

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Il silenzio assenso, dall'analisi di un istituto inefficiente a forme innovative di amministrazione.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'evoluzione normativa dell'istituto. 3. La natura giuridica del silenzio assenso. 4. Doveri di provvedere e consumazione del potere. 5. La situazione (di incertezza) dell'istante. 6. I tentativi di "salvare" il silenzio assenso. 7. I rimedi "avverso" il silenzio assenso. 8. Conclusioni e possibili soluzioni innovative.

DI ANDREA NARDI

ABSTRACT: Il presente lavoro analizza il tacito assenso, un istituto previsto dalla legge per risolvere il problema dell'inerzia dell'amministrazione, che non sempre risponde tempestivamente alle richieste dei cittadini. Con questo istituto, infatti, l'inerzia dell'amministrazione si traduce in un provvedimento che accoglie la richiesta del cittadino. In realtà, in questo modo, il cittadino si trova in una situazione di incertezza perché rischia che l'amministrazione intervenga in un secondo momento per rimuovere il provvedimento tacito precedente. Inoltre, la legge non prevede un modo per costringere l'amministrazione a emanare un provvedimento espresso ed evitare che il cittadino si trovi in questa situazione. Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare i problemi legati al tacito assenso e di ipotizzare soluzioni alternative anche attraverso l'utilizzo delle più recenti tecnologie disponibili.

ABSTRACT: *This paper analyses the tacit consent, an institute provided by law to solve the problem of the administration's inertia, which does not always respond to citizens requests in a timely manner. In fact, with this institute, the administration's inertia results in a measure granting the citizen's request. Actually, in this way, citizens find themselves in a situation of uncertainty because they risk the administration intervening at a later date to remove the tacit previous measure. Moreover, the law does not provide a way to force the administration to issue an express measure and prevent the citizen from being in this situation. The purpose of this paper is to analyze the problems related to the tacit consent and to hypothesize alternative solutions also through the use of the latest available technologies.*

1. Premessa.

La legge sul procedimento amministrativo prevede, come regola generale, che l'amministrazione ha l'obbligo di concludere i procedimenti, siano essi avviati su istanza di parte, sia d'ufficio, attraverso l'adozione di un provvedimento espresso⁽¹⁾ entro un termine, salvo diversa previsione, di trenta giorni⁽²⁾.

Tuttavia, non sempre le amministrazioni sono in grado di rispettare tale termine

1 In particolare, l'art. 2, comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241 prevede che "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

2 Ai sensi dell'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990.

con la conseguenza che le istanze dei privati restano così prive di riscontro⁽³⁾. Ciò determina risvolti anche di ordine economico e sociale in quanto un'istanza può avere a oggetto l'avvio di un'attività commerciale, che resta quindi preclusa, o il permesso di costruire una struttura, che non può essere realizzata.

Prima dell'introduzione del silenzio assenso il decorso del termine determinava soltanto un inadempimento dell'amministrazione⁽⁴⁾ al sopra citato obbligo di provvedere, senza tuttavia che a ciò fosse collegato alcun effetto. L'amministrazione quindi poteva sempre adottare, anche oltre il termine, comunemente inteso come ordinario, un provvedimento espresso⁽⁵⁾.

L'inerzia dell'amministrazione provocava ritardi e sfiducia nei confronti del potere pubblico ed era quindi necessario intervenire.

Tuttavia, anziché analizzare e rimuovere quelle che potevano essere le cause del problema (es. carenze di organico o la c.d. paura della firma), il legislatore ha preferito far derivare conseguenze giuridiche dall'inerzia dell'amministrazione attribuendole un significato o di rigetto o di assenso⁽⁶⁾. E così, a seguito del decorso del termine per provvedere, l'istanza si considera o accolta (silenzio assenso) o rigettata (silenzio rigetto)⁽⁷⁾.

In altri termini, con una *factio iuris*⁽⁸⁾, dall'inerzia dell'amministrazione viene fatto derivare un provvedimento tacito di accoglimento o di rigetto⁽⁹⁾.

A questo punto l'amministrazione non può più provvedere, visto che un provvedimento, ancorché tacito, ormai esiste, ma ha soltanto la possibilità di intervenire in autotutela per rimuovere l'atto tacitamente adottato.

Ed è proprio tale possibilità che determina incertezza e dimostra tutti i limiti dell'istituto. Infatti, un'amministrazione che non provvede è semplicemente un'amministrazione che non ha ancora esaminato l'istanza o che comunque non ha ancora preso la propria decisione. È, di contro, inverosimile che un ufficio dopo aver istruito una pratica e aver individuato l'atto da adottare scelga poi di non emanarlo. Chiarito quindi che il silenzio è inevitabilmente connesso a ritardi dell'amministrazione quest'ultima prima o poi completerà il procedimento avviato e giungerà a una decisione. Se questa

3 Sul punto, secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2014, 427, "Quale possa essere un rimedio più soddisfacente in caso di inerzia, o, come più comunemente si dice, di "silenzio" dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte è un grave problema oggetto di attenzione da lungo tempo".

4 Definito anche come silenzio rifiuto.

5 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 247, secondo il quale "Ciò significa che l'amministrazione può emanare il provvedimento anche in ritardo, ferma restando l'eventuale responsabilità per il danno cagionato al privato che aveva confidato nel rispetto del termine".

6 V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Europeo*, n. 1, 2016, 151, secondo il quale l'istituto "è generalmente pensato come un sistema di semplificazione amministrativa, volto a risolvere le problematiche che impediscono lo sviluppo delle posizioni giuridiche soggettive, ogni qual volta l'amministrazione ometta di adottare il provvedimento richiesto".

7 V. DE FALCO, *op. cit.*, 153, secondo il quale "L'ordinamento italiano riconosce tre differenti effetti al silenzio amministrativo, che può costituire, rispetto a un'istanza presentata all'autorità procedente, rigetto, mero inadempimento o assenso. In sostanza, a uno stesso fenomeno vengono, a seconda dei casi, attribuiti diversi significati, ai quali corrispondono poi diverse azioni processuali".

8 E. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 194, secondo il quale l'istituto è "una classica *factio iuris*, vale a dire che l'ordinamento giuridico si sostituisce all'Amministrazione e, per l'effetto dell'inerzia di questa serbato per un certo numero di giorni, determina, trascorso il termine stabilito, la comparsa nell'ordinamento di un provvedimento positivo". Cfr. M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*, Padova, 2009, 701. Sul punto anche P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 2, 2022, 77 secondo il quale "Il silenzio-assenso è una finzione giuridica, una procedura fittizia. Come tale non dà nessuna certezza giuridica, anzi, alimenta l'incertezza; fa dunque a pugni con l'idea della calcolabilità del diritto".

9 M. CLARICH, *op. cit.*, 247, secondo il quale "Il decorso del termine di conclusione del procedimento produce un effetto giuridico *ex lege*". Sul punto anche V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 551, secondo il quale "Si tratta di un rimedio a carattere preventivo contro gli effetti paralizzanti del comportamento inerte dell'amministrazione sul fisiologico svolgimento dell'attività amministrativa e, in particolare, sulla legittima aspettativa del cittadino all'acquisizione di una posizione di vantaggio".

sarà di accoglimento, si avrà soltanto una consolidazione della situazione già in essere e non vi saranno quindi conseguenze pratiche, oltre che giuridiche, pregiudizievoli per il privato. Se la decisione sarà invece negativa l'amministrazione interverrà in autotutela ledendo così il legittimo affidamento *medio tempore* maturato dal privato.

Il silenzio assenso rischia così di produrre conseguenze addirittura peggiori del silenzio inadempimento. Infatti, mentre in quest'ultimo caso, il privato non potrebbe avviare alcuna attività, con il silenzio assenso quest'ultimo fa invece affidamento su un provvedimento di assenso che gli consente di intraprendere l'attività oggetto dell'istanza. Tuttavia, quest'ultima e le relative spese sostenute potranno essere poste nel nulla ove sopravvenga un annullamento in autotutela dovuto in realtà a un esame tardivo dell'istanza originaria.

Infatti, le materie nelle quali opera il silenzio assenso non sono oggetto di liberalizzazione⁽¹⁰⁾, come avviene nel caso della segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA), ma resta necessario un provvedimento favorevole dell'amministrazione⁽¹¹⁾.

Come si vedrà, nel corso degli anni, il legislatore ha convintamente sostenuto l'istituto del silenzio assenso con l'introduzione, anche di recente, di previsioni normative volte a tentare di potenziarlo, previsioni che tuttavia stanno mostrando i propri limiti anche operativi.

È forse quindi giunto il momento di mutare approccio, abbandonando un istituto che dopo anni e nonostante i numerosi tentativi di migliorarlo non ha mai davvero convinto e valutare soluzioni alternative anche sfruttando le più recenti tecnologie che rappresentano l'ormai prossimo inevitabile futuro.

2. Evoluzione normativa dell'istituto.

Le prime disposizioni che prevedono l'istituto del silenzio assenso si rinvencono già nell'Ottocento; è possibile richiamare l'art. 220 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, disposizione che riguardava il controllo dell'autorità governativa sull'attività degli enti locali⁽¹²⁾. La previsione fu riprodotta anche nella successiva legislazione comunale e provinciale e trae le sue origini addirittura dall'Editto albertino del 1847 sull'amministrazione locale⁽¹³⁾.

Per molti anni il silenzio assenso ha riguardato ipotesi tassative e frammentarie spesso con riferimento ad attività di amministrazioni verso altre amministrazioni⁽¹⁴⁾, mentre il primo intervento organico si è avuto in materia edilizia⁽¹⁵⁾.

Come previsione generale l'istituto è stato introdotto con la legge sul procedimento

10 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo il quale con il silenzio assenso non vi "è infatti "liberalizzazione" (neanche del mero inizio) delle attività private soggette a controllo amministrativo, ma si annovera tra gli strumenti di semplificazione".

11 M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 214. Cfr. anche C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Piacenza, 2021, 551. Secondo E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 496, "l'attività non è «liberalizzata», ma pur sempre soggetta a regime amministrativo".

12 L'art. 220 della legge 20 marzo 1865, all. A, disponeva che "i consigli che omettano di deliberare sopra proposte dell'autorità governativa e dei presidenti, a cui siano specialmente eccitati, si reputeranno assenzienti".

