

Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della legge 80/05

di Maria Vittoria Lumetti

SOMMARIO: 1. Il silenzio e la conclusione del procedimento. L'art. 2, sostituito dall'art. 3, comma 6 bis della legge 80/2005. – 2. La legge 80/05 prevede la possibilità da parte del G.A. di conoscere la fondatezza dell'istanza. – 3. Il rito speciale del silenzio introdotto dalla legge 205/2005 e modificato dalla legge 80/2005. – 4. L'oggetto del giudizio amministrativo del rito del silenzio e gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali. – 5. La riforma dell'art. 18 l'art. 3, comma 6 novies aggiunge il comma 2 bis – 6. L'art. 19 è sostituito dall'art. 3, comma 1 legge 80/2005. La denuncia di inizio attività. La natura giuridica della d.i.a. e la riformulazione dell'art. 19. – 7. L'art. 20 legge 241/2005 è sostituito dall'art. 3, comma 6 ter della legge 80/2005. – 8. L'art. 21 è riformato dall'art. 3, 6 novies della legge 80/2005 – 9. In materia di accesso viene introdotta la giurisdizione esclusiva del G.A. L'art. 3, comma 6 decies aggiunge il comma 5 all'art. 25.

1. Il silenzio e la conclusione del procedimento. L'art. 2, sostituito dall'art. 3, comma 6 bis della legge 80/2005.

La legge n. 80/2005 ha portato a novanta i giorni a disposizione dell'amministrazione per concludere il procedimento. In effetti trenta giorni apparivano eccessivamente esigui per far fronte all'enorme carico di lavoro delle amministrazioni.

Prevede, anche, la possibilità per il giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza proposta da parte del giudice amministrativo.

2. La legge 80/05 prevede la possibilità da parte del G.A. di conoscere la fondatezza dell'istanza

La legge n. 80 del 2005 ha innovato l'art. 2 della legge 241/1990, che non era stato sul punto toccato dalla legge n. 15.

L'art. 6 bis della legge ha inserito un inciso al comma 5 dell'art. 2: «Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza».

In questo modo viene riconosciuta la possibilità per il giudice amministrativo di sindacare anche il merito dell'istanza e di pronunciarsi sulla richiesta attorea, senza limitarsi a dichiarare l'obbligo per la P.A. di pronunciarsi *tout court*.

La legge, tuttavia, non recepisce l'orientamento che si era formato in giurisprudenza a seguito dell'ad. plen. del Consiglio di Stato, 9 gennaio 2001, n. 1.

L'ad. plen., infatti, facendo chiarezza in merito al dibattito dottrinario che si era sviluppato a seguito dell'introduzione del rito speciale del silenzio da parte della legge 205/2000, aveva limitato i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della P.A.

In caso di ricorso avverso il silenzio, la cognizione del giudice era limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e non si estendeva all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato (sentenza di mero accertamento).

Prima della legge 80/2005 il compito del giudice era esclusivamente quello di accertare se il silenzio della P.A. fosse o non fosse illegittimo e, in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare alla P.A. di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario *ad acta*.

Il giudice, pertanto, non si sostituiva alla P.A. in nessuna fase del giudizio, ma accertava l'illegittimità o meno del silenzio.

Ora, invece, ha il potere discrezionale di pronunciarsi anche nel merito della questione.

3. Il rito speciale del silenzio introdotto dalla legge 205/2005 e modificato dalla legge 80/2005.

L'introduzione, con la legge. 205/2005, nel contesto della riforma del processo amministrativo, di una regola processuale speciale (che si accosta ad altre forme di riti speciali) per i ricorsi avverso il silenzio della P.A., ha sortito l'effetto di rilanciare il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla questione della tutelabilità delle situazioni giuridiche soggettive dei privati nell'ipotesi di mancata adozione del provvedimento amministrativo.

Il rito è incentrato sulla emanazione in tempi brevi di una sentenza del giudice amministrativo che ordina alla P.A. di provvedere e su una successiva, eventuale, seconda fase, costituita da un giudizio di ottemperanza speciale o anomala, che si apre con l'insediamento di un commissario in sostituzione dell'amministrazione rimasta inadempiente all'ordine del giudice.

