

Roberto Caponigro

I comportamenti taciti della p.a.¹

SOMMARIO: **1.** Il tempo nell'azione amministrativa - **2.** Le fonti dell'obbligo di provvedere - **3.** Il silenzio rifiuto o inadempimento - **4.** Il silenzio significativo - **4.1** Il silenzio assenso provvedimentale - **4.1.1.** La formazione del silenzio assenso - **4.1.2.** L'azione di accertamento del silenzio assenso - **4.2.** Il silenzio assenso infraprocedimentale - **5.** Il silenzio diniego - **6.** La differenza con gli strumenti di liberalizzazione.

1. Il tempo nell'azione amministrativa.

Il tempo costituisce elemento di parametrizzazione di qualsiasi vicenda umana, sicché rileva per qualunque profilo della vita di relazione.

Gli antichi greci distinguevano tra *chronos*, il tempo nella sua sequenza cronologica e quantitativa, e *kairos*, il tempo cairologico, che individua il momento giusto o opportuno delle scelte, vale a dire il momento “supremo” o “propizio”, da cogliere nella sua veloce istantaneità.

Nella società moderna, il tempo ha assunto il valore di bene economico, ma costituisce anche la misura della qualità della vita, essendo una risorsa scarsa a valore unico, in quanto non moltiplicabile e non ripetibile².

Il tempo è altresì un concetto fondamentale nell'analisi giuridica dei rapporti umani, sia quando sono coinvolti interessi privati, sia quando, essendo coinvolti interessi della collettività, è esercitato il potere pubblico, tanto che l'arco temporale in cui le attività sono svolte **misura l'efficienza** sia dell'azione amministrativa sia della funzione giurisdizionale³.

Il valore del tempo

La durata della formazione e della conseguente manifestazione del potere pubblico, vale a dire il ruolo del tempo nell'azione amministrativa e nella traduzione del potere pubblico in atti aventi natura provvedimentale, assume pregnante rilievo nella disciplina del procedimento amministrativo⁴.

La finalità di certezza dei tempi della p.a.

La legge generale sul procedimento amministrativo è finalizzata, tra l'altro, a fornire **certezze sui tempi dell'azione amministrativa ed il mancato esercizio del potere nei termini stabiliti dalle norme**, laddove l'esercizio dello stesso sia obbligatorio ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, costituisce **una**

¹ Il contributo è in corso di pubblicazione nel volume “*L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla legge n. 241/1990)*”, C. Contessa, R. Greco (a cura di), Piacenza, 2020.

² P. QUINTO, *Il tempo “bene della vita” nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

³ R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014, ed in *Giustizia amministrativa e crisi economica, serve ancora un giudice del potere?*, Quaderni dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”, a cura di G. Pellegrino e A. Sterpa, Roma, 2014, pp. 323 ss.

⁴ Il procedimento amministrativo - secondo la celebre definizione attribuibile a Feliciano Benvenuti, di cui tra la vastissima produzione, si richiama in particolare, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985 - è forma della funzione, è cioè il modo attraverso il quale il potere in astratto conferito si traduce in atti di disciplina dei singoli rapporti.

circostanza alla quale l'ordinamento fa conseguire determinati e plurimi effetti.

2. Le fonti dell'obbligo di provvedere.

Per individuare **le conseguenze giuridicamente rilevanti del silenzio amministrativo**, è necessario operare alcune distinzioni in ordine ai presupposti **fonte dell'obbligo amministrativo di procedere e provvedere**.

Il primo discrimine riposa nella differenza tra **interessi legittimi pretensivi** - in cui il titolare aspira ad un *facere* dell'amministrazione, in quanto il **bene della vita** che intende conseguire **non è nella sua disponibilità**, ma è oggetto di **potere pubblico**, nel senso che solo e soltanto l'amministrazione pubblica può soddisfare la pretesa al conseguimento della *res* – ed **interessi legittimi oppositivi**, in cui il titolare aspira al *non facere* dell'amministrazione, in quanto è **già nella disponibilità del bene della vita** che, però, potrebbe essergli sottratto nell'esercizio della funzione pubblica⁵.

*Gli interessi
legittimi
pretensivi e
oppositivi*

L'interesse legittimo traduce una **relazione dinamica** tra l'interesse materiale del singolo soggetto, persona fisica o giuridica, e l'esercizio dell'attività amministrativa⁶.

La giurisprudenza – premesso che la posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività, mentre il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione trova fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, aventi sovente carattere patrimoniale, pongono a carico dell'amministrazione obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse particolare – ha precisato che la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla **finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si collega**⁷.

⁵ Sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, sia consentito il richiamo a R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, nonché *Una nuova stagione per la tutela degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012, nonché *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in *Giurisdiz. amm.*, 2008.

⁶ L'interesse legittimo è una situazione ontologicamente collegata all'esercizio del potere amministrativo, che si manifesta non soltanto su un piano processuale, nella legittimazione riconosciuta al suo titolare di proporre ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento che abbia leso la sua sfera giuridica, ma anche su un piano sostanziale, attraverso la possibile partecipazione al procedimento in cui gli interessi pubblici e privati sono acquisiti e valutati dall'amministrazione procedente o, ancora, nella stessa possibilità di sollecitare, nei procedimenti ad istanza di parte, l'esercizio del potere.

⁷ In tal senso, *ex multis*: Cons. St., Ad. Pl, 24 maggio 2007, n. 8; id., 5 luglio 1999, n. 18; Cons. St., V, 2 agosto 2007, n. 4285.

La distinzione tra le due posizioni giuridiche soggettive, quindi, va individuata nel loro lato “esterno”, atteso che, mentre la posizione di diritto soggettivo postula una **relazione orizzontale**, vale a dire il rapporto con altri soggetti dell’ordinamento, tra cui eventualmente un’amministrazione pubblica, collocati su un piano di parità giuridica con il titolare della posizione (la generalità dei soggetti in caso di diritti assoluti, un soggetto o più soggetti determinati in casi di diritti relativi), la posizione di interesse legittimo postula una **relazione verticale**, vale a dire il rapporto con uno specifico soggetto dell’ordinamento, una pubblica amministrazione che agisce nell’esercizio autoritativo del potere pubblico, collocata su un **piano di supremazia**, nel senso che è in grado di incidere unilateralmente, attraverso l’adozione di atti aventi natura provvedimento, sulla sfera giuridica del soggetto destinatario, determinando la soddisfazione o il sacrificio dell’interesse materiale di cui lo stesso è portatore.

In altri termini, entrambe le posizioni hanno un lato “interno” che traduce un rapporto con **un bene della vita**, una *utilitas*, per conservare o conseguire la quale il titolare aspira, rispettivamente, al *non facere* dei soggetti con cui è in relazione (diritti soggettivi assoluti ed interessi legittimi oppositivi) ovvero ad un *facere* positivo degli stessi (diritti soggettivi relativi ed interessi legittimi pretensivi) e tale rapporto con il bene della vita, la *res*, determina **la sostanzialità sia dell’una sia dell’altra posizione**; ciò che invece distingue e caratterizza la figura dell’interesse legittimo è il suo lato “esterno”, vale a dire la relazione con un soggetto specifico e particolare dell’ordinamento, la pubblica amministrazione che agisce nell’esercizio autoritativo di un potere pubblico, laddove, nel diritto soggettivo, anche quando il soggetto giuridico con cui si entra in rapporto è un’amministrazione pubblica, la relazione avviene su un **piano paritario**.

Di talché, così come non sussiste dubbio sulla natura di interesse legittimo (il cui bene della vita è costituito dall’utilità oggetto della richiesta) della posizione vantata dal soggetto che, titolare di una posizione qualificata e differenziata, presenta un’istanza all’amministrazione generando un suo obbligo di provvedere, parimenti deve pervenirsi a qualificare come di diritto soggettivo la posizione sostanziale vantata dal soggetto a fronte dell’obbligo dell’amministrazione, finalizzato alla tutela degli interessi privati, di concludere il procedimento nel termine previsto dalla legge, vale a dire che deve essere qualificata di diritto soggettivo la posizione sostanziale del cittadino il cui bene della vita è costituito dalla **certezza della conclusione del procedimento nei termini imposti dalla legge**.

Va da sé che l’interesse legittimo pretensivo nasce con l’istanza di parte presentata da un soggetto qualificato rispetto alla generalità dei consociati e, quindi, è la posizione che vive nei **procedimenti ad istanza di parte**, mentre l’interesse legittimo oppositivo nasce con la comunicazione di avvio del procedimento ed è quindi la posizione che vive nei **procedimenti d’ufficio**.

Il sistema prevede, sia per i procedimenti d’ufficio - la cui obbligatoria conclusione discende dalla valutazione circa la doverosità o l’opportunità del suo avvio, nel senso che il procedimento, una volta avviato, deve essere concluso a prescindere dal contenuto, positivo o negativo, del provvedimento finale - sia per quelli che conseguono obbligatoriamente ad un’istanza di parte un termine entro il

*Il diritto
soggettivo
alla
conclusione
del
procedimento*

quale il procedimento deve essere concluso ed il provvedimento deve essere emanato⁸.

Nei procedimenti ad istanza di parte, scaduto il termine per provvedere, occorre distinguere tra le ipotesi in cui la legge riconnette al silenzio un determinato significato, **di assenso o di diniego**, e sono queste **le ipotesi in cui vengono in essere i provvedimenti amministrativi taciti**, vale a dire in cui l'amministrazione esprime la sua volontà di disciplinare il rapporto pur non emanando un provvedimento espresso, e le ipotesi in cui, al decorrere del termine per provvedere, **non segue alcuna implicita manifestazione di volontà**.

Le conseguenze del silenzio amministrativo

Nei procedimenti d'ufficio, invece, il decorrere del termine per provvedere, di regola, non genera un provvedimento tacito dell'amministrazione.

