

ENRICO BONELLI

(Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Federico II di Napoli)

Prime riflessioni sulla nuova disciplina in tema di silenzio e d.i.a.*

1. A partire dall'entrata in vigore della l. n. 241/1990 il legislatore ha inteso conferire all'azione amministrativa caratteristiche tali da adeguarla alle istanze di modernità e di democraticità che provengono in modo sempre più pressante dalla società civile. Inevitabilmente, la produzione legislativa e il dibattito dottrinario si sono sempre più incentrati sia sulle soluzioni adottate per conferire maggiore incisività agli strumenti che la l. n. 241 ha introdotto per adeguare il procedimento amministrativo ai principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, sia sui correttivi di volta in volta apportati per eliminarne, in tutto o in parte, le distorsioni applicative. In precedenza (cfr., volendo, E. Bonelli, *Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: Regioni ed enti locali a confronto con la nuova legge sul procedimento* in questa stessa Rivista n. 13/16, 2005, 4 ss.), ho avuto modo di esaminare alcuni *leit-motiv* della detta legge di riforma del procedimento (n. 15/05). Per comodità del lettore conviene qui ricordare che essi sono riconducibili a quattro nuclei fondamentali:

- a) norme riguardanti i principi generali dell'azione amministrativa, i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, con conseguente utilizzabilità dell'una o dell'altra disciplina da parte della p.a.;
- b) disciplina del procedimento amministrativo e modalità della sua conclusione; disciplina del silenzio, della partecipazione e della conferenza dei servizi;
- c) norme concernenti i procedimenti di secondo grado (o in via di autotutela), nonché la regolamentazione della efficacia e della esecuzione del provvedimento, con particolare riguardo alla sua invalidità;
- d) norme disciplinanti il diritto di accesso che, per la prima volta, viene configurato come posizione soggettiva perfetta.

Sebbene si sia realizzato un intervento ad ampio raggio, molti nodi (come osservato da più parti) sono rimasti irrisolti, tra cui quelli concernenti la disciplina degli effetti del silenzio della p.a. e della denuncia di inizio attività, con le conseguenti ricadute sul piano della tutela in sede giurisdizionale degli interessi coinvolti.

2. Che la materia sia particolarmente "mobile" ed in continua evoluzione è confermato dal fatto che, qualche mese dopo l'entrata in vigore della l. n. 15/2005, il legislatore ha avvertito l'insufficienza di alcune soluzioni adottate, apportando ulteriori modificazioni ed integrazioni alla l. n. 241/1990, utilizzando addirittura lo strumento del decreto legge (cfr. d.l. n. 35/2005, convertito, con modifiche, nella l. n. 80/2005), sia in relazione all'istituto della "denuncia" di inizio attività (cfr. art. 3, d.l. cit.), che cambia denominazione e disciplina (divenendo "dichiarazione"), sia in relazione alla conclusione del procedimento (cfr. art. 2, d.l. cit.), per cui sono previsti precisi termini, con conseguente possibilità di impugnativa del silenzio *diniago* e di ottenere, in sede giurisdizionale, l'accertamento della fondatezza dell'istanza, sia, infine, in ordine all'istituto del silenzio assenso (cfr. art. 20, d.l. cit.) da ritenersi ormai la conclusione "normale" nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, fatte salve le eccezioni indicate.

