

## Diritto e regole del fare

Il tempo dell'azione amministrativa e, in particolare, l'esercizio del potere amministrativo e i termini del procedimento sono stati nel corso degli ultimi 25 anni al centro di un crescente interesse, della dottrina, del legislatore e della giurisprudenza.

Con consenso unanime circa la valenza provvedimentoale del "tempo", ma non con altrettanta concordia circa l'origine, la delimitazione e la qualificazione dello stesso. Nella sua multiforme veste di diniego, rifiuto, o come auspicato, di assenso.

I timidi accenni dottrinari nel crepuscolo della c.d. prima repubblica, furono colti da una rivoluzionaria legge, per l'epoca ed il contesto politico in cui fu maturata, tesa a cambiare il volto e l'anima della P.A. –

Tant'è che sin da subito si tentò di sopprimere nella culla il neonato momento di codificazione della rivoluzione copernicana che pretendeva che la P.A. ed ogni titolare di funzione pubblica agisse entro stanze di vetro, per renderne trasparente l'operato. Nella tutela del precedente assetto la giurisprudenza amministrativa, spiace dirlo, salvo eccezioni illuminate, tentò di dequotarne la portata.

Per quanto è qui di rilievo, mette conto evidenziare che una parte significativa dell'impianto della legge titolata "sul procedimento amministrativo e diritto all'accesso", poi, opportunamente corretto in "norme generali sull'azione amministrativa", (l. 15/05), è dedicato alla c.d. "semplificazione dell'azione amministrativa" (artt. 14 – 21). Norme che si iscrivono nel solco applicativo dei precetti ritraibili della Costituzione. Perché, come poi affermato dalla stessa Corte Costituzionale, all'indomani c.d. "riforma Bassanini", vi è un nesso indissolubile tra gli artt. 28 e 97 della Costituzione, in quanto la tempestività e la responsabilità sono elementi essenziali per l'efficienza e, quindi, per il buon andamento della P.A. (cfr., C. Cost.le, 404/97).

Tale parte della legge, sulla semplificazione, sia quella di governo della fisiologia che quella della patologia, ha trovato continui rimaneggiamenti. Fino all'era "contemporanea" che via via ne ha inteso scolpire i contorni, virando sempre più verso una responsabilizzazione dei titolari di funzioni pubbliche, qualificando il termine dato per la adozione della decisione nel segmento di potestà attribuite, quale provvedimento positivo. Il silenzio – assenso, nella sua più ampia estensione di recentissimo conio ha così traghettato verso l'assunzione di identica responsabilità decisionale che, pure, il ruolo e la funzione pretendevano quale modello ordinario di governo della stessa funzione.

Le norme sulla semplificazione come di seguito elencate, si sono intestate l'ambizioso compito di colmare e/o integrare il senso della c.d. costituzione economica, delle norme cioè della Costituzione in senso formale sui rapporti economici (artt. 41 e 43 relativi all'impresa 42 e 44 relativi alla proprietà). In questo senso per costituzione economica si indica oltre alle disposizioni strettamente costituzionali anche norme che, pur essendo contenute leggi ordinarie sono, tuttavia, di rilevanza costituzionale.

Come ora chiaramente affermato dall'art. 29, co. 2 bis, l. 241/90, nel testo novellato dal d.l. 69/09.

Le regole del fare non sono e/o non solo quelle del d.l. 69/2013 come la cui titolazione divulgativa, potrebbe indurre a pensare.

Le regole del fare sono l'anelito degli attori dell'attività pubblica, nelle sue varie manifestazioni, di ricondurre al diritto scritto l'attività di volta in volta compiuta.

Doppiata la boa dei 25 anni dalla l. 241/90, il legislatore ha inteso rafforzare i principi cardini della semplificazione, da un canto, e dare certezze, in ossequio all'assetto degli interessi così regolati fissando un termine certo, in armonia con il principio di proporzionalità, razionalità operativa e legittimo affidamento, alla potestà di autotutela che può dispiegarsi nel termine (ragionevole) massimo di 18 mesi.

Se la risposta dei Giudici del 1990 fu di osteggiare la riforma, tant'è che ci vollero 9 anni ed una Ad. Pl. 14/99 per riconoscere alle norme sul procedimento la valenza loro propria di leggi dello Stato la cui elusione genera vizi di correlata violazione. Il Giudice del 2015, dopo qualche "mugugno", ha inteso con immediatezza dare la corretta definizione e la latitudine applicativa alla norma (C.d.S. 5625/2015)

Parimenti il Ministero IBACT a mezzo dell'ufficio legislativo nell'immediatezza ha impartito coerenti disposizioni operative. Ribadendo la portata e la latitudine applicativa del silenzio-assenso, anche ai procedimenti in materia di n.o. paesaggistici, con termini addirittura dimezzati.

Nondimeno vi sono sacche di resistenza giurisdizionale per tale istituto di civiltà giuridica. E' il caso c.d. "Campania" laddove si è ritenuto di poter affermare che il silenzio-assenso in materia edilizia, sebbene recato nell'art. 20 TUED, non si applichi in virtù di una L.R. risalente al 2000. Laddove l'istituto è stato introdotto con specialità nel 2011.

Per contrappeso, però, deve annotarsi la coraggiosa sentenza del Tar Veneto del 30.10.2015, n. 1118 che, rotto ogni indugio, ha "liberamente" reso operativi i principi di liberalizzazione, portati con il d.l. 1/2012 (c.d. Salva – Cresci Italia).

Ai sensi del comma 2 del suddetto d.l. 1/12 art. 1, *“Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata é libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica”*.

