normativa che è già tipicamente sua. E non si vede davvero come si possa negare, che, della sua autonomia, proprio questa potestà regolamentare sia l'espressione più rilevante e significativa.

Da questo punto di vista, è stata assai istruttiva l'esperienza della c.d. delegificazione: che ha mostrato una ben differenziata propria compatibilità con le norme complessivamente relative all'agire dell'amministrazione; e ciò, secondo la loro distinzione prima accennata. Una compatibilità che, almeno in linea di principio, è inconfigurabile, per le disposizioni che attribuiscono e definiscono i suoi poteri e la sua autonomia: le quali, appunto, si

è già sottolineato dover essere necessariamente legislative. E piena, viceversa, per quelle che ne disciplinano l'esercizio: relativamente all'organizzazione interna, ai procedimenti, ed eventualmente ai contenuti di provvedimenti, quando già li vincolino direttamente. È vero che anche queste altre norme possono essere formulate tutt'ora in una fonte primaria; la quale, del resto, quand'anche non lo fossero, o non lo fossero più, potrebbe pure impadronirsene, o tornare ad impadronirsene. Ma la sua intercambiabilità almeno potenziale con la fonte regolamentare, in un certo senso ne indebolisce il significato; e, in ogni caso, ne fa intravedere la particolarità. Perché il legislatore che seguiti ciò nonostante a disporle, disponendole, esplica certamente un ruolo diverso, e di assai minore rilevanza, di quello che è viceversa il suo principale; di quello che gli è davvero proprio e insostituibile: di dare un suo assetto giuridico ai rapporti tra tutti i suoi soggetti, costruendo l'ordinamento generale.

7. Va chiusa, adesso, la fin troppo lunga digressione, o divagazione sulle nozioni di autonomia, e di autonomia dell'amministrazione, che si era preannunciata nel paragrafo 3. E vanno riprese, quindi, le due questioni relative al come si possano delineare l'autotutela dell'amministrazione e la tutela del terzo, quando il provvedimento di accoglimento della domanda dell'interessato, sia surrogato dal c.d. silenzio-assenso. Le loro soluzioni vanno basate sull'ovvio dato già da allora acquisito: in questa ipotesi, il legislatore, definendo gli assetti che intende disporre mediante la metafora che formula, non può vincolare l'interprete che li deve ricostruire, a vedere analogamente nella vicenda un provvedimento che in realtà non c'è; né il legislatore stesso, che pur può disporre effetti prendendo a riferimento i suoi, lo può sostituire con un qualcosa che veramente gli sia paragonabile.

L'autotutela dell'amministrazione, tradizionalmente, è sempre stata delineata come esplicazione di poteri eliminatori di provvedimenti precedenti. Nel caso dell'annullamento d'ufficio per motivi di legittimità, come esercizio di un potere diverso da quello di cui costituiva espressione il provvedimento originario. Se di

revoca, del medesimo potere — a parte i limiti entro i quali può essere disposta, e i presupposti che la consentano, la cui precisazione porrebbe le difficoltà maggiori —. E già questa disomogeneità dei loro differenti fondamenti, complicherebbe ulteriormente l'analisi.