13 A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 27, secondo il quale "Questa previsione, che fu riprodotta con lievissime variazioni lessicali in tutta la successiva legislazione comunale e provinciale fino al testo unico del 1915, recepiva una norma dell'editto albertino del 1847 sull'amministrazione locale, conservata anche nella legislazione comunale e provinciale del Regno di Sardegna".

14 A. TRAVI, *op. cit.*, 30. Sul punto cfr. anche E. SCOTTI, *Il silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *Lazione amministrativa*, Torino, 2016, 654, secondo cui "ipotesi di silenzio-assenso sono rintracciabili, con maggiore frequenza, sin dagli anni trenta del novecento, pur in un contesto di previsioni frammentarie e occasionali ispirate a una logica prettamente acceleratoria. A titolo di esempio, nei più disparati settori possono ricordarsi: lart. 2, r.d.l. n. 272/1936 in materia di mutamento della destinazione d'uso alberghiera; lart. 9, legge n. 860/1956 in materia di iscrizione all'albo delle imprese artigiane; gli artt. 6 e 7, legge n. 161/1962 in materia di censura cinematografica".

15 E. SCOTTI, *op. cit.*, 654, secondo la quale "l'istituto è stato dapprima introdotto per ipotesi specifiche" (art. 48, legge 457/1978 per gli interventi di manutenzione straordinaria) "ne è stato poi esteso l'ambito agli interventi di risanamento dell'esistente e agli interventi residenziali di nuova costruzione" (art. 7, d.l. n. 9/1982, conv. con legge n. 94/1982).

amministrativo⁽¹⁶⁾, la legge 7 agosto 1990 n. 241, all'art. 20, che nella sua versione originaria era costituito da tre commi⁽¹⁷⁾.

Il primo comma demandava a un regolamento governativo il compito di determinare i casi in cui il decorso del termine di conclusione del procedimento, avviato a seguito di una istanza di parte, equivaleva al rilascio dell'atto richiesto. Lo stesso primo comma faceva in ogni caso salva la possibilità dell'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento tacito.

Il secondo comma disciplinava il procedimento per l'adozione del regolamento di cui al comma 1 mentre il terzo rinviava ad altre disposizioni per le previsioni di ulteriori ipotesi.

La disposizione è stata modificata nel 2005⁽¹⁸⁾ e con tale modifica il silenzio assenso è passato dall'essere un'eccezione che necessitava di una previsione espressa⁽¹⁹⁾ a regola generale⁽²⁰⁾.

Sul punto è stato rilevato come ciò si inserisse in una tendenza, anche sovranazionale, alla sostituzione degli atti autorizzativi con forme di consenso tacito, se non addirittura alla loro eliminazione al fine di rimuovere, o quanto meno ridurre, ostacoli

16 Analogo istituto è stato introdotto anche in altri Stati. Sul punto cfr. V. DE FALCO, *op. cit.*, 152, secondo il quale "L'effetto di approvazione tacita, trascorso un determinato tempo dalla richiesta, si riscontra in Spagna, Italia, Portogallo, Paesi Bassi, e, recentemente, è stato introdotto anche in Germania".

17 L'art. 20 della legge n. 241/1990, nella versione originaria, prevedeva che "1. Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata, si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità del rispettivo procedimento, dal medesimo predetto regolamento. In tali casi, sussistono le ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa. 2. Ai fini dell'adozione del regolamento di cui al comma 1, il parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il Governo procede comunque all'adozione dell'atto. 3. Restano ferme le disposizioni attualmente vigenti che stabiliscono regole analoghe o equipollenti a quelle previste dal presente articolo".

18 La disposizione viene modificata dall'art. 3, comma 6-ter, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, decreto convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80 (Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale - c.d. Decreto competitività).

19 G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, n. 1, 2021, 10, secondo il quale "Il silenzio-assenso da eccezione diventa regola, mentre l'autorizzazione espressa, senza la quale l'attività non può essere avviata, diventa eccezione".

20 L'art. 20 della legge n. 241/1990, dopo la modifica del 2005, prevede che "1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, 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'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. 2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati. 3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. 4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi 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 competenti. 5. Si applicano gli articoli 2, comma 4, e 10-bis". Sul punto V. LOPILATO, *op. cit.*, 552, secondo cui, con la riforma del 2005, "l'istituto ha assunto portata generale, passando da ipotesi eccezionale a regola, non operante nelle sole ipotesi espressamente escluse dal legislatore". M. CORRADINO, *op. cit.*, 703. G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265. P. M. VIPIANA PERPETUA, *I procedimenti amministrativi. La disciplina attuale ed i suoi aspetti problematici*, Padova, 2012, 139. Cfr. anche E. SCOTTI, *op. cit.*, 659, secondo la quale "Si è attuata così una radicale innovazione rispetto al regime precedente, che vorrebbe superare, nei procedimenti ad istanza di parte, la regola del silenzio-rifiuto o inadempimento ed affermare, salve eccezioni espressamente contemplate, quale principio, l'equivalenza dell'inerzia dell'amministrazione all'accoglimento della domanda del privato".

alla libertà di iniziativa economica⁽²¹⁾.

Ai sensi del primo comma della nuova formulazione, infatti, il silenzio assenso riguarda tutti i “*procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi*”. Il terzo comma fa poi salva la possibilità di intervenire in autotutela dopo la formazione del provvedimento tacito.

Quest’ultima rappresenta in realtà una disposizione dal carattere più che altro ricognitivo; il potere di intervenire in autotutela è una prerogativa della pubblica amministrazione e pertanto non vi era ragione che la stessa non potesse farlo in caso di provvedimento tacito. Infatti, nel momento in cui il silenzio viene equiparato all’adozione di un atto amministrativo per quest’ultimo non può che valere la stessa disciplina prevista per i provvedimenti espressi.

Tenuto conto che il silenzio assenso è divenuta la regola generale⁽²²⁾ è emersa la necessità di prevedere le relative eccezioni. Queste sono state indicate al quarto comma dell’art. 20 della legge sul procedimento amministrativo e sono raggruppabili in quattro categorie: *i*) i procedimenti che attengono a determinate materie (es. il patrimonio culturale e paesaggistico, l’ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l’immigrazione, la salute e la pubblica incolumità); *ii*) i casi in cui la normativa europea impone l’adozione di un provvedimento formale; *iii*) i casi in cui la legge qualifica il silenzio come rigetto dell’istanza; *iv*) i procedimenti indicati con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti⁽²³⁾.

Nel 2015 è stata adottata una nuova riforma che ha interessato il silenzio assenso, la quale ha previsto l’emanazione di una disposizione, con funzioni ricognitive, per individuare le ipotesi nelle quali l’istituto trova applicazione.

In particolare, l’art. 5 della legge 7 agosto 2015 n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) ha delegato il governo a compiere una ricognizione dei casi in cui opera: *i*) la segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA), *ii*) il silenzio assenso e *iii*) delle ipotesi in cui è necessaria una autorizzazione espressa⁽²⁴⁾.

È stato quindi adottato il decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222 il quale contiene un allegato dove sono elencate una serie di attività con l’indicazione del relativo

21 G. MARI, *L’obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla violazione* (artt. 2, 17-bis e 20 l. 241 del 1990 s.m.i.) in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 169, secondo cui la “generalizzazione del silenzio assenso si inserisce in una più ampia tendenza sovranazionale alla sostituzione di atti permissivi espressi con la previsione del silenzio significativo (o della s.c.i.a.), se non alla loro eliminazione, sì da ridurre gli ostacoli all’esercizio della libertà di iniziativa economica”.

22 E. CASSETTA, *op. cit.*, 491, secondo il quale il silenzio assenso “costituisce oggi la regola nel nostro ordinamento per i procedimenti ad istanza di parte, pur se temperata da una serie di importanti eccezioni”. Anche D. SORACE, *op. cit.*, 428.

23 C. CONTESSA, A. LALLI, *op. cit.*, 549, secondo cui, in questi casi “la legge ribadisce il dovere dell’amministrazione di esercitare la competenza e di dichiarare espressamente l’esito delle sue valutazioni e decisioni”. F. DE LEONARDIS, *Principi dell’azione amministrativa. Il procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 267.

24 L’art. 5, comma 1, della legge n. 124/2015 prevede che “Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l’autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell’Unione europea relativi all’accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo anche la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa, compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, nonché degli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti, e prevedendo altresì l’obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all’atto della presentazione di un’istanza, i termini entro i quali l’amministrazione è tenuta a rispondere ovvero entro i quali il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda”.

regime giuridico applicabile (es. silenzio assenso, SCIA)⁽²⁵⁾.

Nel 2020 è stato poi approvato il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale – Decreto semplificazioni 2020).

In particolare, l'art. 12 del citato decreto-legge ha introdotto all'art. 2 della legge n. 241/1990 il comma 8-bis il quale ha previsto l'inefficacia degli atti adottati dall'amministrazione oltre il termine di conclusione del procedimento⁽²⁶⁾.

In buona sostanza il legislatore ha espressamente disciplinato l'ipotesi in cui l'amministrazione adotti il provvedimento dopo la formazione del consenso tacito⁽²⁷⁾. Infatti, come si vedrà, l'assenza di una disciplina espressa sul punto aveva fatto sorgere contrastanti orientamenti giurisprudenziali⁽²⁸⁾.

Nel 2021 la disciplina del silenzio assenso è stata interessata da una nuova riforma che ha portato a una modifica dell'art. 20 della l. n. 241/1990 con l'inserimento del comma 2-bis⁽²⁹⁾.

Quest'ultimo ha previsto che, una volta decorso il termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione, su richiesta del privato, debba rilasciare un'attestazione di avvenuto decorso del termine e quindi di formazione del provvedimento tacito di accoglimento.

Inoltre, decorsi dieci giorni dalla richiesta, in assenza di riscontro da parte dell'amministrazione, il privato potrà attestare autonomamente la formazione del silenzio assenso attraverso una dichiarazione *ex art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*.