Tuttavia *“.....ai sensi del comma 1, lett. b), del medesimo art. 1, non risultano né “adeguate”, né “proporzionate” le restrizioni che:- impediscano, condizionino o ritardino l'avvio di nuove attività o l'ingresso di nuovi operatori, ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi; impediscano, limitino o condizionino l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità”* (Tar Vento, *ibidem*).

Il d.l. 1/2012, si pone quale completamento del d.l. 138/11 (c.d. Salva Italia), il cui art. 3 si apre con la solenne affermazione, che poi non è altro che l'elevazione normativa di un principio fondante dello Stato di diritto, secondo cui: *“l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge”*.

Se ve ne fosse bisogno, lo stesso art. 3, cit., prosegue nel ribadire che la richiamata disposizione costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena concorrenza tra le imprese. Sicchè ogni difforme norma secondaria dovrebbe a rigore essere disapplicata.

Ma già prima, a seguito della direttiva comunitaria n. 123/2006 (altrimenti detta Bolkestein), recepita nell'ordinamento interno dal d.lgs. n. 59 del 2010, si era precisato che occorreva distinguere fra atti di programmazione economica – che in linea di principio non possono essere più fonte di limitazioni all'insediamento di nuove attività – e atti di programmazione aventi natura non economica, i quali, invece, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono imporre limiti rispondenti ad esigenze annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale (art. 11, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 59 del 2010, art. 34, comma 3, lett. a) del d.lgs. 201/2011). Tale distinzione deve essere operata anche nell'ambito degli atti di programmazione territoriale, i quali non vanno esenti dalle verifiche prescritte dalla direttiva servizi per il solo fatto di essere adottati nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se in concreto essi perseguano finalità di

tutela dell'ambiente urbano o, comunque, riconducibili all'obiettivo di dare ordine e razionalità all'assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese.

Ai sensi degli artt. 31, comma 1 e 34, comma 3 del d.l. 201/2011, ricadono nell'ambito delle limitazioni all'attività commerciale vietate (salvo la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale) non solo i piani commerciali che espressamente sanciscono il contingentamento numerico delle attività economiche, ma anche gli atti di programmazione che impongono limiti territoriali al loro insediamento; debbono, perciò, considerarsi abrogate le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongano limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscano, condizionino o ritardino l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici (art. 1 del d.l. n. 1/2012).

Le citate norme impongono al giudice chiamato a sindacare la legittimità degli atti di pianificazione urbanistica che dispongono limiti o restrizioni all'insediamento di nuove attività economiche in determinati ambiti territoriali, l'obbligo di effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva essere consentito in passato; e ciò per verificare, attraverso un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche, dovendosi in caso contrario, reputare che le limitazioni in parola non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e siano, perciò, illegittime. Esemplificativa del principio è la sentenza 15.3.2013 n. 38 della Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 31 del d.l. 201 del 2011 dell'art. 5, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e dell'art. 6 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 marzo 2012, n. 7, perché con essi veniva precluso l'esercizio del commercio al dettaglio in aree a destinazione artigianale e industriale, in assenza di plausibili esigenze di tutela ambientale che potessero giustificare il divieto.

\*\*\* \*\*

Come si vede la tecnica di produzione normativa tradisce gli stessi principi che tenta di affermare. Tale ondivaga e frastagliata normativa, ha consentito alla frangia conservatrice tanto dei titolari di funzioni pubbliche che del Giudice, di tenere spesso in non cale le

nuove regole del fare, in chiave di rilascio economico – occupazionale e di crescita del Paese.

Così generando una involontaria frattura tra il diritto “regolato”, la sua applicazione ed il conseguente riconoscimento processuale. Alla nostra latitudine, purtroppo il diritto non consegue più dalla legge e/o solo dalla legge, ma sempre più dal processo, che genera con la sentenza la legge del caso concreto.

Probabilmente è anche in tale logica che deve iscriversi l’attacco al G.A. sferrato dal potere esecutivo, intollerante della funzione non solo di intervento ma di interprete privilegiato della legge da applicare. Lo scontro, poi faticosamente ricomposto, non si sa ancora a quale prezzo, o forse si alla luce della nomina governativa del Presidente del Consiglio di Stato, evoca il pensiero di un grande giurista e processualista che ammoniva: “quella naturale scissione che il processo comporta fra il diritto e la sua tutela, e che in tempi tranquilli la coscienza facilmente compone nella certezza di una fondamentale verità, oggi ha degenerato in una dissociazione (mutuo il termine dalla psichiatria) fra diritto e processo, con la fatale conseguenza che il processo non ci appare più in funzione del diritto, ma il diritto in funzione del processo, e il processo ormai come l’unica sconsolata realtà nella quale si risolve quella vana astrazione che si chiama diritto.

Parole di normale attualità. Solo che vennero pronunciate da Salvatore Satta, nel Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, a Firenze nel 1950.

Dal che l’amara considerazione del percorso orbitante dei processi normativi, anche rispetto alla Costituzione. Tanto da far scrivere al Presidente onorario del Consiglio di Stato, in chiave interrogativa ma di certo provocatoria: “E se la corruzione nella P.A. dipendesse proprio dalla Costituzione e dalla distorta applicazione dei suoi principi fondamentali?”.

Ma qui si apre un altro dibattito in ordine al vuoto di potere e di controllo sopra la P.A., che ne genera una ipertrofica espansione.

Per tornare all’attualità del tema, allora può dirsi, che vi sono opportune regole per fare impresa se il diritto affermato dalle norme che ne governano i processi, siano coerentemente applicate, rifuggendo da nostalgici momenti decisionali.

Salerno, lì 22.1.2016

*Lodovico Visone*