La differenza è coerente con la **ontologica differenza tra le due posizioni soggettive accomunate nella figura dell'interesse legittimo**, pretensiva ed oppositiva, in quanto solo nei procedimenti ad istanza di parte, come detto, perché il soggetto che "dialoga" con la pubblica amministrazione aspira al suo *facere*, vi è la pretesa alla conclusione del procedimento, mentre nei procedimenti d'ufficio, aspirando l'interlocutore dell'amministrazione al suo *non facere*, in generale, non sussiste la *eadem ratio* per sollecitarne la conclusione⁹.

Il comportamento dell'amministrazione che non adotta un provvedimento espresso nei termini di legge, pertanto, può tradursi in **un silenzio significativo, vale a dire in un provvedimento amministrativo tacito, di assenso o di diniego, oppure in un silenzio rifiuto o inadempimento**, in cui l'inerzia dell'amministrazione non esprime alcuna volontà, sicché, in quest'ultimo caso, all'interessato è attribuita dall'ordinamento specifica tutela con le azioni avverso il silenzio ai sensi delle norme ora contenute nel codice del processo amministrativo.

Le tre tipologie di silenzio

3. Il silenzio rifiuto o inadempimento.

La giurisprudenza si è orientata a ritenere che, a prescindere dall'esistenza di specifiche norme che impongano all'amministrazione pubblica di pronunciarsi su determinate istanze dei cittadini, in un sistema caratterizzato dalla trasparenza e dalla partecipazione ed in ossequio ai doveri di correttezza e buona amministrazione, sussiste l'obbligo di procedere e di provvedere ogniqualvolta **esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso**, obbligo che, invece, non sussiste, per specifiche ed individuate ragioni, laddove l'istanza, pur proposta da un soggetto titolare di posizione differenziata e

Le eccezioni all'obbligo di provvedere

⁸ L'art. 2 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso e, nei casi in cui disposizioni di legge o altri provvedimenti previsti per legge non prevedano un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni.

⁹ Nondimeno, anche nei procedimenti d'ufficio sussiste il diritto del destinatario alla certezza della sua posizione giuridica, sicché non è possibile escludere e, quindi, deve ritenersi ammissibile un'azione proposta avverso il silenzio, una volta decorsi i termini di legge.

qualificata, si presenti manifestamente infondata, sia proposta per il ritiro in autotutela di un atto amministrativo precedentemente adottato o sia proposta per l'estensione *ultra partes* del giudicato¹⁰.

Il comportamento amministrativo che si concreta nel mancato esercizio del potere nei termini stabiliti dalle norme, laddove l'esercizio dello stesso sia obbligatorio e la legge non vi attribuisca un significato provvedimentale, costituisce una violazione alla quale l'ordinamento fa conseguire determinati obblighi a tutela del titolare della posizione giuridica coinvolta e determinate responsabilità per l'amministrazione inerte¹¹.

L'inerzia della pubblica amministrazione obbligata a procedere ed a provvedere, infatti, configura un vero e proprio inadempimento nei confronti del soggetto titolare della posizione di interesse legittimo.

Le azioni a tutela dell'interesse legittimo avverso il silenzio amministrativo sono previste e disciplinate dagli artt. 31 e 117 c.p.a. e la conseguente tutela risarcitoria è disciplinata dall'art. 30, comma 2, c.p.a.

L'azione avverso il silenzio, ai sensi dell'art. 31 c.p.a., è dichiaratamente volta a chiedere **l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere**, così come, ai sensi dell'art. 117, comma 2, il suo accoglimento produce **gli effetti di un'azione di condanna**, in quanto il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine.

Tale azione, esperibile solo a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti, quindi, l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo, può essere proposta, allo stesso modo dell'azione di condanna al risarcimento del danno da ritardo, fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento¹².

L'espresso riferimento all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere rende chiaro che il ricorso avverso il silenzio è finalizzato in primo luogo alla **declaratoria di un obbligo**.

La natura dell'azione, invero, è mista, in quanto se, da un lato, tale declaratoria configura all'evidenza un'azione di accertamento, dall'altro, occorre considerare che l'art. 34, co. 1, lett. b), indica che, in caso di accoglimento del ricorso e nei limiti della domanda, il giudice ordina all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un certo termine, per cui, sotto tale profilo, ha natura anche di azione di condanna ad un *facere* nonché, come già evidenziato, il disposto del richiamato art. 117, comma 2, c.p.a., che parimenti stabilisce come, in caso di

¹⁰ R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, cit.

¹¹ Il silenzio serbato dall'amministrazione, infatti, è qualificato come silenzio rifiuto o silenzio inadempimento, termine, quest'ultimo, che evoca chiaramente un obbligo non rispettato.

¹² F. TAORMINA, *Brevi note sul silenzio della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2012, del tutto condivisibilmente rileva che il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione è inammissibile quando il privato domanda la tutela di un diritto soggettivo per la elementare constatazione che, laddove la posizione attiva abbia consistenza di diritto soggettivo (e sebbene sia stata devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), il rimedio del silenzio risulta inutile, il che avviene, ad esempio, nel caso in cui il *petitum* abbia per oggetto l'accertamento del diritto al riconoscimento di spettanze economiche, la cui tutela giurisdizionale si esplica in sede esclusiva attraverso una pronuncia di accertamento.

totale o parziale accoglimento del ricorso avverso il silenzio, il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

Nella vigenza dell'art. 2, co. 5, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005 e sostituito dall'art. 3, co. 6 *bis*, d.l. n. 35/2005 – il quale aveva tra l'altro previsto il potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza della pretesa – la giurisprudenza aveva già avuto modo di affermare che la fondatezza della pretesa poteva essere valutata soltanto nei casi di attività amministrativa interamente vincolata quando la spettanza o meno del bene della vita fosse *ictu oculi* rilevabile.

*La valutazione
della
fondatezza
della pretesa*

Infatti, ove il giudice avesse potuto spingere la propria cognizione sulla fondatezza della pretesa, vale a dire sulla spettanza del bene della vita richiesto, all'attività amministrativa discrezionale, si sarebbe versato in **un'ipotesi di giurisdizione di merito**, la quale, però, non è come tale contemplata dal legislatore ed è quindi preclusa, con la paradossale possibilità per il ricorrente di poter conseguire un'utilità senz'altro maggiore di quella conseguibile con l'azione impugnatoria nel caso in cui l'amministrazione, anziché rimanere inerte, avesse esercitato la propria potestà provvedimentale.

Nel solco di tale orientamento giurisprudenziale, l'art. 31, comma 3, c.p.a. ha espressamente sancito che **il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata** o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

È pur vero che l'art. 31, co. 3, del codice aggiunge ai risultati cui la giurisprudenza era giunta in via pretoria l'ipotesi che “non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità”, ma la formula appare ridondante, in quanto, se non sussistono margini per l'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, come nel caso in cui il potere pubblico è esercitato a seguito di una pronuncia giurisdizionale che ha completamente conformato l'azione amministrativa, vuol dire che l'*agere* amministrativo si presenta al giudice adito con il ricorso avverso il silenzio come un'attività totalmente vincolata.

Le azioni previste a tutela della posizione giuridica soggettiva volta alla conclusione del procedimento nei termini di legge, quindi, sono **coincidenti** con quelle che l'ordinamento predispone a tutela delle posizioni di diritto soggettivo, mentre la posizione giuridica di interesse legittimo pretensivo, finalizzata all'acquisizione dell'utilità richiesta, in caso di silenzio, è tutelata, in via strumentale, con l'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere e, in via finale, con l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto (*rectius*: azione di adempimento) che, a prescindere dalla novella introdotta dal d.lgs. n. 160 del 2012 all'art. 34, comma 3, c.p.a., era da ritenere sostanzialmente già contenuta *ab origine* nel testo codicistico attraverso la previsione, di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a., di accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio in caso di attività vincolata e di conseguente condanna dell'amministrazione *ex art.* 117, comma 2, c.p.a., all'adozione del provvedimento richiesto.

La contestuale presenza di una posizione di diritto soggettivo alla conclusione del procedimento e di una posizione di interesse legittimo

pretensivo, azionato con la richiesta formulata all'amministrazione, o di interesse legittimo oppositivo, sorto a seguito dell'avvio di un procedimento d'ufficio, inoltre, rende coerente l'attribuzione al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, commi 1 e 3, c.p.a., della giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo" e di "silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3".

L'art. 2 *bis* l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 7 l. n. 69 del 2009 obbliga le pubbliche amministrazioni al **risarcimento del danno ingiusto** cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, introducendo nel sistema il c.d. **danno da ritardo**.

Il danno da ritardo

Nel disciplinare le azioni di condanna, il codice del processo amministrativo, all'art. 30, co. 2, prevede analogamente che possa essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante non solo dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, ma anche dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Il punto focale, più complesso e più dibattuto, dell'esegesi normativa, quindi, concerne **la risarcibilità ex se dell'interesse del privato (rectius: del suo diritto soggettivo) al rispetto della tempistica procedimentale**, vale a dire se la responsabilità amministrativa possa prescindere dalla spettanza del bene della vita costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo dedotto nell'istanza pretensiva, ovvero se sia necessario dimostrare l'effettiva lesione al conseguimento, o al conseguimento tempestivo, di tale utilità.

In altri termini, la questione fondamentale che si pone è se sia risarcibile il danno da ritardo indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata con l'istanza avanzata all'amministrazione.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 15 settembre 2005, n. 7 – nel premettere, per quanto attiene alla giurisdizione in materia di "silenzio", che non si è di fronte a "comportamenti" della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere*, ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative e perciò al cospetto di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo - aveva a suo tempo escluso la risarcibilità del danno correlato alla mera violazione dei termini

"in quanto il sistema di tutela degli interessi pretensivi, nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione, consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita")".