La legge 205/2000 persegue, com'è noto, principalmente tre obiettivi: l'acceleramento dei processi⁽¹⁾, la semplificazione e deflazione dei procedimenti, il recepimento a livello legislativo dei principi elaborati dalla giurisprudenza.

Alla base della riforma del processo amministrativo, infatti, vi è l'insopprimibile necessità di rendere effettivo il collegamento tra diritto sostanziale e processo, tra situazione giuridica di tipo pretensivo e la tutela giurisdizionale di annullamento, al fine di realizzare la completa attuazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Per la prima volta il legislatore ha introdotto un giudizio sul silenzio: un modello simile esisteva solo nei trattati Ceca e Cee.

La legge 205, come detto, introduce una regola processuale speciale: i ricorsi avverso il silenzio inadempimento, potranno decidersi direttamente in camera di consiglio, e non a seguito di pubblica udienza, analogamente a quanto avviene per la domanda cautelare.

(1) Interessante è notare che anche Giustiniano ordinò ai giudici di decidere una causa entro 3 anni (*ne lites fiant immortales*).

Il problema relativo al tipo di azione esperibile al fine di superare il silenzio dell'Amministrazione, di cui si è discusso in dottrina (2), pare oggi risolto *per tabulas* dall'art. 21 *bis*.

Tale soluzione, peraltro, riduce anche le distanze tra processo amministrativo e processo civile, in quanto ora il processo amministrativo è concepito anche come giudizio sul rapporto e non sull'atto.

L'art. 21 *bis* della legge T.A.R. così come riformato dalla legge 205 del 2000, ha introdotto, dunque, un sensibile mutamento.

La forma della decisione consiste in una sentenza motivata succintamente, come previsto dall'art. 9 della stessa legge 205/2000.

I termini sono estremamente concentrati, sia per il primo che per il secondo grado.

Ma la vera novità risiede nell'art. 21, comma 2: accolto in tutto o in parte il ricorso di primo grado il G.A., se persiste l'inerzia dell'Amministrazione ordina, con la stessa pronuncia conclusiva, di provvedere e, in caso di ulteriore inerzia, nomina un commissario *ad acta*.

L'intuizione della stigmatizzazione del collegamento logico tra accertamento e condanna – strumenti coercitivi e sostitutivi, concretizza un accertamento con funzione prodromica alla fase dell'esecuzione, che si conclude con una sentenza, come tale idonea al giudicato.

Attraverso la disposizione dell'art. 21 *bis*, fa ingresso nel processo amministrativo a favore del privato l'azione di condanna intentata nei confronti della P.A., al fine di ottenere un provvedimento.

La possibilità di condannare la P.A. ad un *facere* specifico è una assoluta novità nel nostro ordinamento (che può riecheggiare gli interventi pretorili in materia di salute degli anni settanta).

C'è un insieme di istituti già preesistenti: ciò si evince soprattutto nella seconda fase.

D'altronde, si era proprio auspicato un intervento del legislatore volto a «eliminare l'inconveniente di dover proporre due ricorsi (uno per accertare l'inerzia, l'altro per l'ottemperanza all'obbligo di provvedere) e quindi abbreviare considerevolmente i tempi necessari per ottenere giustizia» (3).

La seconda fase, infatti, è strutturata come un giudizio di ottemperanza speciale o anomalo, con la possibilità di nominare un commissario *ad acta*.

La legge delega prevede che il processo civile possa essere il modello di riferimento.

(2) G. VACIRCA, *Note sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1989, 440.

(3) G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440, ove tuttavia si segnala il rischio che «una disciplina legislativa dei rimedi contro il silenzio-rifiuto irrigidisca l'istituto, privando il giudice di ogni margine di discrezionalità, il che potrebbe aggravare anziché risolvere certi problemi dell'attività amministrativa».