Si tratta in realtà di una previsione che era in parte già presente in materia edilizia dove il comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prevede il rilascio dell'attestazione del decorso del termine di conclusione del procedimento relativo al permesso

25 Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 222/2016 "A ciascuna delle attività elencate nell'allegata tabella A, che forma parte integrante del presente decreto, si applica il regime amministrativo ivi indicato". A titolo esemplificativo, nella tabella A, Sezione I – Attività commerciali e assimilabili, 1. Commercio su area privata, 1.1. Esercizio di vicinato nel settore NON alimentare, al n. 1, per l'Apertura Trasferimento di sede Ampliamento è previsto come regime amministrativo la SCIA, al n. 2 per il subingresso è prevista la sola comunicazione. Invece nella sezione 1.3. Media struttura di vendita NON alimentare, al n. 7, Apertura Ampliamento Trasferimento di sede è previsto il seguente regime amministrativo: "Autorizzazione-Silenzio assenso (decorsi 90 giorni)".

26 Il comma 8-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 12 del d.l. 76/2020 prevede che "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni".

27 M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori del decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, 177, secondo il quale "si tratta di una tecnica ad hoc collegata all'inerzia provvedimentale, giacché nei casi sopra indicati «l'inefficacia del provvedimento è pertanto funzionale a garantire la piena operatività delle norme che già qualificano il silenzio come assenso»".

28 G. CORSO, *Silenzio-assenso*, op. cit., 11, secondo il quale una parte della giurisprudenza "aveva continuato a sostenere che l'autorità può respingere la domanda di autorizzazione anche dopo la scadenza del termine; e anche i giudici che escludevano tale possibilità ritenevano che il nuovo provvedimento esplicito di rigetto dovesse essere impugnato e quindi ne presupponevano l'efficacia".

29 Si tratta in particolare del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure - c.d. Decreto Semplificazioni 2021), il quale, all'art. 62 rubricato "Modifiche alla disciplina del silenzio assenso" ha previsto l'inserimento all'art. 20 della legge n. 241/1990 del seguente comma 2-bis: "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

di costruire⁽³⁰⁾.

È stato sostenuto che la modifica ha avuto lo scopo di assicurare “oggettività e visibilità al provvedimento tacito” rispondendo quindi a esigenze di certezza giuridica⁽³¹⁾. La stessa tuttavia, come si vedrà, non sembra aver risolto la situazione di incertezza in cui versa il privato che, con l'autodichiarazione, continua comunque a non avere un atto proveniente dall'amministrazione⁽³²⁾.

3. La natura giuridica del silenzio assenso.

Ricostruita l'evoluzione normativa dell'istituto del silenzio assenso, conviene analizzare la sua natura giuridica, in merito alla quale sussistono due principali orientamenti⁽³³⁾.

Il primo che sostiene la natura “attizia” del silenzio, il secondo che non ricollega invece allo stesso un vero e proprio provvedimento, ma ritiene che esso rappresenti un mero comportamento⁽³⁴⁾.

In particolare, secondo il primo orientamento, dal silenzio dell'amministrazione deriva un vero e proprio provvedimento amministrativo ancorché tacito che accoglie l'istanza presentata⁽³⁵⁾. Ciò comporta che a seguito della sua adozione l'amministrazione non può più provvedere sull'istanza originaria ormai accolta. In altri termini, l'amministrazione dovrà “fare i conti” con un provvedimento che si è comunque formato e pertanto qualora ritenga, magari a seguito di un esame tardivo dell'istanza, che la stessa avrebbe dovuto essere rigettata potrà soltanto intervenire in autotutela qualora ne sussistano i presupposti⁽³⁶⁾. Su questo punto è stato affermato che il fatto che l'amministrazione dopo la formazione del silenzio assenso possa intervenire soltanto in autotutela dimostra la natura provvedimentale del silenzio assenso⁽³⁷⁾.

È stato altresì rilevato come tale orientamento origini dalla trasposizione nel diritto

30 L'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380/2001, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. i), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 prevede che “Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, 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 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti”.

31 G. CORSO, *Silenzio-assenso*, op. cit., 11.

32 M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1, 2022, 11, secondo cui “il legislatore del 2021 ha scelto un rimedio affatto peggiore del male, che, se compreso nella sua “pericolosità”, non costituisce certamente un modo per raggiungere il dichiarato obiettivo di (ri) dare fiducia agli operatori e, pertanto, non agevola la ripresa economica”.

33 V. LOPILATO, op. cit., 554 secondo il quale “La natura giuridica del silenzio assenso è controversa”. E. SCOTTI, op. cit., p. 669, secondo la quale con riferimento all'istituto del silenzio assenso “il dibattito teorico oscilla, nei suoi estremi, tra letture inclini ad assimilare gli effetti e il regime del silenzio a quelli di provvedimento e letture orientate, in una prospettiva di realtà giuridica, a ricondurre integralmente il silenzio al fatto giuridico e i suoi effetti alla legge”. Cfr. anche P. M. VIPIANA PERPETUA, op. cit., 146.

34 M. CORRADINO, op. cit., 702.

35 M. CLARICH, op. cit., 248, secondo il quale il silenzio assenso ha “valore provvedimentale”. Cfr. anche M. D'ALBERTI, op. cit., 214, il quale afferma che nel silenzio assenso, a differenza che nella SCIA, “si ha un provvedimento amministrativo tacito di accoglimento dell'istanza”.

36 D. SORACE, op. cit., 428, secondo il quale “il silenzio viene considerato in generale come un atto positivo virtuale, con la conseguenza che risultano possibili [...], in primo luogo, il suo annullamento d'ufficio e la revoca [...]. Inoltre, si può anche ottenerne l'annullamento da parte del giudice”.

37 R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, 489, secondo il quale la disposizione di cui all'art. 20, comma 1, ultima parte, della legge n. 241/1990, “costituisce esplicita conferma della natura provvedimentale del silenzio-assenso, in cui il legislatore equipara, attraverso un'autentica finzione, il comportamento inerte della P.A. (fatto) ad un vero e proprio provvedimento”.

to pubblico di schemi privatistici⁽³⁸⁾; lo stesso orientamento è probabilmente legato a un'idea tradizionale di pubblica amministrazione e di esercizio del potere, che necessita dell'adozione di atti amministrativi, gli unici in grado di incidere sulla sfera giuridica dei privati. In altri termini, l'esercizio del potere non può prescindere dall'adozione di atti amministrativi da ritenersi dunque adottati a seguito del silenzio⁽³⁹⁾.

Inoltre, sempre secondo una concezione più tradizionale, legata a un'idea impugnatoria del giudizio amministrativo, l'esistenza di un provvedimento rende più agevole l'accesso alla giustizia anche da parte di soggetti terzi che in questo modo avrebbero infatti un atto da impugnare⁽⁴⁰⁾.

Sussiste peraltro anche un rilevante orientamento giurisprudenziale che condivide la natura attizia del silenzio assenso⁽⁴¹⁾.

Secondo invece una seconda impostazione, al silenzio assenso non può essere riconosciuta una valenza provvedimentale; il silenzio resta infatti un mero comportamento materiale non equiparabile a un comportamento attivo dell'amministrazione⁽⁴²⁾.

Da tale comportamento la legge fa derivare gli stessi effetti di un atto amministrativo senza tuttavia che alcun atto possa considerarsi adottato⁽⁴³⁾. In altri termini, l'attività provvedimentale dell'amministrazione presuppone un comportamento attivo e quindi non è possibile far derivare l'adozione di un atto da un comportamento inerte che si ha in caso di silenzio. Pertanto, quest'ultimo comportamento non può che rilevare come mero fatto dal quale la legge fa derivare le stesse conseguenze di un provvedimento di accoglimento⁽⁴⁴⁾.

In buona sostanza l'equiparazione operata dall'art. 20 della l. n. 241/1990 sarebbe soltanto negli effetti prodotti e non anche nella realtà materiale nella quale continuerebbe a non esserci alcun provvedimento amministrativo.

Sussistono poi altri orientamenti che almeno in parte si discostano da quelli appena analizzati e secondo i quali da un mero comportamento materiale non è possibile collegare gli stessi effetti di un provvedimento espresso. Dal silenzio deriverebbe quindi soltanto una legittimazione del privato a intraprendere l'attività oggetto dell'istanza

38 F. G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2002, 239, secondo il quale "la dottrina pubblicistica, nella convinzione della trasponibilità degli schemi privatistici di ricostruzione dei fenomeni giuridici nel diritto pubblico, ha qualificato l'inerzia come provvedimento tacito; come provvedimento implicito; e come provvedimento presunto".

39 A. TRAVI, *op. cit.*, 65, secondo il quale, in merito alla necessità di collegare il silenzio dell'amministrazione a un atto "Riemergono piuttosto motivi più generali, di rilevanza sostanziale, connessi con tendenza già riscontrata (e della quale l'interpretazione del "silenzio" dell'amministrazione era solo un'espressione), a identificare negli atti amministrativi i fattori produttivi di effetti giuridici nel diritto amministrativo".

40 R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 680, secondo i quali "in ragione della natura formalmente attizia del silenzio, lo stesso sarà suscettibile di impugnativa, da esperirsi nell'ordinario termine decadenziale, da parte dei terzi controinteressati".

41 Il Consiglio di Stato ha infatti statuito che nel caso del silenzio assenso "l'istituto è finalizzato a consentire la pronuncia del giudice amministrativo su di un comportamento che acquista un significato provvedimentale proprio in virtù dell'attribuzione di senso stabilita dalla norma" (Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1578). Ancora, "Il silenzio significativo secondo la giurisprudenza maggioritaria ha forza attiva e passiva equivalente al provvedimento espresso, con la conseguenza che l'amministrazione competente dispone solo di poteri di autotutela per contravvenire al provvedimento silenzioso" (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 1253). Sul punto anche TAR Lazio, Roma, Sez. II, 7 aprile 2016, n. 4193.

42 E. SCOTTI, *op. cit.*, 669, secondo la quale l'istituto è da ricondurre a "un semplice fatto giuridico in senso stretto; e non è in alcun modo rappresentabile quale esercizio della funzione amministrativa".

43 F. G. COCA, *op. cit.*, 239, secondo il quale nei casi di silenzio assenso la norma "stabilisce che, nelle ipotesi tassativamente previste, a determinare il nuovo assetto di interessi sia (non il provvedimento formale, bensì) il fatto giuridico dell'inerzia legalmente valutata". Pertanto, "il silenzio-assenso può essere ascritto nel novero dei fatti giuridici con valore legale tipico" e lo stesso "corrisponde, sul piano sostanziale, ad un consenso silenzioso e, sul piano procedimentale, ad un modo (alternativo al provvedimento formale) di conclusione del procedimento".