L'inerzia amministrativa, quindi, per essere **fonte di responsabilità risarcitoria**, richiederebbe non solo il preventivo accertamento in sede

giurisdizionale della sua illegittimità, ma, ancor più, il concreto esercizio della funzione amministrativa in senso favorevole all'interessato, ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria¹³.

La positivizzazione dell'istituto della responsabilità per c.d. danno da ritardo, come detto, è avvenuta in un primo tempo attraverso l'introduzione dell'art. 2 *bis* l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 7 della l. n. 69 del 2009.

In tal modo, il legislatore ha previsto un nuovo strumento di tutela dell'interesse legittimo contro l'inerzia della pubblica amministrazione, strumento che trova la sua collocazione nell'ambito del rito ordinario, affiancandosi in posizione autonoma a quello rappresentato dal rito speciale in camera di consiglio contro il silenzio rifiuto¹⁴. La stessa previsione dell'obbligo del risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'amministrazione in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento è ora contenuta nell'art. 30, commi 2 e 4, c.p.a.

L'espresso riferimento al "danno ingiusto"¹⁵ – contenuto nell'art. 2 *bis* l. n. 241 del 1990 ed nel secondo comma dell'art. 30 c.p.a. – determinerebbe, secondo una prima tesi, che, così come prospettato dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 7 del 2005, onde poter riconoscere la tutela risarcitoria anche in tali fattispecie, non possa prescindersi dalla spettanza della *utilitas* richiesta dal privato.

Accanto ed in alternativa a tale orientamento, è venuto delineandosi un diverso orientamento, in ragione del quale la *ratio* della norma introdotta nel 2009 sarebbe quella di presupporre che per il richiedente, titolare dell'interesse legittimo pretensivo, anche **il tempo sia o possa essere un autonomo bene della vita, in quanto tale, autonomamente risarcibile.**

In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un procedimento amministrativo, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo, visto che **il fattore tempo costituisce una essenza variabile** nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica¹⁶.

*Il tempo come
autonomo bene
della vita*

¹³ In tal senso, *ex multis*: Cons. St., V, n. 1162 del 2009; Cons. St., IV, n. 6242 del 2008, secondo cui il danno risarcibile è individuabile nel ritardo al conseguimento del bene della vita.

¹⁴ R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela degli interessi legittimi*, cit.

¹⁵ La famosissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha nitidamente posto in rilievo che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria, poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

¹⁶ Cfr. Cons. St., V, 28 febbraio 2011, n. 1271; Cons. giust. amm. reg. sic., 4 novembre 2010, n. 1368.

In questa prospettiva, ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si tradurrebbe nell'aumento del c.d. **rischio amministrativo** e, quindi, in maggiori costi, attesa **l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento**.

Pertanto, la novità della novella legislativa del 2009 sarebbe individuabile nel fatto che l'ingiustizia del danno risarcibile deriva dalla lesione di un bene della vita differente rispetto a quello, vale a dire dalla **lesione del tempo come bene della vita**.

Ne consegue che, con la presentazione di un'istanza all'amministrazione, fonte di un obbligo di provvedere, il cittadino (o l'impresa) farebbe valere **non solo una posizione di interesse legittimo pretensivo ad ottenere il bene della vita richiesto con l'istanza, ma anche una posizione di diritto soggettivo ad ottenere una risposta definitiva nei termini stabiliti dalla legge**.

In tale prospettiva, occorre distinguere due ipotesi:

a) la dimostrazione dell'ingiustizia del danno derivante dalla lesione del bene della vita richiesto con l'istanza pretensiva, ove l'amministrazione abbia rilasciato in ritardo il provvedimento richiesto, è desumibile dal fatto che la stessa amministrazione ha ritenuto spettante il bene della vita, ovvero, ove l'amministrazione abbia continuato a rimanere inerte, può essere desunta dal giudizio prognostico da compiere in sede giurisdizionale. In tal caso, è risarcibile, con onere della prova ovviamente a carico della parte interessata, sia il lucro cessante (interesse positivo) che il danno emergente (interesse negativo);

b) ove l'amministrazione abbia provveduto negativamente, ma in ritardo, oppure ove, in caso di reiterata inerzia, il giudizio prognostico in sede giurisdizionale si sia concluso con l'accertamento della infondatezza della pretesa, l'ingiustizia del danno può derivare dalla lesione al bene della vita costituito dal tempo come bene della vita e cioè dalla lesione dell'affidamento relativo ai tempi di svolgimento dell'attività amministrativa e, quindi, dal *vulnus* alla certezza della programmazione delle proprie attività personali e dei propri investimenti finanziari. In tal caso è risarcibile il solo interesse negativo, vale a dire il solo danno emergente.

Il bene della vita oggetto della posizione giuridica sostanziale, in altri termini, nell'ipotesi *sub b)*, è costituito dalla **tempestiva eliminazione dell'incertezza circa il possibile svolgimento dell'attività richiesta** con l'istanza che ha dato avvio al procedimento e, quindi, si configura come diritto alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa al fine di autodeterminarsi ed orientare la propria libertà economica.

Va da sé, infatti, che **la ritardata conclusione del procedimento e, quindi, l'incertezza sul legittimo svolgimento dell'attività richiesta, può incidere negativamente sull'impegno di risorse, così come può comportare la rinuncia ad altre opportunità o ad avvalersi di altre circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita**¹⁷.

La convenienza economica di determinati investimenti, in definitiva, può certamente risentire dell'inerzia amministrativa ed esserne influenzata.

¹⁷ P. QUINTO, op. cit., che richiama M. CLARICH – G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo*, in *Urb. e appalti*, 2006.

La tesi che individua il tempo come bene della vita e, quindi, che ritiene possibile ravvisare la responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione per il solo ritardo nella conclusione del procedimento, a prescindere dalla spettanza del bene della vita richiesto con l'istanza, può ritenersi ormai prevalente, come espresso nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5¹⁸.

La questione essenziale, optando per questa seconda tesi, in base alla quale è risarcibile anche il mero ritardo, pertanto, non sembra più appartenere all'*an* della risarcibilità del tempo come autonomo bene della vita, ma alla **quantificazione del danno eventualmente risarcibile**, limitato all'interesse negativo, il cui rigoroso onere probatorio grava sulla parte che abbia dedotto di avere subito un danno ingiusto.

La prova del danno

In altri termini, l'affermazione dell'astratta risarcibilità del danno derivante dal mero ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento sposta l'attenzione su quella che si presenta come la vera questione essenziale al fine di pervenire, nel merito, alla decisione sulla domanda risarcitoria e cioè **la prova che un danno risarcibile effettivamente sussista e sia in rapporto eziologico con il ritardo dell'amministrazione**.

Il tempo è un autonomo bene della vita, ma la sua lesione può produrre o meno un danno risarcibile e di tale eventuale produzione deve essere fornita una prova idonea e puntuale.

4. Il silenzio significativo.

4.1. Il silenzio assenso provvedimentoale.

Il silenzio assenso, disciplinato dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, può ritenersi la **regola generale**, nel caso di mancata adozione di un provvedimento espresso a conclusione del procedimento.

La norma, infatti, stabilisce che, fatta salva l'applicazione dell'art. 19 (contenente l'analitica disciplina della SCIA), nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi **il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda**, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'art. 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2 (l'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, una conferenza di servizi): la norma specifica che tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato.

La regola generale e le sue eccezioni

Le disposizioni dell'art. 20, tuttavia, **non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti interessi "sensibili"**, vale a dire, come elencati nella legge, il patrimonio culturale e paesaggistico l'ambiente, la tutela del rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità; non si applicano, inoltre, ai casi

¹⁸ Per la ricostruzione dell'istituto cfr anche Cons. St., IV, 7 ottobre 2019, n. 6740.

in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, **ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza**, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti¹⁹.

Ai fini della presente trattazione, occorre altresì rilevare che, ai sensi del terzo comma dell'art. 20, nel caso in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, **l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli 21 quinquies e 21 nonies**.

L'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990, modificato dalla c.d. legge Madia, ha stabilito ancora che, con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato.

L'istituto del silenzio assenso, peraltro, può trovare applicazione **soltanto nei casi di attività amministrativa vincolata, e non di attività discrezionale**, ove il provvedimento favorevole discende dall'accertamento della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene richiesto (Corte cost., 5 maggio 1994, n. 169, e 27 luglio 1995, n. 408).

L'art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia), **ha esteso il regime del silenzio assenso ai procedimenti che vedono coinvolte più pubbliche amministrazioni** e ai procedimenti amministrativi tra queste e i gestori di beni e servizi pubblici. La nuova disposizione disciplina l'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, per l'adozione di un provvedimento normativo o amministrativo, debba acquisire l'assenso, il concerto o il nulla osta, comunque denominato, di un'altra amministrazione pubblica o di un gestore di beni o servizi pubblici; in tal caso, l'assenso si intende acquisito con il decorso di trenta giorni dal ricevimento da parte dell'amministrazione tenuta a pronunciarsi, dello schema del provvedimento, corredato dalla relativa documentazione.

La maggiore peculiarità della novella legislativa, tale da dare adito a molteplici dubbi interpretativi, come si vedrà *infra*, è costituita dall'**estensione del modulo del silenzio assenso** anche alle ipotesi in cui sia prevista l'acquisizione di atti del procedimento da amministrazioni preposte alla tutela di interessi "sensibili", pur nel più ampio termine di novanta giorni rispetto ai trenta giorni ordinari.

Il raggio di azione del silenzio assenso

¹⁹ Con specifico riferimento alla materia edilizia, l'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001 dispone che, decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo (90 giorni complessivi dalla presentazione dell'istanza, salve ipotesi di sospensione o interruzione), ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire, si intende formato il silenzio assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 14 e seguenti della legge n. 241 del 1990.