Che, tuttavia, ora trova comunque una base sufficientemente chiara, nell'evidenza prima sottolineata: nell'ipotesi del c.d. silenzio-assenso, un provvedimento non c'è. Ci sono solo determinati elementi — per l'essenziale, l'istanza del privato e la protratta inerzia dell'amministrazione —, che una disposizione legislativa prende a presupposti, perché si debbano considerare verificati gli effetti che determina: appunto, *ex lege*. Né può cambiare la sostanza della vicenda, l'analogia di questi — del resto, solo relativa, e potenzialmente solo parziale —, di tali effetti con quelli che avrebbe prodotto il provvedimento mancante: perché, al contrario, è la previsione legislativa che li produce direttamente; quindi, una causa irrimediabilmente eterogenea rispetto ad un atto che potesse essere configurato espressione di autonomia. Ora, se si volesse conservare all'autotutela che si considera, la conseguenza eliminativa dell'esercizio dei poteri che sintetizza — come pare che si dovrebbe —, la strada per poterla delineare è obbligata. Questa conseguenza non può certo investire la disposizione legislativa. E nemmeno i fatti che essa prende a presupposti per la sua applicazione: non è pensabile che l'amministrazione possa annullare, o revocare l'istanza del privato. E neppure che possa ridurre a *tamquam non esset* la successiva propria inerzia. Quindi, essa non può incidere che sugli effetti legislativamente disposti. Ecco: la configurabilità dei poteri di sua autotutela così definiti, anche nell'ipotesi in esame, impone che il loro oggetto finora circoscritto a precedenti provvedimenti, venga ampliato, fino a comprendervi anche gli effetti *ex lege*. L'amministrazione, dunque, in tale ipotesi, può « autotutelarsi », solo sopprimendo non provvedimenti produttivi di effetti — del resto inesistenti —, ma direttamente questi ultimi. E li può sopprimere, quando riscontri la carenza di elementi di fatto o di requisiti soggettivi, solo sulla cui sussistenza il legislatore li aveva disposti. Va da sé che

questa configurazione si attaglia meglio all'annullamento per motivi di legittimità; ma dovrebbe essere utilizzata anche per la revoca, pur con un ulteriore adattamento: il nuovo intervento dell'amministrazione dovrebbe radicarsi su una delle tre sopravvenienze indicate dal nuovo art. 21-*quinquies*.

E non si potrebbe ragionare in termini troppo diversi, a proposito dell'altro problema da considerare: quello della tutela del terzo. E qui si pone davvero l'interrogativo: ma sarebbe possibile configurare la decisione di accoglimento del giudice amministrativo come incidente talvolta non su provvedimenti che abbiano prodotto effetti lesivi dell'interesse del ricorrente, ma direttamente e solo su questi ultimi? Per di più quando siano disposti dal legislatore, e non dall'amministrazione?

Parrebbe ozioso soffermarsi sul se: ormai, lo dovrebbe essere. Però, non è facile precisare come questo adattamento potrebbe essere delineato.

La direzione generale della ricerca è chiara: si deve superare la definizione del giudizio amministrativo come un giudizio su atti. L'esigenza di questo suo ampliamento, come si sa, era già stata avvertita, e non da ieri, nei silenzi — di tipologie varie, ma le cui definizioni ruotavano tutte su aggettivazioni negative (rifiuto, rifiuto, diniego ecc.) —, opposti dall'amministrazione alle domande di decisione o di provvedimento favorevole rivolte dall'interessato. Ed a queste ipotesi di silenzio mantenuto dall'amministrazione su domanda del genere, andrebbe sostanzialmente assimilata anche quella nella quale una risposta esplicita la abbia data, ma sia stata negativa; perché pare evidente che l'eventuale suo annullamento giurisdizionale non è affatto soddisfacente dell'interesse dell'istante. Lo riporta solo alla situazione rilevata come conseguenza dei silenzi prima considerati: quella di un interessato che non abbia ottenuto risposta alla sua domanda di provvedimento favorevole. Quel che conta per chi lo chieda, non è che ci sia stato un qualunque provvedimento esplicito, ma che non sia intervenuto un espresso provvedimento di accoglimento.

Come si sa, l'orientamento di gran lunga dominante nella letteratura che ha cercato di soddisfare questa esigenza di tutela del-

l'istante frustrato, si è sviluppato nel senso di un ben preciso modo di superamento del processo amministrativo come processo solo su atti: ha tentato di configurarlo come un processo su rapporti. Questa prospettiva non ci pare appropriata: presuppone che sia ravvisabile un vero rapporto giuridico nella relazione tra esercizio di poteri amministrativi e correlate situazioni private; mentre sembra più aderente alla natura delle cose, vedere queste come meramente soggette a quello.