44 M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10, 2020, 29, secondo il quale "il comportamento silenzioso non configura una modalità di esercizio della funzione, bensì un mero fatto, al quale la legge riconosce la capacità di produrre i medesimi effetti di una fattispecie diversa, ovvero dell'atto di assenso".

non riscontrata⁽⁴⁵⁾.

In questo senso è stato addirittura sostenuto come il silenzio assenso non determini l'acquisizione da parte del privato della titolarità di una situazione di vantaggio, ma piuttosto la sola legittimazione a espletare una determinata attività senza incorrere nel rischio di vedersi irrogare le sanzioni previste dall'ordinamento in caso di esercizio senza titolo. Si tratta comunque di una legittimazione temporanea e instabile in quanto potrebbe essere rimossa in caso di successivo intervento dell'amministrazione⁽⁴⁶⁾.

Tra le tesi prospettate, quest'ultima appare poco convincente in quanto sembra comportare la possibilità per il privato di svolgere un'attività in assenza di un provvedimento favorevole sebbene le materie interessate dal silenzio assenso, come detto, non sono liberalizzate.

Appare invece più convincente la tesi della natura attizia del silenzio assenso non solo perché generalmente condivisa dalla giurisprudenza, ma anche perché più in linea con la lettera della legge e con le ultime novità normative in materia sopra descritte.

L'art. 20 della l. n. 241/1990 chiarisce, infatti, espressamente che il silenzio assenso "equivale a provvedimento di accoglimento della domanda"; l'equivalenza non attiene agli effetti, ma piuttosto alla sussistenza di un provvedimento di accoglimento, il quale pertanto deve intendersi adottato.

Allo stesso modo, il comma 2-bis, del medesimo art. 20, il quale prevede l'obbligo dell'amministrazione di rilasciare un'attestazione su richiesta del privato, precisa che la stessa attestazione deve chiarire il decorso del termine "e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo". Anche in questo caso quindi non si fa riferimento alla sola produzione degli effetti, ma al concreto accoglimento della domanda, accoglimento che necessita dell'adozione di un provvedimento ancorché tacito.

La tesi qui condivisa sembra poi maggiormente in linea con le conseguenze del silenzio assenso. Il comma 3 dell'art. 20 della legge n. 241/1990, chiarisce infatti che l'amministrazione, dopo la formazione del silenzio assenso, "può assumere determinazioni in via di autotutela".

È chiaro come l'adozione di provvedimenti di secondo grado presupponga l'esistenza di provvedimenti di primo grado. Di contro, se il silenzio assenso rilevasse soltanto come mero comportamento, non è chiaro su quale atto dovrebbe essere esercitata l'autotutela prevista dal citato comma 3.

Infine, se, come si vedrà nel successivo paragrafo, il silenzio assenso determina la consumazione del potere dell'amministrazione, anche detta consumazione presuppone l'adozione di un atto.

4. Doveri di provvedere e consumazione del potere.

Come visto, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. n. 241/1990 l'amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

45 A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2006, 489, secondo il quale con il silenzio assenso si equipara al provvedimento "un fattore che rispetto ad esso è assai eterogeneo. Per una eterogeneità la quale non può non finire con l'incidere sulla equipollenza che predica. Anzitutto, e per esempio, ovviamente questa potrebbe essere solo parziale; al di là di un nucleo essenziale, che poi è il motivo che costituisce la ratio della disposizione medesima: la legittimazione dell'istante ad intraprendere l'attività che aveva chiesto che gli venisse autorizzata; almeno provvisoriamente, e non senza maggiori rischi".

46 A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2006, 99, il quale fa riferimento al fatto che dal silenzio assenso deriva una mera legittimazione ad avviare una attività e non "la acquisizione della titolarità di situazioni di vantaggio rispetto a quei beni ed a quelle attività. Il titolo di legittimazione rappresenta solo la possibilità giuridica temporanea di sperimentare l'esercizio di una situazione lecita e non definitiva. Dunque, una legittimazione minimale, temporanea, valevole ad ottenere riconoscimento in atti amministrativi successivi e connessi".

Ci si è interrogati se anche nelle materie in cui opera il silenzio assenso sussista detto obbligo tenuto conto che tali procedimenti in realtà si concludono in assenza di un provvedimento espresso⁽⁴⁷⁾.

Sussiste infatti un orientamento secondo il quale il silenzio assenso comporta un mutamento di detto obbligo in onere⁽⁴⁸⁾. In buona sostanza, solo nel caso in cui l'amministrazione intenda rigettare l'istanza del privato essa sarebbe tenuta a adottare un provvedimento espresso; di contro, nel caso in cui intenda adottare un provvedimento favorevole la stessa potrebbe anche non provvedere espressamente⁽⁴⁹⁾.

La tesi non tiene tuttavia conto del fatto che non sempre il silenzio assenso è conseguenza di una scelta dell'amministrazione che dopo aver esaminato l'istanza decide poi di non riscontrarla, consentendo così la formazione di un consenso tacito. Quest'ultimo può infatti essere anche conseguenza di inerzie o inadempimenti dell'amministrazione e in questo caso il silenzio assenso non rappresenta una modalità alternativa di provvedere concessa dalla legge, ma piuttosto una misura per rimediare all'inerzia dell'amministrazione evitando che quest'ultima gravi sul privato, il quale rischierebbe di restare *sine die* in attesa di un riscontro.

E infatti un secondo orientamento ritiene che il silenzio assenso rappresenti un rimedio previsto dall'ordinamento in favore del privato in conseguenza della violazione di un dovere giuridico in capo all'amministrazione ossia quello di provvedere con un atto espresso⁽⁵⁰⁾.

In altri termini, il silenzio assenso rappresenta una sanzione prevista per l'amministrazione come conseguenza della sua inerzia, sanzione che si configura con la perdita del potere di provvedere che, come si vedrà, deve ritenersi consumato⁽⁵¹⁾.

L'istituto non rappresenta quindi alcuna deroga al generale dovere dell'amministrazione di provvedere.

Non convince la tesi del mutamento di tale dovere in onere in quanto, come è stato rilevato, quest'ultimo comporta una libertà di agire non compatibile con l'azione (doverosa) della funzione amministrativa⁽⁵²⁾.

Del resto, l'obbligatorietà della funzione amministrativa, incompatibile con l'istituto dell'onere, emerge anche dai principi generali dell'azione amministrativa ossia buon andamento, imparzialità nonché collaborazione e buona fede (ora espressamente citati

47 E. SCOTTI, *op. cit.*, p. 686, secondo la quale "Non si riscontra, in particolare, unicità di vedute sul se resti fermo il dovere di provvedere o se invece il silenzio-assenso non supponga il superamento di tale dovere". Sul punto anche P. M. VUPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 147.

48 F. G. COCA, *op. cit.*, 239, secondo il quale il silenzio assenso "produce conseguenze anche sul modo di concepire la posizione dell'amministrazione nel procedimento amministrativo; che da una generale situazione soggettiva di «dovere» (di provvedere) viene a trovarsi in una situazione di «onere» (di provvedere), nel senso che essa è tenuta a provvedere in maniera espressa nella misura in cui intende impedire il venire in essere dell'assetto di interessi richiesto dal privato e astrattamente previsto dalla norma come compatibile con l'interesse pubblico".

49 G. MARI, *op. cit.*, 172, secondo cui, seguendo tale orientamento l'amministrazione sarebbe "tenuta a provvedere in maniera espressa nei soli casi in cui intenda impedire il venire in essere dell'assetto di interessi astrattamente previsto dalla norma come compatibile con l'interesse pubblico e richiesto dal privato".

50 G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 265, secondo il quale "la legge non autorizza in questo modo il provvedimento silenzioso: perché in un caso del genere l'autorità ha pur sempre violato l'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento con un provvedimento espresso. Solo che per ragioni di tutela del privato (e a scopo di dissuasione nei riguardi dell'amministrazione) l'inerzia viene equiparata ad un atto di assenso".

51 M. CALABRÒ, *op. cit.*, 38, secondo il quale "il meccanismo del silenzio assenso configura ex se una sanzione nei confronti di una colpevole inerzia dell'amministrazione, sanzione consistente nella perdita del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva". In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza secondo la quale il silenzio assenso non implica "alcuna deroga al potere - dovere dell'amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 della Costituzione" (Cons. St., Sez. V, 1° aprile 2011, n. 2019).

52 A. TRAVI, *op. cit.*, 242, il quale esprime perplessità sull'ammissibilità "della figura dell'onere rispetto all'attività di diritto amministrativo considerata nelle previsioni di silenzio-assenso provvedimentoale. L'azione amministrativa si configura qui come "funzione", e il suo esercizio è sempre doveroso [...]. La figura dell'onere implica invece una libertà di scelta ed è incompatibile con le nozioni di doverosità e di funzione".

anche all'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241/1990).

Peraltro, se, come visto, il dovere di provvedere rappresenta la regola generale dell'*agere* amministrativo, una eventuale deroga, non può essere desunta in via implicita, ma necessita piuttosto di una espressa previsione normativa.

Chiarito quindi che anche nelle ipotesi di silenzio assenso sussiste il dovere di provvedere, occorre a questo punto analizzare le conseguenze della formazione del silenzio assenso anzitutto dal lato della pubblica amministrazione.

In buona sostanza, occorre verificare se quest'ultima possa o meno adottare, anche dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento e quindi la formazione del silenzio assenso, atti amministrativi tardivi. La risposta a tale interrogativo comporta la necessità di verificare se dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento l'amministrazione conservi ancora il proprio potere di provvedere o se questo debba considerarsi consumato.

Anche in questo caso sussistono due principali orientamenti. Secondo un primo orientamento, in realtà minoritario, dopo il decorso del termine l'amministrazione non perde il potere di provvedere⁽⁵³⁾ e di conseguenza è possibile l'adozione di un atto amministrativo, anche di rigetto, tardivo⁽⁵⁴⁾.