Nell'art. 21 *bis* il silenzio rileva, dunque, come fatto avente valore di presupposto processuale che, di conseguenza, consente di adire il giudice amministrativo (4).

Il giudizio, dunque, è distribuito in due fasi: la prima fase di cognizione e la seconda di ottemperanza (il commissario *ad acta* deve verificare se l'Amministrazione ha adempiuto).

Si profila un rito camerale a cognizione sommaria, che potrebbe essere considerato a cognizione piena, visto che è prevista l'emanazione di una sentenza.

È un micro giudizio, un segmento di tutela tipico della giurisdizione esclusiva, un innesto tra procedimento e processo, in cui l'esigenza di tempi accelerati si coniuga con l'emanazione di una sentenza da adottare in camera di consiglio.

Con la 205 il legislatore è stato pragmatico: è possibile individuare la *causa petendi* dell'azione nella valutazione contenutistica e sostanziale del provvedimento, al fine di orientare la condotta successiva, anche per il commissario *ad acta*, e il *petitum* nell'ordine nei confronti della P.A. di adottare un determinato provvedimento, indipendentemente dal suo contenuto.

Il rito del silenzio si chiude con una sentenza che contiene, tuttavia, l'accertamento della violazione ed, in più, i germi dell'esecuzione: vi è, infatti, stigmatizzato un collegamento logico tra accertamento e condanna e strumenti coercitivi e sostitutivi, ove risulta agevole cogliere la sequenza corretta di tale intuizione (5).

Si tratta di un rito variabile il cui contenuto, sotto il profilo degli snodi, non è rigidamente precostituito, ma è flessibile, per essere adattato al caso concreto, in aderenza a quanto auspicato in dottrina (6).

Il rito camerale, in un contesto fortemente tipizzato come quello del silenzio, è il più idoneo a tutelare il privato, in quanto garantisce sia il principio della effettività sia quello della efficienza.

Attraverso la disposizione dell'art. 21 *bis* fa ingresso, dunque, nel processo amministrativo, a favore del privato, l'azione di condanna intentata nei confronti della P.A., al fine di ottenere un provvedimento.

(4) Gli artt. 33, 34, 35 del d.lgs 80/1998 registrano, infatti, una evoluzione ed un superamento della struttura del processo amministrativo come processo da ricorso, con la conseguente nascita di un processo intermedio tra il processo amministrativo classico e il processo civile. Eloquente si configura, inoltre, la modifica del comma 2 dell'art. 111, Cost. che ha sancito l'introduzione a livello costituzionale del principio del giusto processo, con evidenti risvolti anche sul processo amministrativo.

È da notare che nella originaria impostazione del processo amministrativo la sentenza costitutiva rappresentava l'unico sbocco possibile, e cioè a causa della primigenia costruzione di tale processo sulla falsariga del modello del controllo sull'atto.

(5) L'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art. 25, comma 4 e 5 legge 241/1990 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 legge 205. La norma, infatti, è calibrata sul tipo di condotta tenuta in concreto dall'Amministrazione e non sul tipo di posizione giuridica fatta valere dal privato (diritto soggettivo o interesse pretensivo) o *utilitas* che lo stesso vuole trarre.

(6) G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440.

La riforma del rito del silenzio é in linea con le recenti direttive legislative: negoziabilità, compartecipazione del potere, effettività della tutela giurisdizionale.

A tal fine si evidenzia la specialità del diritto amministrativo, inteso alla maniera kelseniana: non come estraneità all'ordinamento giuridico, ma come riconducibilità a regole in parte diverse da quelle del diritto privato proprio in ragione della sua specialità.

È opportuno precisare che l'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art. 25, co 4 e 5 legge 241/1990 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 della legge 205.

La norma è calibrata sul tipo di condotta tenuta in concreto dall'Amministrazione, e non sul tipo di posizione giuridica fatta valere dal privato (diritto soggettivo o interesse pretensivo) o *utilitas* che lo stesso vuole trarre.

Si rinvencono differenze tra la figura del commissario *ad acta* nel giudizio sul silenzio e in quello di ottemperanza, scaturenti dalla diversa struttura dei due tipi di giudizi.