La differenza tra gli artt. 20 e 17 *bis* può essere colta nel fatto che, mentre il silenzio assenso previsto dall'**art. 20 è di tipo provvedimentoale**, nel senso che costituisce un provvedimento tacito, esprimendo la volontà amministrativa conclusiva del procedimento, il silenzio assenso di cui all'**art. 17 *bis* è di tipo endoprocedimentale**, nel senso che riguarda un atto interno al procedimento, destinato a concludersi con il provvedimento di altra amministrazione competente.

Il silenzio assenso provvedimentoale pone consistenti e, per il momento, non ancora risolte incertezze in ordine alla sua formazione ed alle azioni a sua tutela.

4.1.1. La formazione del silenzio assenso.

In particolare, occorre chiedersi, ed in questo riposa **la tematica centrale dell'istituto**, se il provvedimento tacito di accoglimento dell'istanza consegue al mero decorrere del tempo oppure consegue al decorrere del tempo unitamente alla concreta sussistenza dei presupposti normativi per il conseguimento del bene della vita²⁰.

In altri termini, è necessario accertare se la mancata conformità della fattispecie concreta ai presupposti disciplinati e richiesti dal modello legale di riferimento determina comunque la formazione del silenzio significativo, incidendo solo quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo tacito, ovvero se impedisce in radice la formazione del silenzio assenso.

La formazione del provvedimento tacito di accoglimento

Insomma, mentre per una prima tesi, **la formazione tacita del provvedimento è subordinata alla mera presentazione dell'istanza ed al decorrere del tempo previsto dalla legge**, per un'altra consistente prospettazione, la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma anche **la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge**, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che **il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista**²¹.

Un **denominatore comune** ad ogni teoria può individuarsi nel principio per cui non è possibile ottenere *per silentium*, quel che non sarebbe altrimenti possibile ottenere mediante l'esercizio espresso del potere da parte della P.A.²².

La differenza tra le prospettazioni che si contrappongono, pertanto, afferisce al fatto che, per una prima tesi, il binomio è esistenza/inesistenza del silenzio assenso, con il corollario che può esistere solo un provvedimento tacito di accoglimento legittimo, mentre, per altra tesi, il binomio, una volta decorso il

²⁰ L'argomento è stato sviluppato, da ultimo, da A. TRAVI, *Nota a sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 gennaio 2019, n. 113*, in *Foro it.*, 2019, III, pp. 332 ss, con ampi richiami di dottrina.

²¹ Cfr. Cons. St., IV, 11 aprile 2014, n. 1767.

²² Cfr. Cons. St., IV, 1° giugno 2018, n. 3317; id., IV, 19 aprile 2017, n. 1828; id. n. 3805 del 2016 cit.; id., V, 27 giugno 2006, n. 4114; id., 20 marzo 2007, n. 1339; id., 12 marzo 2012, n. 1364.

termine di legge, è **legittimità/illegittimità** del silenzio assenso, con il corollario che può esistere anche un provvedimento tacito di accoglimento illegittimo.

In special modo in materia edilizia, **con riferimento al silenzio assenso maturato sulle domande di permesso di costruire**, è stato lungamente e da tempo dibattuto se la conformità urbanistica dell'intervento rappresenti o meno una condizione per la formazione del silenzio assenso.

Un primo orientamento giurisprudenziale aveva concluso che per il silenzio assenso si ponesse solo **l'alternativa tra esistenza ed inesistenza** e che, pertanto, ogni profilo di difformità della disciplina urbanistica precludesse la maturazione della fattispecie²³.

La tesi è ancora oggi seguita da una cospicua giurisprudenza, secondo cui il silenzio assenso in materia edilizia – ma tale prospettazione potrebbe valere per ogni materia in cui l'istituto trova applicazione - si formerebbe soltanto su domande per interventi conformi alla disciplina urbanistica²⁴.

Con una affermazione che suona quale “clausola di chiusura del sistema”, si è anche puntualizzato che

“la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo l'inutile decorso del tempo dalla presentazione dell'istanza senza che sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma la ricorrenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui l'interessato abbia rappresentato una situazione di fatto difforme da quella reale”²⁵.

Una applicazione **meno rigorosa** di tale tesi ha posto in luce che, avuto riguardo alle qualità intrinseche che l'istanza deve possedere affinché possa validamente formarsi un silenzio-assenso giuridicamente rilevante e produttivo di effetti ampliativi, “una fattispecie di tacito accoglimento può aver luogo in presenza di istanze assistite da requisiti minimali (afferenti alla legittimazione del richiedente, alla corretta individuazione dell'oggetto del provvedere, alla competenza dell'ente chiamato a pronunciarsi, ecc.), tali da poter ricondurre al dato obiettivo della loro presentazione, unitamente al decorso del termine assegnato per provvedere, l'accoglimento *per silentium*”²⁶.

In sostanza, sulla base di una più mediata esegesi, la circostanza che non sia osservata una norma, necessaria per l'adozione di un provvedimento legittimo, non preclude la formazione del provvedimento tacito di accoglimento e la sua efficacia, incidendo invece sulla sua legittimità, a meno che l'inosservanza della norma non attenga alla esistenza dei requisiti minimali perché la fattispecie possa trovare

²³ A. TRAVI, op. cit., che richiama un tesi sostenuta da A. M. SANDULLI soprattutto in *Il silenzio: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e società*, 1982, pp. 715 ss.

²⁴ Cfr. Cons. St., IV, 7 gennaio 2019, n. 113; id., 19 aprile 2017, n. 1828; id., 11 aprile 2014, n. 1767.

²⁵ TAR Piemonte, 14 gennaio 2011, n. 16.

²⁶ Cfr. Cons. St., VI, 21 settembre 2010, n. 7012, richiamata da Cons. St., IV, 17 aprile 2014, n. 1767.

attuazione (ad esempio, legittimazione del richiedente, corretta individuazione dell'oggetto del provvedere, competenza dell'ente chiamato a pronunciarsi).

Da tale principio si è fatta discendere la conseguenza che

“non può formarsi il silenzio assenso sull'istanza di concessione edilizia (ora permesso di costruire) quando non è accompagnata ab initio da tutti i requisiti previsti dalla legge (in primis la perizia giurata di un tecnico qualificato), necessari perché il silenzio possa essere equiparato a rilascio della concessione edilizia”²⁷

e che, comunque,

“il privato deve chiarire sin da subito quale sia il provvedimento favorevole cui aspira non potendosi invocare la formazione di un provvedimento tacito di accoglimento laddove si presentino all'amministrazione istanze articolate in più sottorichieste comportanti termini e procedimenti diversi. Una diversa interpretazione condurrebbe all'inevitabile conseguenza della completa incertezza, per l'Amministrazione così come per il privato, sul valore da attribuire al comportamento inerte dell'Amministrazione e sul provvedimento tacito che si è formato”²⁸.

La giurisprudenza, pertanto, ha individuato ipotesi in cui l'istanza presentata dal privato non può condurre alla formazione di un provvedimento tacito di accoglimento in quanto carente dei requisiti di completezza (ad esempio, per carenza della relazione tecnica asseverata ovvero quando non sia chiara, ma perplessa ed equivoca).

Altra corrente di pensiero - in realtà meno distante dalla precedente, se temperata con quanto si dirà *infra* - ritiene, partendo dalla premessa che il silenzio assenso è figura equipollente, sul piano degli effetti giuridici, ad un provvedimento amministrativo, che, al pari di ogni provvedimento amministrativo, **può essere illegittimo e annullabile**.

Una seconda tesi

In particolare, è stato affermato che il decorso del tempo, senza che la P.A. abbia provveduto, rende **sì possibile l'esistenza di un provvedimento implicito di accoglimento dell'istanza del privato**, però a condizione della “... piena conformità delle opere in materia urbanistica...” (cfr. Cons. St., IV, n. 3805 del 2016) e che, **affinché il relativo assetto dato possa dirsi legittimo, occorre che sussistano tutte le condizioni normativamente previste per la sua emanazione**, non potendosi ottenere *per silentium*, quel che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte della pubblica amministrazione²⁹.

Tali puntualizzazioni, quindi, ribadendo che il comportamento inerte dell'amministrazione **non può attribuire un bene che non sarebbe stato possibile attribuire mediante il provvedimento espresso**, sembrano comunque

²⁷ Cons. giust. amm. reg. sic., 5 ottobre 2010, n. 1239.

²⁸ TAR Campania, Napoli, III, 4 ottobre 2010, n. 17583.

²⁹ Cfr. Cons. St., IV, n. 3805 del 2016 cit.; id., V, 27 giugno 2006, n. 4114; id., 20 marzo 2007, n. 1339; id., 12 marzo 2012, n. 1364.

aderire alla tesi per la quale il decorrere del tempo determina la formazione del provvedimento tacito di accoglimento, il quale, se non conforme al modello legale di riferimento, si rivela inevitabilmente illegittimo.

In definitiva, ad una tesi, più radicale, **che attribuisce alla difformità della fattispecie dal modello legale di riferimento, la conseguenza della mancata formazione del silenzio**, vale a dire la sua inesistenza, si contrappone una diversa tesi che limita alla presentazione della domanda ed **al fluire il tempo la formazione del provvedimento amministrativo tacito di accoglimento, con conseguente illegittimità – e non inesistenza – del provvedimento viziato per difformità dal modello legale**.

L'istituto del silenzio-assenso, infatti, risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia "equivale" a provvedimento di accoglimento e tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo, sicché, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge, ferma restando la possibilità di agire in autotutela per l'amministrazione e di impugnativa giudiziale per il controinteressato.

Diversamente, ritenere che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla **disciplina della annullabilità** e tale trattamento differenziato opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della pubblica amministrazione.

Inoltre, l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie "silenziosa" in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto, atteso che nessun vantaggio avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda.