Parte della dottrina ha giustificato la conservazione del potere per il fatto che, come visto, anche nelle materie nelle quali si applica il silenzio assenso sussiste il dovere dell'amministrazione di provvedere. Ebbene quest'ultimo non può considerarsi adempiuto con il mero decorso del tempo, ma necessita dell'adozione di un provvedimento espresso. Pertanto, finché ciò non avviene l'amministrazione non avrà adempiuto al proprio dovere e, di conseguenza, il suo potere non potrà ritenersi consumato⁽⁵⁵⁾.

Detto orientamento ha probabilmente trovato una qualche forma di legittimazione nella giurisprudenza secondo la quale il mero decorso del tempo non è sufficiente alla formazione del silenzio assenso. Quest'ultimo presuppone infatti anche la sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla normativa che disciplina l'istanza presentata⁽⁵⁶⁾ e che la stessa istanza sia corredata di tutta la documentazione necessaria⁽⁵⁷⁾.

In definitiva, il silenzio assenso e quindi l'atto tacito o comunque gli effetti del provvedimento di accoglimento si producono non soltanto dopo che il termine di conclusione del procedimento è scaduto, ma a patto che l'istanza risulti conforme alla

53 V. DE FALCO, *op. cit.*, 172, secondo il quale "il decorso del tempo previsto per la conclusione del procedimento, secondo parte della giurisprudenza, non consuma il potere dell'amministrazione di provvedere, in assenza di una specifica disposizione di legge".

54 L'orientamento è ripotato da M. CALABRÒ, *op. cit.*, 32, per il quale "Secondo un orientamento minoritario, la principale distinzione rispetto all'ipotesi di rilascio del provvedimento espresso ad esito positivo risiederebbe proprio nella circostanza che in caso di silenzio assenso residuerebbero in capo alla p.a. spazi di esercizio del potere di provvedere".

55 A. CIOFFI, *op. cit.*, 99, secondo cui "assume importanza quella teoria del silenzio-assenso che lo configura come «rimedio dell'inadempimento»; e soprattutto la considerazione che il dovere non si cancella e non cede all'onere di provvedere. Ne discende l'ulteriore conseguenza che l'amministrazione non perde ma conserva il potere di provvedere, pure dopo la scadenza del termine".

56 È stato rilevato che "in linea di diritto, assume rilievo dirimente il principio, già evidenziato anche dalla giurisprudenza della sezione, a mente del quale il silenzio assenso non si perfeziona per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio a far data dalla presentazione della domanda di sanatoria e del pagamento dell'oblazione, occorrendo altresì l'acquisizione della prova, da parte del Comune, della ricorrenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi stabiliti dalle specifiche disposizioni di settore"; pertanto "il silenzio assenso non si forma per effetto della presentazione di una domanda che non sia corredata dalla integrale dimostrazione dell'esistenza di detti requisiti, relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'amministrazione comunale (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. VI 27 luglio 2015 n. 3661)" (Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3204).

57 In particolare, "la formazione del silenzio assenso presuppone che la domanda sia corredata di tutta la documentazione prevista dalla normativa di settore, non implicando detto meccanismo procedimentale alcuna deroga al potere dovere della amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 Cost. ed implicando quindi siffatta disciplina che l'amministrazione sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio della autorizzazione" (Cons. St., Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 119; nello stesso senso anche Cons. St., Sez. V, 1° aprile 2011, n. 2019). Sul punto cfr. P. M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 142.

disciplina di riferimento⁽⁵⁸⁾. Pertanto, in caso contrario, non si forma il silenzio assenso e conseguentemente l'amministrazione non perde il proprio potere di provvedere da ritenere quindi non consumato.

Detto orientamento porterebbe tuttavia a inaccettabili conseguenze in termini di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici. Infatti, dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento, il privato, maturato un legittimo affidamento sull'accoglimento dell'istanza per silenzio assenso, avvierebbe l'attività oggetto dell'istanza, ma l'amministrazione, in ogni momento, potrebbe intervenire con l'adozione di un provvedimento tardivo sostenendo la mancata formazione del silenzio assenso.

Più in generale l'orientamento che sostiene la mancata consumazione del potere sembrerebbe contrastare con la stessa *ratio* dell'istituto del silenzio assenso finalizzata a sanzionare l'inerzia dell'amministrazione, evitando che quest'ultima aggravi la posizione del privato in materie, non liberalizzate, che necessitano comunque dell'adozione di un provvedimento positivo.

Appare quindi preferibile un secondo orientamento secondo il quale il decorso del termine per provvedere comporta la consumazione del potere dell'amministrazione⁽⁵⁹⁾ la quale quindi non potrà più adottare un provvedimento di primo grado⁽⁶⁰⁾.

L'orientamento appare più in linea anzitutto con la disposizione normativa la quale, come visto, prevede che decorso il termine di conclusione del procedimento l'amministrazione può intervenire soltanto in autotutela⁽⁶¹⁾.

Lo stesso orientamento risulta anche più coerente con le esigenze di semplificazione dell'istituto in esame ed evita che il privato resti *sine die* nell'incertezza di un intervento tardivo dell'amministrazione.

Se è vero, infatti, che resta comunque possibile un successivo intervento in autotutela, detto esercizio è comunque subordinato alla sussistenza di requisiti, anche temporali, che pongono almeno in parte al riparo il legittimo affidamento maturato dal privato a seguito della formazione del provvedimento tacito di assenso.

Sul punto la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nel non consentire l'adozione di un provvedimento tardivo; tuttavia, vi sono diversi orientamenti in merito alla qualificazione di quest'ultimo.

Secondo un primo orientamento il provvedimento tardivo sarebbe infatti illegitti-

58 M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 11.

59 A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2017, 481, secondo cui sussistono ipotesi di silenzio "nelle quali la previsione del termine per la conclusione del procedimento assolve alla funzione di circoscrivere entro limiti temporali predeterminati il potere dell'amministrazione. La ratio di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione dell'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti, dovuta alla circostanza che ad una di esse è attribuito il potere di determinare quell'assetto in via unilaterale, comporta che il decorso del termine implichi la decadenza del potere".

60 M. CORRADINO, *op. cit.*, 702, secondo il quale "nel caso di silenzio significativo, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di mero silenzio-inadempimento, una volta decorso il termine fissato dalla legge, l'Amministrazione rimane sfornita del potere di provvedere (se non in via di autotutela) giacché il potere si è esaurito in conseguenza del decorso del termine". Cfr. anche E. MELE, *op. cit.*, 195, secondo il quale dopo la formazione del silenzio assenso "l'Amministrazione ha perduto il potere di decidere sullo stesso, in quanto, nella specie, il relativo potere, essendo spirato il termine assegnato, non può più essere esercitato concretamente". Sul punto anche G. MARI, *op. cit.*, 175, secondo cui una "volta formato il silenzio assenso, va escluso il permanere in capo alla P.A. del potere di provvedere in modo esplicito con un provvedimento di diniego".

61 L'art. 20, comma 3, della legge n. 241/1990, prevede infatti che "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-novies".

mo e quindi annullabile⁽⁶²⁾ in quanto adottato in violazione di legge ossia del termine imposto per la conclusione del procedimento. Secondo, invece, un altro orientamento, più netto, il provvedimento sarebbe nullo o addirittura inesistente per carenza di potere (ormai consumato)⁽⁶³⁾.

La questione è stata in realtà risolta, come visto, dallo stesso legislatore, il quale ha espressamente qualificato come inefficace il provvedimento tardivo ai sensi del comma 8-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990. La novità rappresenta quindi un nuovo argomento a sostegno della tesi della consumazione del potere.

5. La situazione (di incertezza) dell'istante.

Ricostruita l'evoluzione normativa, chiarita la natura giuridica e le conseguenze del silenzio assenso per l'amministrazione, è zora possibile analizzare la posizione del privato istante a seguito della formazione del silenzio assenso.

Infatti, a prescindere dalla natura giuridica di quest'ultimo il privato avrà comunque la possibilità di intraprendere l'attività oggetto dell'istanza (es. di costruire).

In linea teorica egli si troverà nella stessa posizione del soggetto che ha ottenuto un provvedimento espresso di assenso.

In realtà, da un punto di vista pratico, l'istante si trova in una situazione non paragonabile al destinatario di un atto espresso, ma di forte incertezza e profonda instabilità⁽⁶⁴⁾.

Alla base di ciò sta il fatto che non è possibile sapere cosa ci sia dietro al silenzio assenso formatosi. È infatti possibile che l'amministrazione, dopo aver analizzato l'istanza e verificato la sussistenza dei presupposti legali, determinatasi nel voler accogliere l'istanza abbia soltanto scelto di non adottare un atto espresso sapendo che il suo silenzio avrebbe comunque portato alle stesse conseguenze di un provvedimento di accoglimento. In questo caso, in effetti, è possibile equiparare, anche sostanzialmente, la posizione del destinatario di un provvedimento espresso al beneficiario di un consenso tacito.

Occorrerebbe tuttavia domandarsi quali possano essere le ragioni che possano spingere un'amministrazione, dopo aver esaminato l'istanza, istruito il procedimento, sentito eventuali altre amministrazioni e deciso di accogliere l'istanza, a non adottare

62 È stato infatti annullato un provvedimento tardivo perché "quando il titolo abilitativo si forma per silenzio assenso, per costante giurisprudenza, l'Amministrazione non può formulare un diniego tardivo, atteso che il potere è stato giuridicamente, anche se implicitamente, esercitato, ma deve rimuovere il titolo formatosi per silenzio assenso esercitando il potere di autotutela, cioè annullandolo d'ufficio ai sensi dell'art. 21 nonies co. 1, o revocandolo ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990, ove sussistono i presupposti della revoca" (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 1° aprile 2019, n. 1798). Ancora, "il decorso del termine di novanta giorni ha prodotto, in modo naturale, l'effetto dell'assenso tacito, previsto dalla citata norma dell'art. 3 primo comma del D.P.R. n. 384 del 1994, con la conseguenza che il successivo provvedimento di diniego dell'autorizzazione risulta illegittimo, in quanto adottato oltre la scadenza del termine (23 luglio 1998) di formazione dell'autorizzazione implicita. In proposito deve ulteriormente osservarsi che, se è vero che il conseguimento di un provvedimento amministrativo favorevole da parte del privato, formatosi a seguito del silenzio assenso, non esclude che l'amministrazione possa disporre, in via di autotutela e in presenza dei necessari presupposti, anche l'annullamento postumo dell'autorizzazione tacitamente assentita, nella specie tuttavia il provvedimento impugnato non ha né la forma, né la sostanza di un atto di autotutela, atteggiandosi a mero diniego tardivo dell'autorizzazione, privo della necessaria fase partecipativa, nonché dell'esplorazione dei motivi di interesse pubblico posti a sostegno dell'intervento postumo in autotutela" (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 7 giugno 2006, n. 1321).