Nel giudizio sul silenzio la nomina è imposta dalla legge, nel giudizio di ottemperanza, invece, è discrezionale.

La circostanza che per l'esecuzione del *decisum* la nomina del commissario *ad acta* rappresenti un atto dovuto piuttosto che una facoltà del giudice, è indice del fatto che le valutazioni discrezionali debbano essere effettuate non dal giudice, ma proprio dal commissario *ad acta*, in quanto organo che salvaguarda un qualche «diaframma» fra potere giurisdizionale e potere amministrativo (7).

4. *L'oggetto del giudizio amministrativo del rito del silenzio e gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*

Nell'ambito del paradigma impugnatorio-caducatorio della giurisdizione generale di legittimità le ricostruzioni dottrinarie sono principalmente due.

Per un primo orientamento il processo amministrativo è un processo sull'atto, per il secondo l'oggetto del processo è costituito dal rapporto amministrativo

Per quest'ultimo orientamento il giudizio amministrativo sarebbe incapace di tutelare le situazioni giuridiche lese dall'assenza di un provvedimento amministrativo, proprio come nell'ipotesi del silenzio inadempimento.

(7) Anche nell'ipotesi del giudizio di ottemperanza, tuttavia, si é registrata una inversione di tendenza rispetto al passato: l'utilizzo dello strumento del commissario *ad acta* è rimesso ad una valutazione di opportunità da parte del giudice (Cass. sez. un., 28 giugno 1991, n. 7226, in *Giust. civ.*, 1992, I, 759). Cfr. inoltre, sul delicato rapporto tra poteri del giudice e rispetto della discrezionalità dell'Amministrazione, G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440: «...specie quando la discrezionalità sia molto ampia, come nel caso di poteri pianificatori il cui esercizio sia obbligatorio, non sono agevolmente individuabili i presupposti rilevanti ai fini delle valutazioni dell'amministrazione e costituirebbe, comunque, un grave inconveniente coprire con l'autorità di giudicato accertamenti complessi, destinati ad essere utilizzati in provvedimenti suscettibili di coinvolgere interessi di numerosi soggetti, estranei al giudizio».

È proprio in tal caso che il giudizio cassatorio manifesterebbe la propria inadeguatezza, a causa del suo carattere meramente rescindente.

Ne esce dunque rafforzata, in base a questa teoria, l'idea della coincidenza tra posizione giuridica soggettiva oggetto dell'istanza del privato rivolta al giudice amministrativo e oggetto del giudizio amministrativo.

Verrebbe, dunque, esaltata la contiguità tra norme sostanziali attributive di posizioni giuridiche e norme processuali garanti di tali posizioni, in ossequio ad una sorta di immanenza dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo.

In dottrina si è discusso sul fatto se il giudizio di cui all'art. 21 *bis* abbia ad oggetto un mero obbligo di provvedere o anche la valutazione della fondatezza della domanda e del dovere di provvedere favorevolmente.

Per parte della dottrina l'accoglimento di una tesi riduttiva del contenuto della sentenza di condanna emanabile dal G.A., consistente nel mero riscontro della scadenza del termine nel quale si doveva emanare un qualunque provvedimento, risulterebbe in contrasto con profili costituzionali, testuali, di ricostruzione generale del sistema, oltre che risultare fortemente anacronistica.

Un terzo orientamento ha ritenuto di individuare la tipologia della pronuncia in base al carattere vincolato o discrezionale dell'attività amministrativa.

Nella ipotesi di silenzio inadempimento serbato dall'amministrazione avverso una istanza del privato volta ad ottenere un provvedimento vincolato, tale tesi ritiene che sia possibile che il giudice si pronunci anche sul merito della richiesta.

Si osserva che la stessa legge n. 205 del 2000 ha previsto all'art. 7, in sede di giurisdizione generale del giudice amministrativo, la possibilità di condannare al risarcimento anche in forma specifica, del danno da lesione di interesse legittimo (8).