In altri termini, tale prospettazione ritiene che:

- ove si ammettesse che il silenzio assenso non possa formarsi per difetto delle condizioni sostanziali, in concreto, verrebbe svuotata di contenuto la previsione di legge, consentendo di fatto all'amministrazione di poter provvedere in ogni tempo; ciò in spregio delle ragioni sottese alla norma, che, da un canto, tutelano l'interesse del privato e, d'altro canto, pongono l'esigenza di **responsabilizzare** la pubblica amministrazione, non tollerandosi la sua inerzia sull'istanza rivolta dall'interessato;

- correlativamente, l'ordinamento non presenta lacune rispetto all'eventuale formazione di un indebito atto tacito di assenso, assicurando la reintegrazione della legittimità attraverso il meccanismo dell'annullamento in autotutela di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 (applicabile ad ogni ipotesi di provvedimento, espresso o tacito), la cui disciplina costituisce la sintesi delle contrapposte esigenze di ripristino della legalità e di tutela dell'affidamento ingenerato (anche per questo aspetto, nell'ottica della responsabilizzazione della P.A.).

La pubblica amministrazione, pertanto, ben può, una volta formatosi il provvedimento tacito, **intervenire in via di autotutela**, laddove non sussistano le condizioni per l'adozione dell'atto e per il conseguente conseguimento del bene,

così come il **terzo controinteressato** ben può esperire in sede giurisdizionale l'azione di annullamento del silenzio assenso avente carattere provvedimentale.

Se, infatti, il decorso del tempo senza che l'amministrazione abbia provveduto rende possibile l'esistenza di un provvedimento implicito di accoglimento dell'istanza presentata dal privato, nondimeno, perché tale provvedimento sia legittimo, occorre che sussistano tutte le condizioni, normativamente previste, per la sua emanazione, non potendosi ipotizzare, come già più volte sottolineato, che, attraverso il silenzio, possa ottenersi ciò che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte dell'amministrazione³⁰.

Diversamente opinando, si determinerebbe una situazione di **effettiva disparità** tra ipotesi sostanzialmente identiche, dipendente solo dal sollecito (o meno) esercizio del potere amministrativo e – dove non fosse ipotizzabile l'intervento in via di autotutela dell'amministrazione – si verrebbe a configurare una “disapplicazione” di norme per mero (e casuale) decorso del tempo.

D'altra parte, è proprio per questa ragione che l'applicazione del silenzio assenso è limitata **ai soli casi di attività vincolata** della P.A., poiché in questi casi il dichiarato possesso dei requisiti previsti dalla legge rende possibile l'avvio dell'attività sottoposta ad autorizzazione, e rende altresì possibile (*rectius*: doveroso) ogni successivo accertamento ed esercizio di poteri di autotutela o inibitori.

Al contrario, nel caso di **poteri discrezionali**, la valutazione e la conseguente scelta della misura concreta di disciplina del rapporto da adottare per il perseguimento dell'interesse pubblico (per la tutela del quale il potere è stato conferito), non verrebbero ad essere effettuate da alcuno, determinandosi sia che, in luogo dell'Autorità, decida, in pratica, il tempo (e il caso), sia, soprattutto, una sostanziale ed inaccettabile decadenza dall'esercizio di potestà pubbliche.

La necessità del possesso dei requisiti di volta in volta prescritti – perché possa parlarsi di legittimo provvedimento implicito di assenso – risulta dalla stessa legge n. 241/1990 (art. 21, comma 1), laddove essa richiede che, nei casi previsti dai precedenti artt. 19 e 20, l'interessato debba “dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti”.

La sussistenza delle condizioni e dei presupposti deve riguardare l'integralità della domanda, e dunque il complessivo contenuto del provvedimento richiesto, non potendosi ipotizzare formazioni “parziali” del silenzio – assenso, atteso il chiaro disposto del citato art. 21.

Quanto sinora esposto comporta che, in difetto di condizioni e presupposti, il provvedimento implicito di assenso è illegittimo e, sullo stesso, l'amministrazione può esercitare i poteri di autotutela, e segnatamente il potere di annullamento, alle ordinarie condizioni previste dall'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990, espressamente richiamato ed il terzo controinteressato, come detto, può esperire in sede giurisdizionale l'azione di annullamento.

Tale orientamento ha assunto ancora più consistenza a seguito dell'abrogazione, da parte della legge n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia), dell'art.

³⁰ Cfr Cons. St., V, 12 marzo 2012, n.1364; id., 20 marzo 2007, n. 1339; id., 27 giugno 2006, n. 4114.

21, comma 2, della legge n. 241 del 1990, secondo cui le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicavano anche nei riguardi di coloro i quali avessero dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

Tale norma, infatti, equiparava, ai fini sanzionatori, le attività abusive alle attività svolte in base al silenzio assenso "in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente", sicché rendeva più plausibile l'idea che **il provvedimento amministrativo tacito non potesse formarsi in caso di contrasto** della fattispecie con il modello legale di riferimento.

Tra le due vie, in apparenza estremamente distanti, che considerano, l'una, il contrasto con il modello legale di riferimento preclusivo della formazione del silenzio assenso e, quindi, causa di inesistenza del provvedimento amministrativo tacito, ovvero, l'altra, non preclusivo alla formazione del silenzio assenso e, quindi, causa di illegittimità di un provvedimento amministrativo tacito esistente ed efficace, appare possibile sostenere **un'interpretazione che, prendendo spunto dalle ragionevoli giustificazioni di ambedue le tesi, conduca ad una interpretazione univoca della fattispecie.**

Nell'istituto in esame, il silenzio dell'amministrazione assume un rilievo giuridicamente significativo, al punto che il decorso del tempo determina la formazione di un provvedimento amministrativo tacito, per cui il silenzio assenso è un tipico, anzi il più emblematico, **strumento di semplificazione amministrativa**, atteso che l'attribuzione del bene della vita discende comunque dall'esercizio del potere amministrativo, con la caratteristica che quest'ultimo può manifestarsi anche con un provvedimento tacito, allo scadere di un tempo determinato e normalmente breve, anziché con un provvedimento espresso, che potrebbe scontare i ritardi dell'azione amministrativa.

Nel quadro delle riforme amministrative degli anni '90, il ruolo della semplificazione amministrativa, quale insieme degli interventi aventi il fine di diminuire il carico burocratico che grava su cittadini ed imprese, ha assunto un consistente rilievo³¹.

In tale contesto, il silenzio assenso costituisce una figura centrale e, **in ambito eurounitario**, la direttiva 2006/123/CE sui "servizi nel mercato interno" (c.d. **direttiva Bolkenstein**), al fine di prevenire gli **effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica**, anche sotto il profilo dell'incertezza temporale, delle procedure amministrative, ha operato nella duplice direzione di limitare il regime della previa autorizzazione (**liberalizzazione**) e di introdurre il

³¹ P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium*, in *Nuove Autonomie*, 2008, fasc. 3-4, pp. 657 ss., che, sul tema richiama, tra gli altri, L. VANDELLI, *La semplificazione nel quadro delle riforme amministrative*, in L. VANDELLI-G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa* (Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione), Bologna, 1999, pp. 11 ss., nonché L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 390 ss., secondo cui un altro momento importante nella storia della semplificazione è rappresentato dalla legge n. 59 del 1997, la quale "definisce la semplificazione amministrativa come principio generale dell'ordinamento giuridico, al quale si devono uniformare le regioni a statuto ordinario e gli enti locali nella regolamentazione dei procedimenti di loro competenza".

principio della tacita autorizzazione, ovvero la regola del silenzio assenso (**semplificazione**)³².

La possibilità di esternare la volontà provvedimento con forme diverse dal provvedimento espresso, quindi, trae fondamento sia dal principio di economicità e di snellezza dell'azione amministrativa, sia, e soprattutto, dal principio di tutela dell'affidamento dei cittadini³³.

Diversamente, negli strumenti di liberalizzazione, come la SCIA (e prima la DIA), il conseguimento del bene della vita non è più oggetto di potere amministrativo, atteso che l'attività può essere esercitata, previa presentazione di una dichiarazione, che costituisce un atto oggettivamente e soggettivamente privato, senza la formazione di alcun provvedimento tacito e, quindi, senza alcuna intermediazione del pubblico potere.

La semplificazione e la liberalizzazione amministrativa sono disciplinate nel sistema ordinamentale interno, rispettivamente, dai richiamati artt. 20 (silenzio assenso) e 19 (segnalazione certificata di inizio attività).

La circostanza **essenziale**, da sottolineare a chiare note, è che la formazione di un provvedimento implicito di assenso in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell'istanza **non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente**, che deve ugualmente svolgere, come nell'ipotesi in cui fosse obbligata all'adozione di un provvedimento espresso, una **puntuale ed esaustiva istruttoria** al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene richiesto.

Semplificare non significa deresponsabilizzare

Peraltro, l'amministrazione pubblica competente, effettuati i dovuti e necessari accertamenti, può decidere, in luogo dell'adozione di un provvedimento espresso, di far formare un provvedimento tacito.

Tale è la **fisiologia del procedimento amministrativo** ove sia presentata un'istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio assenso.

Viceversa, **l'omesso o l'incompleto svolgimento dell'istruttoria da parte dell'amministrazione competente** - fermo restando che il decorso del tempo comporta comunque, a tutela dell'affidamento del richiedente, la formazione dell'atto tacito - **costituisce una situazione patologica**, tanto che l'art. 21, comma 2 *bis*³⁴ della legge n. 241 dispone che restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 ed il comma 2 *ter* stabilisce che la decorrenza del termine previsto dall'articolo 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'articolo 20 non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia

³² Sull'argomento della semplificazione amministrativa, si è sviluppato un vasto dibattito dottrinale, tra cui F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, fasc. 3-4, pp. 335 ss. nonché M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove Autonomie*, fasc. 3-4, pp. 405 ss.

³³ A. CORDASCO, *Atto amministrativo implicito e compatibilità con la L. 241/90*, in *Gazz. amm.*, n. 1/2013, pp. 67 ss.

³⁴ Il comma 2 *bis* è stato aggiunto dall'art. 3, comma 6 *nonies*, della legge n. 80 del 2005.

agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti.