E allora? Certo che bisogna andare oltre la concezione del processo amministrativo come processo solo su atti. Ma bisognerebbe procedere — almeno fin che si può —, mantenendo il suo aggancio all'esercizio dei poteri dell'amministrazione, di cui costituiscono espressione, o la avrebbero costituita; e sarebbe ben superfluo ricordare che anche l'insegnamento della Corte costituzionale è in questo senso. In questa prospettiva, è ancora possibile delineare la giurisdizione del giudice amministrativo come avente ad oggetto l'esplicazione dei poteri amministrativi: purché nella sua totalità. Non rimanga circoscritto, cioè, a quei loro esercizi, che si sono estrinsecati in provvedimenti formali: che, allora, non dovevano essere adottati, o non lo dovevano essere in quel modo e con quel contenuto. Ma si estenda anche fino alla valutazione di quali esercizi l'amministrazione doveva compiere, e che non ha compiuto: di quali provvedimenti avrebbe dovuto emanare, e che non ha emanato. E, ciò, sia pure fin dove lo consenta il necessario rispetto della sua discrezionalità: che, qui, ha margini sicuramente ben più ampi.

Apparentemente, a queste vicende potrebbe essere accostata quella del c.d. silenzio-assenso: anche qui vi è una istanza di un interessato, anche qui vi è una inerzia dell'organo competente a provvedere esplicitamente. Ma l'analogia regge solo fino alla maturazione di questa: perché l'esito che ne consegue, è radicalmente opposto. Quando, infatti, l'inerzia stessa abbia un valore solo negativo, non viene ad aggiungere nulla alla situazione dell'istante: che, perciò, reagisce — lui, non altri —, contro la sua mancata modificazione nel favorevole senso che aveva chiesto. Nel silenzio-assenso, viceversa, una simile modificazione inter-

viene, anche se *ex lege*; e, quindi, è il controinteressato — non l'interessato —, che ricorre contro di essa, in quanto pregiudizievole del suo interesse. È l'antiteticità di questo risultato, che rende i moduli utilizzati per arrivare a dare tutela giurisdizionale all'interessato, inapplicabili per assicurarla viceversa al controinteressato. Più precisamente, la giurisdizione amministrativa, a questo punto, non può più mantenere l'aggancio non solo con l'esercizio dei poteri dell'amministrazione, che essa doveva esplicare; ma anche con qualsivoglia suo provvedimento: neppure con quello che si ipotizza che l'amministrazione medesima avrebbe dovuto adottare.

Qui gli effetti — della domanda del privato, e della protratta inerzia dell'amministrazione —, ci sono eccome: sono esattamente quelli che il legislatore ha disposto. Ed è con questi effetti che il giudice amministrativo si deve confrontare: direttamente e immediatamente, indipendentemente da quella loro certa analogia con gli effetti che avrebbe dovuto produrre il provvedimento omissivo.

Tale giudice, allora, per assicurare la tutela giurisdizionale del controinteressato nel caso del c.d. silenzio assenso, deve considerare che il legislatore, che ne ha disposto i conseguenti effetti, gli ha anche attribuito, almeno per implicito, anche il potere di eliminarli: appunto, in quanto tali; ossia, appunto, direttamente e immediatamente.

E questo ampliamento dei suoi poteri decisorî, ne presuppone uno correlativo della sua precedente « *cognitio* ». Evidentemente, nel caso del c.d. silenzio-assenso, non sarebbe assolutamente configurabile un sindacato giurisdizionale che abbia a oggetto la legittimità-illegittimità di un provvedimento: che non c'è. E, allora, esso deve vertere su un oggetto diverso: consistere nella verifica della reale sussistenza-insussistenza, in concreto, di quegli elementi oggettivi e di quei requisiti soggettivi che il legislatore ha preso a presupposto per la produzione degli effetti che è la sua disposizione a prevedere.