La legge, tuttavia, non recepisce l'orientamento che si era formato in giurisprudenza a seguito dell'ad. plen. del Consiglio di Stato, 9 gennaio 2001, n. 1.

L'ad. plen., infatti, facendo chiarezza in merito al dibattito dottrinario che si era sviluppato a seguito dell'introduzione del rito speciale del silenzio da parte della 205/2000, aveva limitato i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della P.A.

In caso di ricorso avverso il silenzio, la cognizione del giudice era limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e non si estendeva all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato (sentenza di mero accertamento).

(8) «Il processo amministrativo è imperniato sul principio della domanda, in virtù del quale il giudice non può di propria iniziativa procedere – *ne procedeat iudex ex officio*, né può esorbitare dai limiti della domanda di parte – *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*». «Troppe tracce a livello costituzionale fanno presumere che sia immanente nel nostro ordinamento il limite della cognizione dell'autorità giurisdizionale alla sola sfera di legittimità». L'art. 95 della Costituzione esprime il principio dell'unità dell'indirizzo politico, che verrebbe meno in caso di ingerenze da parte del giudice – G. VACIRCA, *op. cit.*

Prima della legge 80/2005 il compito del giudice era esclusivamente quello di accertare se il silenzio della P.A. fosse o no illegittimo e in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare alla P.A. di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario *ad acta*.

Il giudice, pertanto, non si sostituiva alla P.A. in nessuna fase del giudizio, ma accertava l'illegittimità o meno del silenzio.

Ora, invece, ha il potere discrezionale di pronunciarsi anche nel merito della questione.

In ogni caso, a seguito dell'ampliamento del campo di applicazione degli artt. 19 e 20, determinato anche dalla legge n. 80/2005, sono ormai eccezionali i casi in cui l'inerzia della P.A. continua a non avere valore provvedimentale.

5. La riforma dell'art. 18. L'art. 3, comma 6 novies aggiunge il comma 2 bis ()*

Al comma 2 dell'art. 18 è aggiunto il comma 2 *bis* dall'art. 3, comma 6 *novies*.

Nella sostanza, conferma la possibilità per l'amministrazione, di acquisire d'ufficio i documenti in suo possesso riguardanti atti, fatti, qualità e fatti soggettivi necessari per l'istruttoria del procedimento.

La possibilità si estende anche nel caso in cui i documenti siano detenuti da altre amministrazioni.

Rilevante è l'inciso finale che permette comunque alla P.A. di richiedere all'interessato gli elementi necessari per la ricerca dei documenti, pur limitando la richiesta solo ed esclusivamente ai suddetti elementi di ricerca.

Il tutto in una ottica di collaborazione procedimentale tra P.A. e privato che non prevede obblighi solo in capo all'Amministrazione ma anche all'istante.

6. L'art. 19 è sostituito dall'art. 3, comma 1 legge 80/2005. La denuncia di inizio attività. La natura giuridica della d.i.a. e la riformulazione dell'art. 19.

L'art. 3, comma 1 della legge 80/2005 riformula interamente l'art. 19, che non era invece stato modificato dalla legge 15, liberalizzando tutte le attività private prima sottoposte a provvedimenti autorizzativi il cui rilascio dipendeva esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge. Dopo l'introduzione della d.i.a. da parte della 241 e gli approfondimenti introdotti dalla legge 537/1993, si erano formati due orientamenti in dottrina e giurisprudenza. Per un primo orientamento la procedura che trae inizio dalla presentazione della d.i.a., informata alla semplificazione e alla celerità, è inidonea ad avviare una sequenza procedimentale assoggettata alla disciplina della legge n. 241/1990. Ne consegue che non sussiste l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento agli eventuali controinteressati. Per un secondo orientamento, poi confermato dal C.D.S. (Consiglio di Stato, Sez. VI, con decisione n. 6910/2004), successivamente all'entrata in vigore del

(*) Oltre all'art. 2, la legge n. 80 riforma gli artt. 18, 19, 20, 21, comma 5, 25.