Va da sé che, per l'espletamento di una efficace istruttoria, **l'istanza debba essere corredata da tutti gli elementi necessari a consentire l'accertamento della spettanza del bene della vita**, per cui il silenzio assenso può formarsi solo in tale ipotesi, nel qual caso l'eventuale discrasia della fattispecie rispetto al modello legale di riferimento determina l'illegittimità dell'atto tacito, ma non ne impedisce il venire ad esistenza.

L'opzione ermeneutica più idonea alla tutela degli interessi in conflitto, in altri termini, potrebbe essere individuata nel fatto che l'assenso tacito dovrebbe intendersi formato allorquando sulla domanda, **solo se corredata di tutti gli elementi occorrenti alla valutazione della P.A.**, sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, e **non può essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento** (ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento).

Viceversa - **ove l'istanza non sia stata corredata da tutta la documentazione necessaria o ove emergano comunque ulteriori esigenze istruttorie** - in modo tale che l'amministrazione destinataria sia stata **impossibilitata** a svolgere il detto accertamento di spettanza del bene, **il silenzio assenso non può formarsi**, per cui si avrà un'ipotesi di inesistenza dello stesso e non di sua illegittimità.

In tale direzione, militano **sia la ratio del sistema**, atteso che, come sottolineato, il concetto di **semplificazione amministrativa non coincide con quello di deresponsabilizzazione amministrativa**, ma, anzi ne è l'esatto opposto, tutelando l'esigenza di certezza delle posizioni giuridiche dei cittadini, ma non facendo affatto venire meno l'obbligo per l'amministrazione di accertare in fase istruttoria la presenza dei presupposti e requisiti di legge necessari all'attribuzione del bene, **sia il dato normativo letterale**, in quanto l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990, dispone che, con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e, inoltre, che, in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni, non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato.

*L'esegesi
letterale e
sistemica*

Pertanto, il termine per la formazione del silenzio assenso, che richiede l'allegazione della documentazione prevista dalla normativa di settore, si interrompe sia quando l'amministrazione invita l'interessato a fornire documentazione integrativa, sia quando l'amministrazione ritenga indispensabile l'espletamento di una diversa attività istruttoria³⁵.

In **materia edilizia**, che insieme alla **materia del commercio**, rappresenta uno dei terreni di elezione degli strumenti di semplificazione amministrativa, l'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, nel disciplinare il procedimento per il rilascio del

³⁵ Cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2019, n. 428, secondo cui il decorso del termine per la formazione del silenzio assenso si ha solo quando la domanda sia assistita da tutti i presupposti, di fatto e di diritto, perché l'amministrazione possa provvedere.

permesso di costruire (decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, art. 4, commi 1, 2, 3 e 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493), dispone che la domanda per il rilascio del permesso di costruire, sottoscritta da uno dei soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 11, va presentata allo sportello unico corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti, e quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri documenti previsti dalla parte II. La domanda è accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, alle norme relative all'efficienza energetica.

In sostanza, **affinché l'istanza dell'interessato sia idonea a far decorrere il termine per la formazione del silenzio assenso, è necessario che la stessa sia accompagnata da tutta la documentazione prevista dalla normativa di settore** che, in materia edilizia e, in particolare, nel caso di rilascio di permesso di costruire, si presenta molto analitica.

La giurisprudenza, ad esempio, in una recente controversia, ha ritenuto non perfezionato il silenzio assenso, in ragione della necessità per il Comune di rivedere il piano particolareggiato di riferimento e di disporre una coerente e conseguente convenzione tra le parti che tenesse conto delle sopravvenienze in fatto ed in diritto³⁶.

La fattispecie concreta, infatti, non presentava neanche in radice i presupposti essenziali per la presentazione di idonea documentazione.

Sulla base di tali considerazioni, in conclusione, deve ritenersi che **l'istanza idonea** a far decorrere il termine per la formazione del silenzio assenso sia solo ed esclusivamente quella **corredata dalla dichiarazione di sussistenza dei presupposti e requisiti di legge previsti**, in assenza della quale l'istruttoria dell'amministrazione non potrebbe essere correttamente espletata.

Va da sé, inoltre, che l'istituto del silenzio assenso **pone problemi con altri istituti disciplinati dalla legge generale sul procedimento amministrativo**.

In particolare, con l'istituto della motivazione del provvedimento, che, ai sensi dell'art. 3 della legge, costituisce un obbligo per l'amministrazione, la cui violazione concreta il vizio di legittimità della violazione di legge.

Un provvedimento tacito, per sua natura, non può avere una motivazione esplicita, tanto che un provvedimento tacito motivato costituirebbe un **ossimoro**.

Nel bilanciamento tra i contrapposti interessi, il legislatore, nel prevedere la formazione del provvedimento amministrativo tacito per il decorrere di un certo termine a seguito della presentazione dell'istanza, ha evidentemente ritenuto di **privilegiare l'affidamento del privato** ad acquisire rapidamente certezza della propria posizione giuridica.

Tale esigenza di equilibrio nella tutela degli interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio della funzione pubblica costituisce ulteriore conferma del fatto che il silenzio assenso può trovare applicazione soltanto nell'attività amministrativa vincolata, in cui la motivazione dell'atto si concreta essenzialmente

*Compatibilità
con altri istituti*

³⁶ Cons. St., IV, 7 gennaio 2019, n. 113.

nella corrispondenza o meno della fattispecie al modello legale di riferimento, e non anche nell'attività amministrativa discrezionale, in cui la scelta amministrativa è effettuata "a valle" dall'amministrazione, a seguito di una complessa e differente attività istruttoria, che richiede ben altra e più congrua e compiuta motivazione.

4.1.2. L'azione di accertamento del silenzio assenso.

La speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato, nel predisporre l'articolato normativo del codice del processo amministrativo aveva previsto **l'azione di accertamento a tutela dell'interesse legittimo**, prevedendo, in particolare, che chi vi ha interesse può chiedere "l'accertamento dell'esistenza o della inesistenza di un rapporto contestato con l'adozione delle conseguenti pronunce dichiarative".

L'azione di accertamento così delineata è stata espunta dal testo approvato in allegato al d.lgs. n. 104 del 2010, in quanto, come indicato nella relazione al detto codice: "Il Governo ha ritenuto (...) di non esercitare, allo stato, *in parte qua* tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste nel Capo II".

La giurisprudenza, di conseguenza, ha dovuto farsi carico del duplice problema dell'ammissibilità di **un'azione atipica a tutela di una posizione di interesse legittimo**, e della **compatibilità di detta azione con il limite** fissato dal comma 2 dell'art. 34 del codice del processo, concernente il divieto dell'adozione di pronunce con riguardo a poteri amministrativi non ancora esercitati.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 15 del 2011, ha reputato che l'assenza di una previsione legislativa espressa non sia di ostacolo all'esperibilità di un'azione di accertamento allorché detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo.

In particolare, nello sviluppare il discorso già elaborato con la decisione dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2011, ha ritenuto che,

"nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113)".

A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto **corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela.**

Il supremo consesso della giustizia amministrativa, in questo quadro, con la richiamata sentenza n. 15 del 2011, ha rilevato che

*Le questioni
più
problematiche*

“la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull’azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all’adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l’azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all’art. 44 della legge n. 69/2009”.

Tale evenienza ricorre proprio con riguardo alla tutela invocata da un soggetto che, avendo presentato un’istanza volta ad ottenere un bene ed essendo decorso il termine che ritiene utile alla formazione del provvedimento amministrativo tacito, in presenza della contestazione dell’Amministrazione o di un terzo controinteressato, **chiede al giudice amministrativo l’accertamento della formazione del silenzio assenso.**

Infatti, la fondatezza dell’azione di accertamento del rapporto controverso è idonea ad attribuire al ricorrente **la certezza che il bene della vita al quale aspira gli è stato attribuito** e tale certezza, non essendovi un provvedimento amministrativo espresso attributivo del bene, non può essere acquisita, se non con l’azione di accertamento e la conseguente pronuncia dichiarativa.

In definitiva, il soggetto che presenta l’istanza può tutelare la propria posizione attraverso una duplice modalità:

- chiedendo all’amministrazione competente l’adozione di un provvedimento espresso e, in caso di inerzia, con la proposizione di un’azione giurisdizionale **avverso il silenzio**, anche eventualmente domandando l’accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell’art. 31, comma 3, c.p.a.;

- attraverso l’azione di accertamento della formazione del silenzio assenso.

In questo secondo caso, l’ulteriore questione è costituita dalla qualificazione della richiesta come di mero accertamento della formazione del silenzio assenso oppure come di accertamento della legittima formazione dello stesso.

In altri termini, la richiesta di accertamento di chi ha presentato l’istanza pretensiva potrebbe tradursi in una domanda sulla semplice esistenza del silenzio assenso ovvero nella più complessa **domanda di accertamento della legittimità, oltre che di esistenza**, dello stesso.

La distinzione ha **un impatto sistemico** di non poco momento.

In ragione di tutte le considerazioni sopra svolte, è agevole rilevare che se è chiesto il **mero accertamento**, l’attività del giudice dovrà limitarsi alla verifica che alla fattispecie è applicabile l’art. 20 della legge n. 241 del 1990 o altra norma che prevede la formazione del provvedimento amministrativo tacito nonché alla verifica della presentazione di un’istanza debitamente compilata e documentata, al fine di consentire l’espletamento di una **rigorosa istruttoria**, della presentazione

dell'istanza da parte di un soggetto legittimato all'amministrazione competente e del decorso del tempo, fermo restando, in caso di insussistenza di tutti i requisiti o presupposti previsti dalla legge, l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione o il possibile annullamento in sede giurisdizionale su un'azione impugnatoria esperita da un controinteressato.