63 Infatti, è stato sostenuto che "l'avvenuta consumazione del potere di provvedere sulla domanda di concessione edilizia, conseguita all'omessa comunicazione di un provvedimento di diniego entro il termine perentorio prescritto, impedisce all'Amministrazione di deliberare validamente l'impugnata negazione del titolo - tale dovendosi qualificare (per come formulato) l'atto sindacale prot. n. 12236 in data 17 novembre 1994 - che deve, quindi, ritenersi illegittimamente disposta in carenza di potere (rectius: inesistente), quando, cioè, ormai si era formato il silenzio assenso ed il Comune aveva irrimediabilmente perduto la potestà di definire il procedimento attivato con l'originaria istanza (già concluso con la costituzione del provvedimento implicito)" (Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854).

64 M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 11, secondo cui "la misura che doveva costituire un vantaggio per gli amministrati si è rilevata nel tempo un boomerang, privandoli della garanzia di certezza, che, con tutti i suoi limiti (ivi compresa la possibilità di un suo annullamento), è indubitabilmente offerta da un provvedimento espresso".

il provvedimento finale che a quel punto sarebbe soltanto la sintesi conclusiva di un'attività già espletata.

Appare infatti difficile immaginare che alla base di una simile scelta ci possano essere ragioni di celerità o di semplificazione, tenuto conto che le fasi più dispendiose e complesse di un procedimento amministrativo sono quella istruttoria e quella decisoria che nel caso ipotizzato sono già state svolte.

È pertanto maggiormente verosimile prospettare un'altra ipotesi, ossia quella in cui un'amministrazione che non riscontra un'istanza è un'amministrazione che o non l'ha valutata o non ha terminato, entro il termine di conclusione del procedimento, l'istruttoria pur avendola avviata⁶⁵.

Ebbene, in tale ipotesi, che, come detto, appare più verosimile rispetto alla prima, la posizione del privato appare fortemente distante da quella del destinatario del provvedimento espresso. Quest'ultimo ha infatti avuto un assenso non solo formale, ma anche sostanziale dietro al quale vi è la concreta decisione dell'amministrazione di accogliere l'istanza presentata.

In definitiva, in caso di formazione del silenzio assenso, non vi è stata alcuna effettiva decisione dell'amministrazione e ciò significa che quando quest'ultima terminerà, ancorché in ritardo, l'istruttoria e giungerà alla propria reale decisione finale di accogliere o meno l'istanza, arriverà il momento della "resa dei conti".

Se, infatti, la decisione sarà favorevole la situazione resterà sostanzialmente invariata; anche se, in realtà, un provvedimento espresso, ancorché sotto la forma di un atto meramente confermativo, sarà certamente apprezzato dal privato. Quest'ultimo avrà infatti finalmente un atto dell'amministrazione che garantirà maggiore certezza anche nei rapporti con i terzi.

Il vero punto è legato invece all'ipotesi in cui l'amministrazione, conclusa l'istruttoria, si renda conto che l'istanza era da respingere fin dall'inizio.

In questa ipotesi sarà dunque necessario fare i conti con il fatto che l'istanza è stata ormai già accolta e il privato, facendo in buona fede legittimo affidamento sul consenso tacito dell'amministrazione, ha verosimilmente (e soprattutto legittimamente) già avviato la propria attività.

In buona sostanza, l'amministrazione si trova quindi a intervenire su una situazione già definita positivamente per il privato.

Sebbene, come visto, in questi casi l'amministrazione può intervenire soltanto in autotutela, si tratta tuttavia di una situazione sulla quale conviene svolgere alcune considerazioni stante la sua peculiarità⁶⁶.

È vero che formalmente si tratta di un intervento in autotutela e che pertanto detto intervento sarà soggetto ai relativi limiti, anche di ordine temporale, ma è altrettanto vero che, nella sostanza, si tratta di un intervento di primo grado con il quale l'amministrazione, per la prima volta, si pronuncia espressamente sull'istanza.

Nei fatti è quindi possibile che l'amministrazione si comporti da un punto di vista pratico e operativo come se adottasse un provvedimento di primo grado senza tenere in considerazione le esigenze di pubblico interesse come dovrebbe invece avvenire in caso di intervento in autotutela.

Non a caso, secondo un orientamento giurisprudenziale, in queste ipotesi, l'azione dell'amministrazione ha profili valutativi tipici della funzione di primo grado e pertanto non è necessaria la specifica indicazione di ragioni di pubblico interesse stante la necessità di rimuovere gli effetti *contra legem* derivanti dal silenzio assenso. In questi

⁶⁵ Si ritiene invece di non prendere nemmeno in considerazione il caso, considerabile come mera ipotesi di scuola, dell'amministrazione che terminata l'istruttoria non sia in grado o peggio non voglia adottare la decisione finale.

⁶⁶ E. SCOTTI, *op. cit.*, 684, secondo la quale "quella sul silenzio-assenso costituisce un'ipotesi di autotutela sui generis".

casi infatti, secondo detto orientamento, viene ripristinata una situazione conforme al dettato normativo e, conseguentemente, all'interesse pubblico collegato all'istanza presentata⁽⁶⁷⁾.

Anche tale orientamento conferma la differenza sostanziale tra il destinatario di un provvedimento espresso e colui che può intraprendere la propria attività soltanto a seguito della formazione del silenzio assenso. Questo secondo si troverà infatti in una situazione obiettivamente più instabile e di incertezza⁽⁶⁸⁾ perché esposto all'esame tardivo della propria istanza che potrà portare a un intervento che, ancorché avrà la forma dell'autotutela, nella sostanza avrà i caratteri di un intervento di primo grado. Detto intervento tardivo, impattando su una situazione fattuale ormai delineatasi, avrà conseguenze per l'istante anche nei rapporti con i terzi⁽⁶⁹⁾.

Detta situazione risulta ancor più instabile in ragione del fatto che, come sopra accennato, sussiste un orientamento giurisprudenziale per il quale la presentazione dell'istanza e il decorso del termine di conclusione del procedimento non è di per sé sufficiente alla formazione del silenzio assenso. Ciò nonostante, questi due elementi, a rigore, sono gli unici espressamente previsti dalla legge.

Secondo tale orientamento è necessario, infatti, come visto, che l'istanza presentata sia completa di tutti i requisiti richiesti dalla norma e che quindi sia conforme al paradigma legale di riferimento⁽⁷⁰⁾. In tal caso, quindi, il privato, dopo aver avviato la propria attività, potrebbe sentirsi opporre, a distanza di tempo, la mancata formazione del silenzio assenso a causa dell'incompletezza dell'istanza presentata.

67 In particolare, è stato affermato che l'amministrazione "nell'esercizio del proprio potere di autotutela, è chiamata a ristabilire, sulla base di una prognosi postuma, quell'equilibrio tra confliggenti e/o convergenti interessi pubblici e privati che l'atto illegittimo abbia potuto incrinare o alterare. Ciò, tanto più, quando – come, appunto, nella specie – ogni apprezzamento discrezionale sia per la prima volta compiuto in sede di riesame, per essere mancata, in precedenza, un'attività provvedimentale espressa da parte dell'amministrazione competente e per essersi, quindi, formato, in conseguenza della mera inerzia di quest'ultima il silenzio assenso sull'istanza del privato. Ed invero, l'annullamento d'ufficio del silenzio-assenso presenta necessariamente taluni aspetti peculiari rispetto all'ipotesi ordinaria in cui formi oggetto di intervento in via di autotutela un provvedimento espresso. In particolare, poiché, per definizione, l'assenso tacito costituisce espressione di attività provvedimentale solo in virtù di *factio iuris*, deve necessariamente ritenersi che l'inerente potere di autotutela assorba in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, ma che l'amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare. La funzione sollecitatoria a cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non può, infatti, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (art. 97 Cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa. Pertanto, in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante. Correlativamente, è stato reputato legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio assenso, ove l'amministrazione, pur senza enucleare specifici profili di illegittimità dell'atto da annullare e specifiche, distinte, ragioni di interesse pubblico giustificanti l'annullamento medesimo, abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell'assetto di interessi scaturenti dal provvedimento tacito, in rapporto a quello inerente alla funzione tipica cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, pervenendo, ove ne abbia riscontrato la dissonanza, alla rimozione dell'assetto ritenuto *contra legem* ed al ripristino di quello risultante conforme all'interesse pubblico da perseguire" (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 settembre 2010, n. 17398, richiamata anche da Cons. St., Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767). Cfr. G. MARI, *op. cit.*, 176. Sul punto anche E. SCOTTI, *op. cit.*, 685, la quale fa riferimento a decisioni "inclinati a configurare in modo semplificato l'autotutela sul silenzio-assenso sia quanto al dovere di motivazione sia quanto a forme procedurali".

68 M. CALABRÒ, *op. cit.*, 36, secondo il quale "la posizione del cittadino che abbia beneficiato degli effetti di un silenzio assenso si connota di una maggiore fragilità rispetto a colui al quale sia stato rilasciato il provvedimento espresso, essendo, il primo, titolare di un legittimo affidamento "più debole", ed assoggettato all'esercizio di un potere di autotutela "più probabile" e "meno limitato".

69 Si pensi, ad esempio, ai rapporti con l'appaltatore scelto per la realizzazione di una costruzione oggetto di un permesso di costruire che dopo essere stato concesso tacitamente viene rimosso con un successivo intervento in autotutela.

70 È stato infatti statuito che il silenzio assenso si può formare soltanto quando "l'Amministrazione riscontri la sussistenza dei requisiti stabiliti dalla legge" (Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2218). Sul punto cfr. G. MARI, *op. cit.*, 172, secondo cui detto orientamento consente all'amministrazione di intervenire senza limiti di tempo in quanto l'intervento "va considerato non come atto di annullamento di un provvedimento tacitamente assentito, ma come accertamento negativo della formazione del silenzio assenso sulla relativa istanza".