8. Arrivati a questo punto di queste riflessioni, ormai, a pro-

posito dell'art. 19, si può solo accennare quale sia la sua portata normativa; e, per di più, solo a grandi linee. Portata normativa, che pare acquistare maggior risalto, se viene disegnata per contrasto con quella dell'art. 20: perché appare nettamente diversa; almeno, nella sua formulazione originaria, come anche nella versione che gli ha dato il già citato art. 2, comma 10, della l. n. 537 del 1993.

Da un lato, l'art. 20, per le attività private cui si riferisce, ha conservato, nella sostanza, la loro sottoposizione ad un regime di tipo autorizzatorio. Ad un regime di tipo autorizzatorio di impianto classico: tali attività appartengono già alla autonomia del privato, che, però, non può intraprenderle, se prima non ne ha chiesto, e ottenuto, il consenso esplicito dell'amministrazione. Vincolato — ossia basato su meri accertamenti della sussistenza-insussistenza di presupposti o requisiti —, oppure discrezionale, in relazione alla valutazione di una molteplicità di interessi pubblici, che non importa qui precisare. Si vorrebbe solo osservare, incidentalmente, che tutte le autorizzazioni così definite come vincolate, rientrano almeno tendenzialmente nella formula con la quale l'art. 19 definisce il proprio ambito di applicazione; articolo il quale, perciò, lascerebbe sopravvivere solo quelle che presentino almeno margini di discrezionalità: è un dato che parrebbe mettere in crisi orientamenti di origine comunitaria, secondo i quali la distinzione in generale delle concessioni dalle autorizzazioni, andrebbe vista nel carattere discrezionale di quelle, in contrapposizione a quello vincolato di queste.

Comunque, qui basta notare che l'unica modificazione che l'art. 20 ha apportato ai tratti tradizionali del regime autorizzatorio, consiste solo nella surrogabilità di quel consenso esplicito, col c.d. silenzio-assenso nei termini sopra analizzati, quando l'amministrazione non abbia dato tempestiva risposta alla domanda del privato: con una innovazione evidentemente ispirata da una valutazione politica di prevalenza dell'esigenza di non bloccare l'iniziativa privata per quel tempo relativamente indeterminato, che l'amministrazione stessa si prenderebbe per provvedere esplicitamente, magari dopo un primo annullamento giurisdizionale di un suo silenzio-rifiuto e simili.

Per quel che riguarda l'art. 19, viceversa, mi era parso, almeno fino alla legislazione del 2005, che la modificazione della disciplina delle attività private cui si riferisce, fosse ben più radicale: che consistesse addirittura nella pura e semplice demolizione del classico regime di tipo autorizzatorio cui erano prima sottoposte; nel senso che il privato le potrebbe ormai intraprendere, senza alcun bisogno di chiedere, e tanto meno di ottenere, il previo consenso dell'amministrazione: con l'implicazione che qui non avrebbe avuto alcun significato, la previsione di una sua surrogabilità col c.d. silenzio-assenso. E qui l'innovazione sembrerebbe più ispirata da una valutazione politica di prevalenza dell'esigenza di non gravare l'amministrazione — con i conseguenti costi per il mantenimento dell'apparato e per la conseguente sua azione —, dell'onere di tanti previ controlli della sussistenza-insussistenza di presupposti e requisiti, sui vantaggi che le relative verifiche, per maggior garanzia del rispetto delle norme da applicare, siano effettuate preventivamente: verifiche che, oltretutto, avrebbero ad oggetto elementi il cui mero riscontro renderebbe vincolate in un senso o nell'altro, le autorizzazioni cui la norma si riferisce. Comunque, circa l'impostazione dell'analisi di questo articolo, qui si è adottata quella del suo confronto con l'art. 20; ma si deve osservare che una simile « liberalizzazione » delle attività private precedentemente subordinate ad autorizzazioni del genere, nella sostanza tenderebbe a parificarle a tutte quelle altre, infinite, che prima del 1990 e del 1993, erano già « libere » da esse, e, semmai, regolate solo normativamente; e potrebbe essere proficuo anche il confronto dell'attuale disciplina delle prime, con quella che già avevano queste.