Diversamente, ove fosse chiesto l'accertamento, oltre che dell'esistenza, della legittima formazione del silenzio assenso o se tale fosse la qualificazione data dal giudice all'azione, l'esito positivo della controversia determinerebbe il passaggio in giudicato della stessa e la conseguente intangibilità del bene della vita rispetto a pretese di terzi o ad iniziative di secondo grado dell'amministrazione competente.

L'azione di accertamento, inoltre, è stata ritenuta **compatibile ed implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2**, del codice del processo amministrativo, secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Detta disposizione vuole evitare, in omaggio al **principio di separazione dei poteri**, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa e non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

4.2. Il silenzio assenso infraprocedimentale.

L'art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 3 della c.d. legge Madia n. 124 del 2015, ha previsto e disciplinato il **silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche** e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici³⁷.

La norma ha così disposto:

1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini.

³⁷ Sul tema, tra gli altri contributi, A. DEL PRETE, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3, pp. 705 ss.

2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

Il legislatore, pertanto, in aggiunta alla regola generale sul **silenzio assenso "provvedimentale" di cui all'art. 20** della stessa legge n. 241 del 1990, **ha introdotto un'altra regola generale, che inerisce ai rapporti interni tra amministrazioni, quella del silenzio assenso "endoprocedimentale"**, in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una **decisione pluristrutturata**, vale a dire con un provvedimento finale da parte dell'amministrazione procedente che richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

*L'estensione
del silenzio
assenso*

Ne consegue che il silenzio dell'amministrazione tenuta a compiere la valutazione inerente l'atto endoprocedimentale **non inibisce più** l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, ma, decorso un certo termine, assume *ope legis* un significato di assenso, per cui l'amministrazione procedente può senz'altro adottare il provvedimento conclusivo.

Il silenzio assenso, quindi, nell'attuale sistema ordinamentale, opera sia **nei rapporti verticali**, tra amministrazione e cittadino, sia **nei rapporti orizzontali**, tra amministrazioni, sicché, come indicato nel parere del Consiglio di Stato n. 1640 del 2016 reso in proposito, l'inerzia dell'amministrazione viene stigmatizzata al punto tale da ricollegarle la più grave delle sanzioni o il più efficace dei rimedi, vale a dire l'equiparazione del silenzio all'assenso.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale valutazione dovrebbe essere coordinata con la riflessione secondo cui la formazione del silenzio assenso, sia provvedimentale che endoprocedimentale, sebbene finisca con il divenire una forma di tutela dell'istante contro l'**omesso o il ritardato compimento dell'istruttoria da parte dell'amministrazione competente**, non potendo in alcun modo comportare una deresponsabilizzazione dell'amministrazione, può essere considerata soprattutto, per un verso, una **modalità sollecitatoria** per lo svolgimento tempestivo della funzione pubblica e, per altro verso, una **modalità**

*Le criticità
della figura*

organizzativa attraverso la quale l'amministrazione competente, che pur ha svolto la fase istruttoria, può esprimere in forma silente la sua **volontà provvedimentale o il suo giudizio in relazione ad atto endoprocedimentale**.

Diversamente, la normativa sugli atti taciti finirebbe per tutelare prevalentemente, o soltanto, l'interesse del presentatore dell'istanza pretensiva e non anche, oltre gli interessi pubblici che necessariamente devono essere tutelati dalle amministrazioni competenti, gli eventuali controinteressi che, ove esistenti e fisiologicamente presenti almeno nelle materie del commercio e dell'edilizia, dovrebbero essere tutelati al pari dell'interesse legittimo pretensivo azionato dal richiedente.

Di qui, l'esigenza di prevedere **meccanismi di responsabilità in capo al dipendente pubblico** che, omettendo il compimento di atti del proprio ufficio, non svolga l'istruttoria alla quale, si ribadisce, è comunque rigorosamente tenuto nonostante la previsione di formule autorizzative tacite per l'ipotesi di inerzia.

In proposito, mentre l'ultimo comma dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990, come detto, dispone che la formazione del silenzio assenso ai sensi dello stesso articolo non esclude la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti, una previsione analoga non è contenuta nell'art. 17 *bis*.

La mancata previsione normativa, peraltro, **non determina alcuna esenzione di responsabilità** del dipendente pubblico che non abbia tempestivamente agito svolgendo una adeguata e compiuta istruttoria.

La questione maggiormente critica della nuova disciplina, però, riguarda l'estensione del meccanismo del silenzio assenso endoprocedimentale anche alle ipotesi in cui vengono in rilievo gli **interessi pubblici "sensibili"** che, invece, il quarto comma dell'art. 20 **esclude dall'ambito di applicazione del silenzio assenso provvedimentale**³⁸.

In particolare, si è dubitato della **compatibilità costituzionale ed eurounitaria** dell'estensione del silenzio assenso endoprocedimentale, in quanto gli interessi sensibili sarebbero sempre di rilevanza tale da richiedere una espressa valutazione da parte dell'Autorità competente e, d'altra parte, proprio l'esigenza di certezza circa l'esauritivo svolgimento dell'istruttoria costituisce la *ratio* dell'esclusione delle materie relative a tali interessi dall'ambito del silenzio assenso provvedimentale.

³⁸ In argomento, tra gli altri, G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA: e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 5, pp. 305 ss.; F. MARTINES, *La non decisione sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della L. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, pp. 747 ss.; A. BERLUCCHI, *Il parere tardivo espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex RT. 146 D.LGS. N. 2004/42; spunti di riflessione*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 1, pp. 128 ss.

L'applicabilità del silenzio assenso a fattispecie connotate da discrezionalità, inoltre, è stata esclusa, avendo lo stesso una sua precipua ragione d'essere solo per le attività a carattere vincolato, sicché, vertendosi nei casi della specie in **ambiti connotati da discrezionalità tecnica**, è molto problematica la configurabilità di una formazione tacita sia pure di un atto endoprocedimentale.

Il Consiglio di Stato, nel richiamato parere n. 1640 del 2016, tuttavia, ha ritenuto che gli interessi sensibili restano **pienamente tutelati** nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'amministrazione preposta alla loro cura, atteso che la legge n. 124 del 2015 non è intervenuta sulla vigenza dell'art. 16, comma 3, fermo restando ovviamente anche il relativo regime di responsabilità disciplinare, civile e penale in caso di ingiustificata omissione, da parte dell'Amministrazione competente, di un'attività dovuta.

Quanto alla successiva fase decisoria, ha concluso il Consiglio di Stato in sede consultiva, anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse "sensibile" dovrà comunque essere **oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento** da parte dell'amministrazione procedente.

In altri termini, se l'amministrazione istituzionalmente competente alla cura dell'interesse sensibile non dovesse esprimersi, ferma restando la necessità di tale attività che è e resta obbligatoria, l'interesse "sensibile" dovrà comunque essere valutato dall'amministrazione deputata all'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento.

Tale tesi, peraltro, postula **la problematica equiparazione** tra l'accertamento compiuto dall'amministrazione istituzionalmente preposta alla cura di determinati interessi e l'accertamento compiuto da altra amministrazione, non preposta specificamente alla cura degli stessi interessi.

In sostanza, l'attribuzione dell'attività di valutazione *de qua* ad **amministrazione diversa** da quella preposta alla cura dell'interesse sensibile è di ardua collocazione in ambito sistematico.

In considerazione delle **perplexità che genera la norma anche sulla sua compatibilità eurounitaria**, l'ultimo comma dell'art. 17 *bis* prevede, quale regola di chiusura, che le disposizioni contenute nello stesso articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

5. Silenzio diniego.

Un **provvedimento amministrativo tacito** sussiste, nonostante non vi sia unanimità di vedute sul punto, anche ove la legge riconnette al decorso del tempo sull'istanza del privato un **significato negativo**.

L'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, infatti, esclude l'applicabilità del silenzio assenso ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza.

La sostanziale differenza, quindi, consiste nel fatto che, mentre **il silenzio assenso è una regola di carattere generale**, che trova applicazione ogniqualvolta non sussiste una delle cause di esclusione previste dal comma 4 dell'art. 20, il silenzio diniego (o rigetto), che costituisce una figura molto meno studiata, è **un'ipotesi specifica**, di volta in volta contemplata dal legislatore.

La legge, ad esempio, prevede:

- all'art. 53, comma 10, del d.lgs. n. 165 del 2001, in tema di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi da parte di dipendenti pubblici, che, decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, si intende accordata; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata;

- all'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 che, decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta di accesso, questa si intende respinta; la norma stabilisce altresì che in caso di diniego, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, il richiedente può presentare ricorso al Tar o chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale che sia riesaminata la suddetta determinazione;

- all'art. 36, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 che, sulla richiesta di permesso in sanatoria, il dirigente o il responsabile del competente ufficio si pronuncia con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata.

In proposito, si sono confrontate **due tesi** in ordine alla effettiva sussistenza di un **provvedimento negativo tacito** ovvero, anche in tali casi, di un **mero silenzio inadempimento**.

Non sussiste dubbio, però, che nei casi della specie, **la legge abbia attribuito uno specifico significato al silenzio, qualificandolo come rigetto dell'istanza**, sicché appare senz'altro preferibile la prospettazione che attribuisce natura di provvedimento amministrativo tacito al silenzio diniego, con la conseguenza che la tutela della posizione del richiedente non potrà avvenire attraverso la specifica azione avverso il silenzio, come per il silenzio inadempimento, ma attraverso **l'azione di annullamento del provvedimento tacito**, da esperire nell'ordinario termine decadenziale decorrente dalla formazione del provvedimento stesso.

Ulteriore conseguenza è che, decorso il termine, **il potere amministrativo di primo grado si consuma con la formazione del provvedimento negativo tacito**, per cui l'amministrazione competente potrebbe intervenire solo in secondo grado, vale a dire esercitando il potere di autotutela per rimuovere il diniego adottato in prime cure.