testo unico dell'edilizia, la d.i.a. viene qualificata come istanza autorizzatoria che, per effetto del decorso del tempo, provoca la formazione di un provvedimento tacito di accoglimento. La legge 80 accoglie la tesi provvedimentale in quanto sancisce che «resta salvo il potere dell'amministrazione di assumere determinazione in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*». Le attività indicate nella norma possono essere iniziate decorsi trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione all'autorità competente. Il vaglio dell'amministrazione da preventivo diviene successivo: fino a trenta giorni dall'inizio dell'attività è sufficiente accertare la carenza dei presupposti per inibirne la continuazione. Decorso tale termine il provvedimento repressivo potrà essere assunto solo nell'esercizio del potere di autotutela di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* legge 241. È pertanto necessario verificare l'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto e tenendo conto dell'affidamento che l'inerzia della P.A. ha ingenerato nel privato che nel frattempo ha iniziato l'attività. Il comma 5 della norma stabilisce che ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1,2,3, è devoluta alla giurisdizione esclusiva della giudice amministrativo.

7. L'art. 20 legge 241/2005 è sostituito dall'art. 3, comma 6 ter della legge 80/2005

Anche l'art. 20 è stato interamente riformulato dalla legge 89/2005.

Com'è noto l'art. 20 della legge 241/1990 ha generalizzato il silenzio assenso e disciplinato in senso ampliativo un istituto già conosciuto dall'ordinamento giuridico.

La norma regola le ipotesi nelle quali la richiesta di un determinato provvedimento autorizzatorio si considera accolta qualora entro un dato termine la P.A. non comunichi all'interessato il provvedimento di diniego.

Oggetto dell'istituto del silenzio assenso sono le attività private ancora sottoposte al vaglio preventivo dell'amministrazione.

La generalizzazione è stata ora estesa a tutti i procedimenti ad istanza di parte con la sola eccezione dei provvedimenti rilasciati da amministrazioni preposte alla cura di interessi qualificati (difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente) e dei casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti formali.

Secondo il tenore della vecchia norma di cui all'art. 20 (non toccata dalla legge 15 ma riformata dopo due mesi dalla legge 80) il silenzio assenso non è un atto, ma un titolo autonomo capace di produrre effetti equipollenti a quelli derivanti dal provvedimento amministrativo.

Com'è noto, il silenzio è un mero fatto giuridico: consiste nell'omissione di qualsiasi manifestazione di volontà ed esso come tale non può assumere alcun significato, né positivo né negativo.

Non deve confondersi con la manifestazione di volontà: il silenzio si forma quando manca assolutamente una espressione della volontà della P.A.

Affinché il silenzio possa assumere un determinato significato, tramutandosi in una manifestazione della volontà della P.A.: occorre che la legge

attribuisca ad esso un valore positivo o negativo (silenzio tipizzato), ovvero che si verifichi in circostanze tali da conferirgli il significato di un atto concludente.

Il silenzio assenso ha trovato ampia applicazione in materia urbanistica ed edilizia

La fattispecie del silenzio assenso è stata introdotta con l'art. 8 d.l. 25 gennaio 1982 n. 9, convertito nella legge 25 marzo 1982 n. 94, in materia di concessioni edilizie, in merito a interventi ben definiti (cd. legge Nicolazzi art. 31).

Tale norma aveva carattere eccezionale e come tale non era suscettibile di applicazione analogica.

Secondo la pregressa normativa, l'annullamento di un silenzio assenso non determinava l'eliminazione di un atto, bensì solo degli effetti giuridici prodotti per l'inerzia della P.A.

Ora, invece, l'art. 6 *ter* della legge 80/2005 ha mutato i termini della questione ed espressamente ha sancito che: il silenzio della P.A. equivale a provvedimento di accoglimento della domanda. Ciò anche ai fini dell'applicabilità delle nuove norme sull'autotutela di cui al capo IV *bis* della legge 15/2005.

8. *L'art. 21 è riformato dall'art. 3, 6 novies della legge 80/2005.*

All'art. 21 è aggiunto il seguente comma: «Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di P.A. previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20».