3. La disciplina del silenzio è stata interessata da modifiche di grande rilievo, in quanto, a seguito della introduzione di precisi termini per la conclusione del procedimento (cfr. art. 2 d.l. n. 35/2005), il comportamento omissivo dell'amministrazione viene ad essere configurato come silenzio *diniago*, ovvero, *significativo* nel senso del non accoglimento dell'istanza del privato. Come logico *pendant* l'istituto del silenzio assenso (cfr. art. 20 d.l. cit.), viene ad essere ulteriormente valorizzato, tanto da divenire ormai il modo "normale" di conclusione dei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi ampliati della sfera giuridica dei privati, salve le eccezioni indicate dalla

norma. Di non poco momento sono i riflessi della nuova disciplina sul piano della tutela giurisdizionale in virtù dell'integrazione apportata alla norma, secondo cui "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza" del privato (art. 2, co. 5, l. n. 241/1990): vengono così fugati tutti i dubbi discendenti da quell'orientamento ermeneutico che, sulla base della precedente formulazione, restringeva il giudizio sul silenzio al mero accertamento della violazione dell'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento mediante un provvedimento espresso. Giova qui precisare che il potere così riconosciuto al giudice amministrativo non appare connotato da discrezionalità alcuna: il suo esercizio è strettamente condizionato dalle risultanze processuali, che, sole, consentono di verificare se le istanze e le allegazioni del ricorrente e le complessive acquisizioni processuali siano idonee a comprovare la fondatezza dell'istanza in ordine alla quale la p.a. abbia tenuto un comportamento omissivo. La qual cosa porterebbe anche a ritenere che, nel caso in cui il giudice amministrativo adito (ossia il competente T.A.R.) ometta immotivatamente di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, pure in presenza di tutte le condizioni dell'azione, la relativa decisione potrebbe essere annullata per omissione di pronuncia dal giudice di appello (ossia dal Consiglio di Stato) con rinvio al primo giudice, per violazione dell'art. 112 c.p.c.

4. Del pari, non vanno trascurate le novità che il legislatore ha introdotto (cfr. art. 3 d.l. cit.) in relazione all'istituto della "denuncia" inizio attività, che diviene, non a caso, "dichiarazione" nella previsione dell'art. 3, co. 1 del d.l. n. 35/2005, che riscrive - per la terza volta - l'art. 19 della l. n. 241/1990. La nuova formulazione, introdotta dalla riforma del 2005, ricalca quella della l. n. 537/1993, ma amplia le ipotesi di attività liberalizzate e, nel contempo, aumenta le esclusioni e modifica la procedura di applicazione. In particolare, aumentano i casi in cui è consentito esercitare un'attività senza richiedere provvedimenti di natura abilitativa o, limitatamente all'attività imprenditoriale, l'iscrizione in albi o ruoli.

Sotto il profilo procedimentale, il nuovo art. 19, contiene la previsione di una doppia comunicazione che l'interessato deve indirizzare alla p.a., così introducendo un vero e proprio aggravamento procedimentale rispetto al sistema precedente. Secondo il nuovo schema il cittadino (o l'impresa) deve dichiarare l'intenzione di iniziare l'attività, attendere trenta gg. e, in ipotesi di inerzia dell'amministrazione, informarla dell'inizio effettivo. Tuttavia, il privato può avviare l'attività, dopo i trenta gg. dalla dichiarazione, a suo esclusivo rischio, in quanto l'amministrazione serba integro il proprio potere di verifica e controllo per i trenta gg. successivi. Nel caso di provvedimento di interdizione o in ipotesi di ordine di conformarsi alla legge da parte dell'amministrazione, il privato ha la possibilità di scegliere tra l'abbandono dell'esercizio dell'attività e il conformarsi alle disposizioni di legge entro il termine assegnato, che non può essere inferiore a trenta gg.