Peraltro, occorre segnalare che, essendo il provvedimento tacito ontologicamente privo di motivazione, l'azione di annullamento avverso lo stesso non potrà concretarsi nella deduzione del vizio di difetto di motivazione, ma dovrà evidentemente fornire argomentazioni tese a dimostrare la **spettanza del bene della vita** richiesto.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, reso sul cd. decreto trasparenza, in tema di **accesso civico**, ha stigmatizzato l'originaria previsione di silenzio rigetto contenuta nella norma - che si limitava alla laconica previsione "Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende

respinta”, con la conseguenza che al richiedente non restava che presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale – ritenendo opportuno omologare la procedura a quella prevista dall’articolo 25 della legge n. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso “ordinario”, imponendo, dunque, che il **rifiuto dell’accesso**, salvi i limiti e i casi di esclusione appresso disciplinati, dovesse comunque essere motivato, ancorché sinteticamente.

L’art. 5, comma 7, del d.lgs. n. 33 del 2013 ha così previsto che, nei casi di diniego totale o parziale dell’accesso o di mancata risposta entro il termine di trenta giorni, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all’articolo 43 dello stesso testo legislativo, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Avverso la decisione dell’amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell’articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

6. La differenza con gli strumenti di liberalizzazione.

Il silenzio assenso, come detto, costituisce l’essenziale strumento di semplificazione amministrativa, in quanto il bene della vita cui il richiedente, titolare di un interesse legittimo pretensivo, aspira è oggetto di potere amministrativo.

Negli strumenti di liberalizzazione, viceversa, il conseguimento del bene della vita non è più oggetto di potere amministrativo, atteso che l’attività può essere esercitata, previa presentazione di una dichiarazione, che costituisce un atto oggettivamente e soggettivamente privato, senza la formazione di alcun provvedimento tacito e, quindi, senza alcuna intermediazione del pubblico potere.

Lo strumento emblematico di liberalizzazione è la segnalazione certificata di inizio attività, disciplinata dall’art. 19 della legge n. 241 del 1990, il cui primo comma dispone che “ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l’esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell’interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all’immigrazione, all’asilo, alla cittadinanza, all’amministrazione della giustizia, all’amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria”, con la specificazione che la segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell’atto di notorietà per quanto riguarda

*La SCIA come
modello di
liberalizzazione*

tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell’Agenzia delle imprese di cui all’articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo”.

Tuttavia, secondo un primo approccio ermeneutico³⁹ – che, in particolare, traeva spunto dalla previsione espressa del potere amministrativo di assumere, una volta decorso il termine per l’esplicazione del potere inibitorio, determinazioni in via di autotutela e, quindi, di secondo grado, ai sensi degli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990 (art. 19, comma 3, come mod. dall’art. 3 del D.L. 14 maggio 2005, n. 35, conv. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e, poi, dall’art. 9 della legge 18 giugno 2009, n. 69) - la denuncia di inizio attività (oggi segnalazione certificata di inizio attività) **non era stata considerata uno strumento di liberalizzazione** imperniato sull’abilitazione legale all’esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio pubblicistico, ma era stato ritenuto, al pari del silenzio assenso, un **modulo di semplificazione procedimentale** che consentiva al privato di conseguire, per effetto di un’informativa equiparabile ad una domanda, un titolo abilitativo costituito da un’autorizzazione implicita di natura provvedimentale, che si perfezionava a seguito dell’infruttuoso decorso del termine previsto dalla legge per l’adozione del provvedimento di divieto⁴⁰.

Si sarebbe trattato, quindi, di una fattispecie a formazione progressiva che, per effetto del susseguirsi dell’informativa del privato e del decorso del tempo per l’esercizio del potere inibitorio, sarebbe culminata in un atto tacito di assenso, soggettivamente e oggettivamente amministrativo.

Corollario processuale di detta tesi era l’affermazione secondo cui, così come per il silenzio assenso, i terzi lesi dal silenzio serbato dall’amministrazione a fronte della presentazione della D.I.A. sarebbero stati legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo (artt. 29 e 41 c.p.a.).

Tale prospettazione è stata avversata in modo chiaro e convincente dalla sentenza dell’Adunanza plenaria n. 15 del 2011, la quale ha posto in rilievo come

“un primo profilo di debolezza strutturale della tesi del silenzio significativo con effetto autorizzatorio è dato dal rilievo che detta soluzione elimina ogni differenza sostanziale tra gli istituti della d.i.a. e del silenzio-assenso e, quindi, si pone in distonia rispetto al dato normativo che considera dette fattispecie diverse con riguardo sia all’ambito di applicazione che al meccanismo di perfezionamento”.

Infatti, “la legge n. 241/1990, agli articoli 19 e 20, manifesta il chiaro intento di tenere distinte le due fattispecie, considerando la d.i.a. come modulo di liberalizzazione dell’attività privata non più soggetta ad autorizzazione ed il

³⁹ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., IV, 4 maggio 2010, n. 2558; id., 24 maggio 2010, n. 3263; id., 8 marzo 2011, n. 1423.

⁴⁰ In materia, si è sviluppata un’ampia dottrina, tra cui, a fini ricostruttivi, S. BINI, *DIA e SCIA. Norme e giurisprudenza sui profili problematici*, in *Urb. e appalti*, 2017, 5, pp. 726 ss.

silenzio assenso quale modello procedimentale semplificato finalizzato al rilascio di un pur sempre indefettibile titolo autorizzatorio” ed “anche la disciplina recata dagli artt. 20 e segg. del testo unico sull’edilizia di cui al citato d.P.R. n. 380/2001, a seguito delle modifiche apportate dal decreto legge n. 70/2011, distingue il modello provvedimentale del permesso di costruire che si perfeziona con il silenzio assenso ed i moduli (d.i.a. e s.c.i.a.) fondati sull’inoltro di un’informativa circa l’esercizio dell’attività edificatoria”.

A sostegno dell’assunto depone, poi, la formulazione letterale del primo comma dell’art. 19 della legge n. 241/1990, che, seguendo un disegno che contrappone la D.I.A. al provvedimento amministrativo di stampo autorizzatorio, sostituisce, in una logica di eterogeneità, ogni autorizzazione comunque denominata (quando il rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento dei requisiti o presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio) con una dichiarazione del privato ad efficacia (in via immediata o differita) legittimante.

La principale caratteristica dell’istituto risiede, quindi, nella **sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private** consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti (così già il parere 19 febbraio 1987, n. 7, reso dall’Adunanza generale del Consiglio di Stato sul disegno di legge poi confluito nella legge n. 241/1990).

La liberalizzazione delle attività economiche private

L’attività dichiarata, quindi, può essere intrapresa **senza il bisogno di un consenso dell’amministrazione**, surrogato dall’assunzione di auto-responsabilità del privato, insito nella denuncia di inizio attività (oggi segnalazione certificata), costituente, a sua volta, atto soggettivamente ed oggettivamente privato⁴¹.

Il denunciante (oggi segnalante) si può ritenere titolare di una posizione soggettiva di vantaggio immediatamente riconosciuta dall’ordinamento, che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse, previa instaurazione di una relazione con la pubblica amministrazione, ossia un contatto amministrativo, mediante l’inoltro dell’informativa. Il privato è, poi, titolare di un **interesse oppositivo** a contrastare le determinazioni per effetto delle quali l’amministrazione, esercitando il potere inibitorio o di autotutela, incida negativamente sull’*agere licere* oggetto della denuncia. Per converso, il terzo pregiudicato dallo svolgimento dell’attività denunciata è titolare di una posizione qualificabile come interesse pretensivo all’esercizio del potere di verifica previsto dalla legge.

La sentenza dell’Adunanza plenaria n. 15 del 2011, invece, aveva ritenuto di ravvisare un provvedimento amministrativo tacito, di contenuto negativo, nel silenzio osservato dall’amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l’esercizio del potere inibitorio, atteso che, in tal caso, il silenzio produrrebbe l’effetto giuridico di precludere all’amministrazione l’esercizio del potere inibitorio a seguito dell’infruttuoso decorso del termine perentorio sancito dalla

⁴¹ In questi termini, Cons. St., VI, 9 febbraio 2009, n. 717 e 15 aprile 2010, n., 2139; id., IV, 13 maggio 2010, n. 2919.

legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio in questione, secondo tale opzione ermeneutica, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integrerebbe l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.

Il legislatore, però, è intervenuto subito dopo con l'art. 6, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011, che ha aggiunto all'art. 19 della legge n. 241 del 1990 il comma 6 *ter*, secondo cui la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività **non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili**, disponendo che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104⁴².

Di talché, il legislatore del 2011 ha sancito sia che **la SCIA non è un provvedimento amministrativo tacito, ma un atto oggettivamente e soggettivamente privato**, sia che **il decorso del tempo per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione non concreta un provvedimento negativo tacito**, in quanto non sussiste alcun atto direttamente impugnabile, ma la tutela del controinteressato può avvenire attraverso la sollecitazione del potere di vigilanza e, in caso di inerzia, proponendo un ricorso giurisdizionale avverso il silenzio.

La consapevolezza che **la SCIA non costituisce un provvedimento amministrativo tacito**, inoltre, porta a ritenere che, ove non abbia adottato provvedimenti inibitori dell'attività o conformativi della stessa nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione (trenta giorni per la SCIA edilizia), il potere di inibizione o di conformazione che l'amministrazione può successivamente esercitare ai sensi del comma 4 dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, pur obbligatoriamente connotato dalle condizioni previste dall'art. 21 *nonies* per l'annullamento d'ufficio, **non può tuttavia qualificarsi come potere di autotutela**, in quanto non esiste un provvedimento di primo grado oggetto di un'azione amministrativa di riesame.

Roberto Caponigro
Consigliere di Stato

Publicato il 23 aprile 2020

⁴² In argomento, tra i tanti contributi, E. BERTOLI, *S.C.I.A. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, 6, pp. 1381 ss.