Al di là della situazione di incertezza che genererebbe, detta impostazione si presta tuttavia a una critica agevole. La completezza e la regolarità dell'istanza rappresentano infatti elementi che l'amministrazione è tenuta a verificare entro il termine di conclusione del procedimento. Se questa non ha adempiuto al proprio dovere, non appare ragionevole far "scontare" detta inadempienza al privato che in questo modo sarebbe esposto non solo al rischio di un intervento in autotutela, peraltro, come visto, in parte privo delle relative garanzie, ma anche all'ulteriore rischio di essere "accusato" di aver intrapreso un'attività *sine titulo* a causa della mancata formazione del silenzio assenso.

Alle criticità di cui sopra occorre aggiungere anche un ulteriore aspetto che, seppur più strettamente pratico, risulta non per questo meno rilevante. A seguito della formazione del silenzio assenso un privato sa di avere la possibilità di avviare la propria attività, ma non ha tuttavia alcun provvedimento formale che la legge richiede.

Questo può far sorgere problemi di carattere pratico sia nei rapporti con i terzi, sia in caso di eventuali controlli o verifiche. Questi ultimi sono infatti agevolati dalla presenza di un provvedimento espresso favorevole e resi invece più complessi nel caso del silenzio assenso.

Se nel primo caso è infatti sufficiente esibire un documento, nel secondo, il privato è tenuto a dimostrare la trasmissione dell'istanza, nonché a fronte della giurisprudenza di cui sopra, la sua completezza e regolarità, la ricezione della stessa, il decorso del termine di conclusione del procedimento, nonché il fatto che la materia oggetto dell'istanza rientra tra quelle in cui opera il silenzio assenso.

In definitiva, in conseguenza di un inadempimento dell'amministrazione il privato vede aumentare i propri adempimenti per buona pace dei principi di lealtà e collaborazione di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo.

6. I tentativi di "salvare" il silenzio assenso.

Anche grazie agli approfondimenti della dottrina sono emersi quindi i limiti del silenzio assenso sopra descritti e la situazione di incertezza che esso comporta⁽⁷¹⁾.

Per questo, come visto, il legislatore, nel corso degli anni, anche di recente, è più volte intervenuto sulla disciplina introducendo strumenti e previsioni volti a rafforzare la sua operatività e a porre rimedio alle criticità sopra delineate⁽⁷²⁾.

Il legislatore ha infatti dimostrato una certa convinzione nel voler sostenere tale istituto quale strumento in attuazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa volto a superare l'eccessivo "dirigismo burocratico"⁽⁷³⁾.

Detti interventi, in realtà, da un lato, non sembrano aver risolto i problemi connessi all'istituto, dall'altro lato, dimostrano la scarsa capacità del legislatore di prendere coscienza dell'inefficacia dello strumento e di analizzare soluzioni alternative.

Come visto, il legislatore, dopo aver qualificato il silenzio assenso come regola generale nei procedimenti a istanza di parte e dopo aver, per ragioni di certezza, previsto un elenco dei procedimenti in cui esso opera, nel 2020, ha inserito il comma 8-*bis* all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale ha espressamente qualificato come

71 F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 268, secondo il quale l'istituto è stato criticato dalla dottrina in quanto "esso potrebbe coprire una inerzia assoluta dell'amministrazione o una mancata valutazione degli interessi e, in ogni caso, non soddisfa l'esigenza di certezza da parte del soggetto privato (vi è un maggior rischio: che la pubblica amministrazione intervenga in autotutela ex post o che successivamente intervenga il giudice penale)".

72 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo cui "l'istituto del silenzio-assenso ha ricevuto anche di recente ulteriori, ennesimi ritocchi, intesi, evidentemente, a renderlo (infine) efficace".

73 G. MARI, *op. cit.*, 169, secondo la quale il principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione va "letto "in un'ottica moderna", che tenga conto dell'esigenza di assicurare il "primato dei diritti" della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di dirigismo burocratico"; "nella logica del primato dei diritti, i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati)".

inefficaci gli atti adottati a seguito del decorso del termine di conclusione del procedimento.

La misura è volta a evitare l'adozione di provvedimenti tardivi di primo grado e fare in modo quindi che l'amministrazione, dopo la formazione del silenzio assenso, possa intervenire soltanto in autotutela. La previsione sembrerebbe avvalorare l'orientamento secondo il quale anche nelle ipotesi di silenzio assenso sussiste il dovere dell'amministrazione di provvedere e quello per il quale il decorso del termine di conclusione del procedimento comporta la consumazione del potere.

La disposizione potrebbe inoltre rappresentare un argomento per porre un freno a quell'orientamento giurisprudenziale sopra citato secondo il quale il solo decorso del termine di conclusione del procedimento non comporta la formazione del silenzio assenso se l'istanza non era conforme al paradigma legale.

Se è vero che in questo caso la giurisprudenza ha escluso la configurabilità del silenzio assenso, il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo collega l'inefficacia del provvedimento tardivo non alla formazione del silenzio assenso, ma piuttosto al solo decorso del termine di conclusione del procedimento. In altri termini, a prescindere dal fatto che l'istanza fosse o meno conforme al paradigma legale, l'amministrazione non può comunque più adottare un provvedimento tardivo in quanto lo stesso sarebbe inefficace.

Inoltre, se, seguendo detto indirizzo giurisprudenziale, l'incompletezza della domanda esclude la formazione del silenzio assenso e se, in ragione della nuova disposizione, l'amministrazione non può comunque più adottare un provvedimento di primo grado, le conseguenze (alternative) sarebbero due: o il privato può avviare l'attività *sine titolo*, o lo stesso non può avviare alcuna attività.

È chiaro come entrambe le conseguenze non possano rappresentare l'intenzione del legislatore il quale, da un lato, non può consentire l'avvio di attività senza titolo nell'ambito di materie non liberalizzate, dall'altro lato, impedire *in toto* l'avvio di attività dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento si porrebbe in contrasto con la stessa *ratio* sottesa al silenzio assenso volta a sanzionare l'inerzia dell'amministrazione.

In ogni caso, con riferimento alla nuova disposizione, pur prescindendo da giudizi legati al fatto che essa ha previsto una conseguenza (quella dell'inefficacia) non configurabile come una categoria dogmatica autonoma⁽⁷⁴⁾, la stessa non sembra comunque aver risolto quello che è, come visto, il principale problema tra quelli sopra delineati. L'amministrazione potrebbe sempre intervenire in autotutela con provvedimenti che, secondo l'orientamento sopra riportato, nella sostanza rappresentano atti di primo grado privi di tutte le garanzie e i requisiti previsti per l'autotutela.

Come visto, il silenzio assenso comporta anche delle problematiche in termini di certezza nei rapporti con i terzi, anche in caso di controlli, a causa dell'assenza di un provvedimento espresso che dimostri l'assenso dell'amministrazione.

Per cercare di sopperire a quest'ultima esigenza, nel 2021, il legislatore ha inserito il comma 2-*bis* dell'art. 20 della legge n. 241/1990 il quale prevede l'obbligo dell'amministrazione di rilasciare, su richiesta del privato, una attestazione di avvenuto decorso del termine di conclusione del procedimento e quindi di formazione del silenzio assenso.

La *ratio* è evidente, ossia quella di far ottenere al privato un documento di provenienza dell'amministrazione che possa essere fatto valere nei rapporti con i terzi.

Questo, indubbiamente lodevole, obiettivo si scontra tuttavia con l'origine del

⁷⁴ M. MACCHIA, *op. cit.*, 181, secondo il quale "nel nostro ordinamento, in termini di teoria generale, l'inefficacia non risulta essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile unicamente come una conseguenza in termini di perdita della capacità di produrre effetti conseguente all'accertamento di una serie di cause di invalidità o fattispecie tipicamente previste (nullità, annullabilità, simulazione, risoluzione, etc.)."

problema. Il privato non ha infatti a disposizione un provvedimento di provenienza dell'amministrazione per il fatto che quest'ultima ha già violato un proprio dovere ossia quello di concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Non è quindi chiara la ragione per la quale la stessa amministrazione dovrebbe invece adempiere a questo secondo nuovo obbligo ossia di rilasciare l'attestazione di avvenuto decorso del termine.

Se, infatti, come è immaginabile, l'amministrazione non ha provveduto sull'istanza originaria per motivi organizzativi o strutturali (es. carenza di organico o eccessivo sovraccarico di lavoro) e non certo intenzionalmente, è chiaro come tale previsione non farebbe altro che peggiorare la situazione degli uffici pubblici che si troverebbero così a dover evadere non solo le istanze originarie, ma anche le successive richieste di attestazione di decorso del termine.

Una conseguenza facilmente immaginabile e che forse è stata ipotizzata anche dallo stesso legislatore del 2021 che ha previsto infatti una misura volta a porvi rimedio. Si è previsto infatti che, decorsi dieci giorni dalla richiesta di attestazione, il privato può autodichiarare il decorso del termine di conclusione del procedimento sostituendo così l'attestazione che doveva essere rilasciata dall'amministrazione.

Sul punto conviene svolgere alcune considerazioni. Anzitutto ci si domanda il motivo per il quale non si stato concesso già in prima battuta al privato di attestare il decorso del termine senza onerare lo stesso di presentare un'ulteriore istanza per dare, per così dire, una seconda *chance* all'amministrazione già inadempiente. Ma soprattutto, se l'esigenza del privato era quella di avere un documento di provenienza dell'amministrazione da far valere nei confronti dei terzi, ci si domanda se una simile esigenza possa essere soddisfatta da una autodichiarazione redatta dallo stesso privato.

Alla fine di tutto quest'ultimo continuerà a non avere alcun documento dall'amministrazione, ma soltanto una propria autodichiarazione che verosimilmente non soddisfa le esigenze di certezza sopra rappresentate. Se infatti nei rapporti con i terzi non era sufficiente la dimostrazione della formazione del silenzio assenso non si comprende come possa esserlo una dichiarazione proveniente dallo stesso soggetto che ha presentato l'istanza originaria.