La soppressione del regime autorizzatorio disposta dall'art. 19 per le attività cui si riferisce, sulle autonomie dei soggetti che sono coinvolti nella vicenda, comporta conseguenze tanto chiare che rilevanti.

Dal punto di vista di quella dell'amministrazione, si tratta di una perdita secca. Essa non ha più il potere autorizzatorio che precedentemente l'ordinamento le aveva attribuito: inteso come quello di prestare un previo consenso all'esercizio da parte del

privato di determinate attività, in difetto del quale non le potrebbe neppure iniziare ad esplicare. In compensazione, le vengono attribuiti, o rafforzati, o definiti in ogni caso con maggior rilievo, poteri di altri tipo; i quali, sinteticamente, si diranno ripristinatori, inibitori e sanzionatori.

Dal punto di vista di quella del privato, si tratta viceversa di un ampliamento, che è simmetrico, e altrettanto rilevante. Tradizionalmente, le attività sottoposte ad un regime autorizzatorio, erano viste come già astrattamente appartenenti alla sua autonomia. Ma la loro esplicazione in concreto, era condizionata all'ottenimento di un previo consenso dell'amministrazione — e non importa qui analizzare come questi due fattori di segno opposto possano coesistere. Ebbene, ora tali attività sono liberate anche da questo vincolo; e rimangono disciplinate solo dalle previsioni normative che le concernono.

È evidente che diventa cruciale, in questa ricostruzione, la precisazione della natura e del ruolo dell'unica incombenza che tutt'ora grava sul privato: la comunicazione all'amministrazione della denuncia di inizio di attività; in burocratese la c.d. d.i.a. Dal punto di vista prospettato, questa si presenta come un atto chiaramente non negoziale, senza alcun contenuto di domanda di provvedimento favorevole: in coerenza con l'idea che qui questo non deve intervenire, neppure mediante la metafora del silenzio-assenso. Si tratta, perciò, soltanto di un semplice avvertimento, che la legge gli impone di dare all'amministrazione stessa. Per motivi del tutto comprensibili: per facilitarle l'esercizio, a sua volta, di quei suoi poteri suddetti, ormai solo di tipo ripristinatorio, inibitorio e sanzionatorio. Per metterla sull'avviso, appunto; ma anche per aiutarla a selezionare i casi nei quali sarebbe più opportuno che operasse le sue verifiche: il progetto di attività contenuto nella d.i.a. medesima, dovrebbe poterle fornire gli elementi per filtrarli, anche a ragion veduta.

In realtà questa ricostruzione della d.i.a. non era coerente con la lettera di questo art. 19; neppure secondo il suo testo previgente, che, come tutti ricordiamo, recitava: « *In tutti i casi... l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio*

di attività da parte dell'interessato alla pubblica amministrazione competente... ». La formula poteva orientare l'interprete a dare a tale denuncia una rilevanza ben maggiore; sembrava suggerirgli addirittura una equivalenza di questa, con tale consenso. Però, non davo troppo peso alla discordanza. Che un atto del privato, per di più non negoziale, potesse essere equipollente ad un provvedimento, era al di là del mio orizzonte mentale — lo è tutt'ora, del resto —. Perciò, vedevo nella norma uno dei tanti esempi, non si sa quanto numerosi, di cattiva redazione di un testo legislativo. E non prestavo abbastanza attenzione agli studenti, che in troppi degli innumerevoli esami alla « *Sapienza* », sembravano confermare questa parificazione; e ciò, sia pure perché ripetevano pedissequamente la lettera della disposizione.