La norma conferma che i poteri di vigilanza e di controllo si estendono anche ai casi di cui agli artt. 19 e 20 .

9. *In materia di accesso viene introdotta la giurisdizione esclusiva del G.A. L'art. 3, comma 6 decies aggiunge il comma 5 all'art. 25.*

La nuova norma attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'intera materia dell'accesso, con ciò dirimendo le varie diatribe circa la natura giuridica dell'accesso ed il riparto di competenza.

Com'è noto, si sono formate due contrapposte teorie circa la natura giuridica dell'accesso: la prima ne sosteneva la natura di diritto soggettivo (all'informazione), la seconda di interesse legittimo.

Quest'ultima argomentava proprio dal fatto che mancava una previsione espressa legislativa attributiva di competenza esclusiva al T.A.R. (9)

(9) V.POLI, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa* a cura di F. Caringella e R. Garofoli, tomo II, 1132. T.A.R. Toscana, I, 2 febbraio 2004, n. 266: «È improcedibile per difetto di interesse ad agire la richiesta di accesso agli atti se non risulta impugnato il rinnovo del diniego di accesso ed è inammissibile se non viene notificato ai controinteressati», con commento di M.V. LUMETTI, *Accesso, riservatezza e tutela dei controinteressati*, in *www.arsg.it*. e in *Rass. Adv. Stato*, 2004.

Le modifiche della legge 15/2005 sembrano avere un contenuto più restrittivo rispetto all'originario testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990: l'art. 22, comma 1, l. *b* qualifica soggetti interessati all'accesso «tutti i soggetti privati che abbiano un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (10).

L'introduzione della regola della giurisdizione esclusiva del G.A. comporta una maggiore incisività del sindacato giurisdizionale, soprattutto dopo il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (11) e la legge

(10) «In ogni caso, era apparso chiaro fin dai primi anni di applicazione della legge sul procedimento amministrativo che il legislatore del 1990 non aveva inteso introdurre, in materia di accesso, un nuovo tipo di azione popolare, dal momento che il riconoscimento, nel testo originario dell'art. 22 della legge n. 241, del diritto di accedere ai documenti amministrativi «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», pur nella sua sintetica linearità, conteneva già le attribuzioni che necessariamente dovevano sorreggere l'interesse di colui che intendeva richiedere ad una pubblica amministrazione l'ostensione di documenti amministrativi... L'ammissibilità della richiesta di accesso del privato, infatti, era ed è tuttora condizionata alla dimostrazione, da parte di quest'ultimo, di essere titolare di una posizione giuridicamente rilevante e differenziata a conoscere il contenuto di determinati atti e, quindi, di non vantare, rispetto alla richiesta ostensione degli stessi, un mero interesse di fatto», U. GIOVANNINI, *La rimodulazione normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 11 febbraio 2005 n. 15: la ridefinizione dei limiti e le nuove garanzie in caso di diniego di ostensione degli atti*, in questa *Rassegna*, prossima pubblicazione.

(11) In dichiarato ossequio allo spirito comunitario la c.d. Bassanini (n. 59/1997), all'art. 11, comma 4, lett. *G* da un lato devolveva al G.O. a decorrere dal 30 giugno 1998, la cognizione delle controversie in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato, dall'altro disponeva la contestuale estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali ivi compreso il risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di pubblici servizi. In virtù del DL.31 marzo 80/1998 è oggi possibile parlare di giurisdizione specializzata, ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo, pur rimanendo in vita taluni limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dell'atto amministrativo (vedi artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso Amministrativo n. 2248 del 1865, allegato *E*). Gli interventi più consistenti sui criteri di riparto si sono avuti recentemente, con l'affermarsi del criterio che discrimina le giurisdizioni per «blocchi» di materie ed il correlativo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva. Via via sono state assegnate ai TAR in ordine sparso: le controversie contro l'attribuzione o il rifiuto di concessione edilizia e contro le determinazioni e la liquidazione dei contributi e delle sanzioni in materia (art. 16 legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli); le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione sia degli accordi fra P.A. e privati sostitutivi di provvedimenti amministrativi sia degli accordi fra P.A. (artt. 11 e 15 della legge 241 del 1990); i ricorsi contro i provvedimenti amministrativi, compresi quelli sanzionatori adottati sulla base della l. antitrust sulla tutela della concorrenza e del mercato (titoli dal I al IV della legge 10 ottobre 1990, n. 287); le controversie relative alla riduzione dei prezzi dei contratti pubblici introdotta dall'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537; i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti delle autorità di regolazione dei servizi pubblici (art. 2, 25 comma, della legge 14 novembre 1995, n. 481); i ricorsi avverso i provvedimenti dell'autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (art. 1, 26 comma della legge 31 luglio 1997, n. 249). Con il decreto 80 sono state devolute in blocco alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie in materia di pubblici servizi (comprese le materie afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481 (art. 33, d.lgs.31 marzo 1998, n. 80).