Di particolare interesse, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, è la norma di chiusura della nuova disciplina, secondo cui le controversie aventi ad oggetto l'applicazione dell'istituto sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. A quest'ultimo, quindi, è attribuita la cognizione delle questioni involgenti posizioni sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo, indipendentemente dalla formale impugnazione di un provvedimento amministrativo, con possibili ricadute anche nella sfera giuridica dei terzi, i quali altrimenti non potrebbero ricevere adeguata tutela, in carenza di impugnazione di un formale provvedimento. Di tale disposizione, del resto, ha fatto già applicazione la giurisprudenza amministrativa, osservando in particolare (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 1° settembre 2005, n. 494) che la nuova formulazione dell'art. 19 qualifica la d.i.a. come "un atto e/o titolo abilitativo tacito" all'esecuzione dell'attività edificatoria; con la conseguenza che qualora la p.a. non eserciti i propri poteri di autotutela sulla d.i.a., ancorché si tratti di un mero comportamento, colui che ne risulti leso può rivolgersi al giudice amministrativo, affinché adotti le misure inibitorie delle opere edilizie non consentite, ovvero rilevi l'obbligo della p.a. di esercitare il potere di rimozione delle opere realizzate senza idoneo titolo.

5. Tracciati per grandi linee gli aspetti sostanziali e processuali dell'ultima riforma, appare utile affrontare qui un tema di particolare interesse per i lettori di questa rivista e cioè l'operatività o meno delle nuove disposizioni in tema di silenzio e di d.i.a. nei confronti di Regioni ed enti locali. Ad avviso di chi scrive la questione è facilmente risolvibile in base alle stesse regole che disciplinano l'ambito di applicazione, in generale, di tutta la nuova l. n. 241 e quindi sulla base della previsione dell'art. 29 s.l., come modificato dall'art. 19 della l. n. 15/2005 e dall'art. 22 della l. n. 15 cit. (su cui possono vedersi, volendo, le considerazioni da me svolte in "Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: Regioni ed enti locali a confronto con la nuova legge sul procedimento" in questa stessa Rivista, cit.). In estrema sintesi, l'obbligatorietà delle norme implicanti aspetti concernenti la giustizia amministrativa finisce per presupporre inevitabilmente l'obbligatorietà dell'istituto cui la norma processuale si riferisce; inoltre, le disposizioni che disciplinano silenzio e d.i.a., come le altre della riformata l. n. 241 sul

procedimento, si applicano alle Regioni se ed in quanto queste siano sprovviste di una propria normativa e finchè non regolino la materia, in base allo schema previsto dall'art. 22 della l. n. 15/2005 ed in applicazione del principio di "cedevolezza". Agli enti locali, invece, esse si applicano solo fino a quando Comuni e Province non emanino propri regolamenti o non aggiornino quelli in vigore, nel rispetto ineludibile del sistema di garanzia dei cittadini, così come definito dalle linee guida vincolanti contenute nella nuova l. n. 241/1990.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

1) BONELLI E., *Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: Regioni ed enti locali a confronto con la nuova legge sul procedimento*, in questa Rivista, n. 13-16, 2005, 4 ss. e in www.giustamm.it, n. 6, 2005.

2) BUSICO L., *Silenzio-rifiuto e legge n. 15/2005*, in www.lexitalia.it, n. 4, 2005.

3) CELOTTO A., *Il nuovo art. 29 della l. n. 241 del 1990: norma, utile, inutile o pericolosa?*, Relazione svolta al Convegno "Amministrazione, cittadino e diritto privato nella legge 11 febbraio 2005 n. 15 di riforma della l. 241/90" - Università degli studi di Cassino, Facoltà di Giurisprudenza, 1° giugno 2005.

4) DI NITTO T., *Il termine, il responsabile, la partecipazione, la d.i.a. e l'ambito di applicazione della legge*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 498 ss.

5) LUMETTI M.V., *Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della l. n. 80/05*, in www.giustamm.it, n. 10, 2005.

6) ID., *Le modifiche apportate alla l. n. 241/90 dalle l. n. 15/2005 e n. 80/2005*, in www.giustamm.it, n. 10, 2005.

7) OLIVERI L., *Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge n. 241/1990*, in www.lexitalia.it, n. 6, 2005.

8) SATTA F., *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it, n. 4, 2005.

* Il presente lavoro costituisce anticipazione dell'articolo pubblicato nella Rivista "l'Informatore delle autonomie locali" n. 19/20 ottobre 2005.