Errore gravissimo da parte mia. Quando molti studenti riferiscono di una norma dicendo coralmemente quelle che parrebbero essere inesattezze, è incauto tendere a spiegarle solo con la loro (supposta) ingenuità; sarebbe doveroso valutare anche un'alternativa, e sia pure per arrivare a scartarla: va considerato se non facciano affiorare punti di vista che talvolta sfuggono a chi guardi la norma stessa con gli occhiali della propria stagionata formazione, e, quindi, attraverso i propri preconcetti.

Sta di fatto, che è a loro che il legislatore sembrerebbe aver dato ragione. Infatti, l'art. 3 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, mutando la precedente formula che già mi pareva incredibile nel suo significato letterale, ne ha addirittura rafforzato questo senso. Essa, infatti, come tutti sappiamo, oggi recita « *Ogni atto di autorizzazione... comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale... è sostituito da una dichiarazione dell'interessato... ».* Ohibò: una dichiarazione, una semplice dichiarazione — che, direbbe monsieur de la Palisse, non può aver altro che un effetto dichiarativo —, per di più di un privato, verrebbe ad essere considerata dal legislatore equipollente ad un provvedimento amministrativo di tipo autorizzatorio? E la stessa domanda di questo provvedimento, equivale ad esso — quasi si fosse formato *ipso facto* il c.d. silenzio-assenso —? Confesso che ho riletto dieci

volte la norma, prima di azzardare ipotesi sul suo significato. Anzi: prima di tutto, sulla stessa causa della sua formulazione letterale. Un errore di stampa nel testo che avevo sott'occhio? O nella pagina della *Gazzetta Ufficiale*? O un errore di battitura nel testo, cartaceo elettronico che sia, che le era stato passato?

Confermo che la formula legislativa è quanto meno infelice. E se fosse stata più chiara e meno contorta, sarebbe risultata ben più vincolante per l'interprete, e più efficacemente produttiva dell'effetto politicamente voluto: quale che sia la sua definizione.

Tuttavia, con i miei occhiali formati da concetti tradizionali, tenderei comunque a ricondurre anche il nuovo testo dell'art. 19, alla ricostruzione che di esso prima ho delineato: nel senso che il privato che intenda esplicitare una delle attività cui si riferisce, non è più condizionato al previo ottenimento di un consenso preventivo da parte dell'amministrazione. Ammetto che l'interprete, per poter arrivare a questo risultato, dovrebbe passare attraverso una robusta forzatura della formulazione letterale della norma: dovrebbe leggere l'espressione « *Ogni atto di autorizzazione...* » del suo *incipit* come « *Ogni domanda di autorizzazione...* ». Con questa diversa locuzione, sarebbe perfettamente coerente, sempre nella prospettiva prima delineata, anche la successiva precisazione di che cosa sostituisce quella domanda stessa: « *... una dichiarazione dell'interessato...* »; del resto non troppo dissimile dalla formula pre-vigente: « *... una denuncia di inizio di attività...* ». Anzi: questa lettura del nuovo testo di questo art. 19, confermerebbe quanto sopra sostenuto, a proposito di quello che era parso subito l'essenziale della sua portata: la demolizione del precedente regime autorizzatorio.

Ma sappiamo bene che questo nuovo testo è suscettibile di ricostruzioni ben diverse: che valorizzerebbero in pieno l'equivalenza che esso suggerisce, della domanda del privato al provvedimento di autorizzazione. E sappiamo bene anche che la nuova versione non viene dal nulla. Nasce da una visione del ruolo dei privati, in questo caso istanti, in qualche misura come di coamministratori, o, quantomeno, come di soggetti che alla stessa stregua degli amministratori assumano le relative responsabilità: nella

prospettiva del principio di sussidiarietà orizzontale, qui molto sviluppato, e ricco di valori sottesi. Per questo, questo orientamento non merita critiche che possano essere solo frettolose: da parte di chi volesse opporgliele, naturalmente. Ma queste sono le sole che potrei svolgere qui: quando, ormai, devo assolutamente concludere. Perciò, mi limito a confermare che questa diversa prospettiva mi pare troppo problematica. E a dire: ad un'altra volta.