205/2000 (12), che hanno avvicinato il processo amministrativo alla struttura processuale civilistica.

Com'è noto, tale normativa ha inteso assicurare una giurisdizione paritaria a quella ordinaria ed ad essa alternativa salvo, poi, la battuta d'arresto imposta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 (13).

(12) La legge n. 205 del 2000 ha contenuti ampi e reca una forte convergenza del processo amministrativo sulle linee processuali civilistiche (la civilizzazione del giudizio amministrativo, VILLATA, PAJNO, NIGRO, pag. 92). La legge potenzia il modello della giurisdizione esclusiva, comprensivo di materie come l'urbanistica, l'edilizia, i servizi pubblici e devolve al G.A. la cognizione delle questioni risarcitorie consequenziali in tema di giurisdizione esclusiva e di legittimità, grazie all'art. 7 della legge 205/2000 che riscrive l'art. 7 della legge T.A.R. In tal modo la giurisdizione del G.A. si tramuta da giurisdizione mutilata in giurisdizione piena, in quanto capace di somministrare tutte le possibili forme di tutela rivendicate dal ricorrente, proprio come accade nel sistema francese. Al momento permane l'esigenza di uno sforzo di unificazione (ABBAMONTE, NIGRO, pag. 92) delle norme sul processo amministrativo innanzi ai vari organi di giustizia amministrativa, in quanto il processo amministrativo non ha ancora formato oggetto neppure di un testo coordinato delle norme che lo disciplinano, comprese come si è visto, in un periodo di tempo che va dal 1865 ai nostri giorni.

(13) La sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, com'è noto, ha fortemente ridimensionato le materie di giurisdizione esclusiva *ex art.* 33 e 3' del decreto 80, come modificato dalla legge n. 205 del 2000.

Ha rilevato il connotato quasi accessorio della previsione all'interno dell'art. 103 Cost. della giurisdizione esclusiva rispetto a quella generale di legittimità, nonché la presenza di confini costituzionali precisi ed invalicabili da parte del legislatore ordinario, circa l'individuazione dei casi di giurisdizione esclusiva.

Sono state dunque ripudiate le tesi sostenute in dottrina e giurisprudenza volte a considerare illimitata la discrezionalità del legislatore nell'introduzione di ipotesi di giurisdizione esclusiva. In particolare, la Corte ha negato che il riferimento generico all'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie e la presenza della P.A. come parte processuale sorreggano legittimamente dal punto di vista costituzionale, una previsione di giurisdizione esclusiva. La discrezionalità del legislatore, non assoluta, non condizionata, deve dispiegarsi con la individuazione di « particolari materie » nelle quali la tutela nei confronti della P.A. investe i diritti soggettivi, ma in quanto strettamente connessi all'adozione di atti e provvedimenti autoritativi, espressione dell'esercizio della funzione pubblica. Pertanto, la giurisdizione del G.A. non può avere ad oggetto settori interi dell'economia o del diritto, non specificamente individuati con riferimento all'esercizio di potestà pubbliche. Rimane fermo che il G.A., nel disegno costituzionale, è il giudice della funzione pubblica, in coerenza con il principio della separazione dei poteri.