Peraltro, seguendo l'orientamento giurisprudenziale per il quale la formazione del silenzio assenso presuppone tutti i requisiti di legge, un privato che in buona fede ne attesta la sua formazione rischia addirittura di rendere una dichiarazione falsa con conseguenze, anche penali, ove poi dovesse essere accertata l'insussistenza di uno dei requisiti di legge⁽⁷⁵⁾.

Oltre alle conseguenze di cui sopra, non può infine non essere considerato il fatto che il silenzio assenso comporta di fatto un arretramento del potere pubblico che a causa della sua inefficienza rinuncia al suo dovere di controllo e di accertamento di compatibilità con l'interesse pubblico delle istanze dei privati⁽⁷⁶⁾. Queste si considerano

75 M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 11, secondo cui se le sentenze del giudice amministrativo continueranno "ad affermare che il titolo implicito si forma solo in presenza dei requisiti di legge — se riterranno che nella specie tali requisiti non sussistevano, saranno purtroppo pronte a dire che l'interessato che, pur in buona fede, ha dichiarato la formazione del silenzio assenso, non soltanto ha avviato e svolto un'attività sine titolo, ma ha anche reso una dichiarazione "falsa o mendace", esponendosi a tutte le conseguenze a ciò correlate".

76 M. CLARICH, *op. cit.*, 249, secondo il quale l'amministrazione "abdicò così al proprio ruolo di cura dell'interesse pubblico". Sul punto vedi anche A. TRAVI, *op. cit.*, 253, per il quale l'istituto "in definitiva, privilegia l'interesse del richiedente rispetto agli interessi degli altri soggetti coinvolti". Cfr. anche P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo il quale "l'unico effetto certo e immediato del silenzio-assenso, infatti, dal lato dell'interesse pubblico, è il danno o la distruzione irrimediabile del bene comune, che resta esposto all'intervento di trasformazione diviso dal privato, ancorché non consentito dal regime giuridico sostanziale vigente".

infatti accolte senza alcuna forma di reale accertamento⁽⁷⁷⁾. In altri termini l'esigenza di una ponderazione tra gli effetti coinvolti è "sacrificata" di fronte all'esigenza di garantire la "rapidità del traffico giuridico"⁽⁷⁸⁾.

Ciò che può certamente rappresentare un *vulnus* nell'attività c.d. vincolata dove l'amministrazione è tenuta soltanto a verificare la sussistenza dei presupposti di legge, diventa invece difficilmente accettabile in materie caratterizzate da discrezionalità amministrativa⁽⁷⁹⁾. E infatti la stessa Corte costituzionale ha censurato le ipotesi di silenzio assenso in procedimenti caratterizzati da elevata discrezionalità⁽⁸⁰⁾.

Inoltre, come è stato rilevato, il silenzio assenso comporta il venire meno dell'obbligo di motivazione e introduce elementi di opacità in un procedimento, quello amministrativo, che di contro dovrebbe essere caratterizzato, per legge, dalla trasparenza⁽⁸¹⁾.

Anche a livello europeo è stata infatti rilevata la preoccupazione che forme di silenzio assenso determinino il rischio che non venga svolta una completa attività istrutto-

77 Anche la dottrina di altri Paesi come quello francese ha rilevato tali rischi. Sul punto V. DE FALCO, *op. cit.*, 156, secondo il quale "l'idea affermata diffusamente ha considerato il silenzio assenso come una vera e propria minaccia al corretto esercizio della funzione pubblica, che avrebbe determinato ampliamenti nelle sfere soggettive dei richiedenti senza che, attraverso provvedimenti espressi, l'autorità amministrativa avrebbero potuto precisare condizioni, limiti, ecc., conformare cioè l'esercizio delle attività sottoposte ad autorizzazioni preventive".

78 M. CORRADINO, *op. cit.*, 701.

79 A. TRAVI, *op. cit.*, 253, secondo il quale "sembra discutibile l'introduzione del silenzio-assenso in un ambito rispetto al quale è stato ritenuto essenziale garantire all'amministrazione un potere di apprezzamento e di scelta fra i vari interessi, secondo i criteri della discrezionalità". Anche secondo B. G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 347, il silenzio assenso è maggiormente adatto nei "procedimenti a iniziativa di parte, nei quali la discrezionalità dell'amministrazione è assente o molto limitata e il provvedimento amministrativo ha essenzialmente una funzione di controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dalle norme per la produzione di un certo effetto giuridico". Sul punto R. GALLI, *op. cit.*, 490, secondo il quale "la scelta discrezionale rende necessario lo svolgimento di un regolare «iter» procedimentale che non può subire semplificazioni". Cfr. anche E. SCOTTI, *op. cit.*, 665, la quale fa riferimento alla "idea di una riserva di funzione amministrativa intesa come riserva di valutazione discrezionale che, effettivamente, se intesa nel suo massimo rigore dovrebbe condurre ad escludere meccanismi di semplificazione ogni qual volta sia presente un sia pur minimo spazio di discrezionalità, vale a dire di autonomia dell'amministrazione". Tuttavia, sembrerebbe essere prevalsa "l'idea che sussista una, sia pur relativa, compatibilità tra silenzio-assenso e discrezionalità".

80 Corte cost., 19 ottobre 1992, n. 393 la quale ha chiarito l'incompatibilità del meccanismo del silenzio assenso in materia di approvazione di strumenti urbanistici. La sentenza è stata richiamata da una successiva decisione della stessa Corte costituzionale la quale ha affermato che "Il problema della possibilità del silenzio-assenso in sede di approvazione di questo strumento urbanistico è stato già negativamente risolto dalla menzionata sentenza n. 393 del 1992 di questa Corte che ha dichiarato incostituzionale, anche in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, la previsione di esso contenuta nel comma 4 dell'art. 16 della legge n. 179 del 1992, più volte richiamato. La decisione della Corte ha rimarcato "Irrazionalità e il contrasto della normativa... con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, considerata anche la... mancanza del diversificato contributo degli organi ed uffici competenti in base alle norme generali". È implicito nella decisione della Corte che il silenzio-assenso e comunque i tempi tecnici assegnati alla regione impediscono un esame puntuale e dettagliato del programma, che, tra l'altro, è sottoposto alla sua approvazione proprio e soltanto se in variante agli strumenti urbanistici. In base al sistema - è questo il significato sotteso alla richiamata sentenza n. 393 del 1992 - la previsione del silenzio-assenso può ritenersi ammissibile in riferimento ad attività amministrative nelle quali sia pressoché assente il tasso di discrezionalità, mentre la trasposizione di tale modello nei procedimenti ad elevata discrezionalità, primi tra tutti quelli della pianificazione e programmazione territoriale, finisce per incidere sull'essenza stessa della competenza regionale" (Corte cost., 27 luglio 1995, n. 408). In continuità con detto orientamento è stato poi affermato che "La illegittimità della previsione del silenzio-assenso in materia di pianificazione (non meramente attuativa e esecutiva) urbanistico-territoriale ed il conseguente venir meno di detto istituto nella normativa statale, per effetto della sentenza n. 393 del 1992, consente - come affermato nella sentenza n. 408 del 1995 - di ritenere attualmente vigente nella legge statale in materia, un principio fondamentale opposto, che considera indispensabile una valutazione esplicita da parte degli organi regionali nei procedimenti che necessitano del diversificato contributo degli organi e uffici competenti coinvolti nella procedura" (Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 26).

81 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77. Sul punto cfr. anche V. DE FALCO, *op. cit.*, 155, secondo il quale "l'istituto del silenzio assenso presenta quasi costantemente le stesse problematiche, soprattutto quando sussistono elementi di fatto che inducano a considerare espressamente gli aspetti di natura pubblicistica, e la concessione tacita di un provvedimento non appaia affatto opportuna. Allo stesso modo, sono costantemente presenti le difficoltà di garantire i terzi contro-interessati rispetto a un provvedimento tacito. Ma vi è poi il problema della motivazione obbligatoria, della rimozione degli effetti attraverso procedimenti di secondo grado, ecc."

ria e quindi una adeguata ponderazione degli interessi coinvolti⁽⁸²⁾.

Inoltre, è stato rilevato come il silenzio assenso non determini nemmeno una responsabilizzazione dei funzionari, i quali, al contrario, potrebbero sentirsi “coperti” dall’effetto di accoglimento previsto dalla legge ed evitare di esporsi direttamente. Pertanto, il silenzio assenso rischia anche di favorire la c.d. fuga dalla firma⁽⁸³⁾.

7. I rimedi “avverso” il silenzio assenso.

È quindi evidente la peculiarità della posizione del privato destinatario di un provvedimento tacito di assenso. Egli può infatti legittimamente avviare l’attività oggetto della sua istanza, ma sa tuttavia di trovarsi in una situazione di incertezza e di indubbia instabilità.

Per tali ragioni, lo stesso potrebbe avere un interesse a ottenere il rilascio di un provvedimento espresso da parte dell’amministrazione sia esso di accoglimento sia di rigetto⁽⁸⁴⁾.

È utile quindi verificare se l’ordinamento preveda degli strumenti, anche giurisdizionali, per tutelare questo suo interesse.

Se un soggetto leso da un provvedimento tacito di assenso potrà certamente impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo per chiederne l’annullamento, una simile possibilità non potrà naturalmente essere invece riconosciuta al destinatario dello stesso provvedimento. Trattandosi infatti di un provvedimento favorevole egli, non avendo subito alcuna lesione, non avrebbe alcun interesse alla proposizione dell’azione.

Si potrebbe immaginare la possibilità per quest’ultimo di esperire un’azione di mero accertamento, volta a chiedere al giudice di accertare la formazione del silenzio assenso e quindi del provvedimento tacito favorevole⁽⁸⁵⁾.

Si tratta tuttavia di un’azione che non appare risolutiva in quanto il privato continuerà a non avere alcun atto di provenienza dell’amministrazione e resterà in ogni caso salvo il potere di quest’ultima di intervenire tardivamente con le forme dell’autotutela.

82 In particolare, è stato riconosciuto che “un’ autorizzazione tacita non può considerarsi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che, come la Commissione ha osservato, una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari né di indagini successive e di controlli. Ne viene che la normativa nazionale non attua la direttiva con la precisione e la chiarezza prescritte per conformarsi pienamente al principio della certezza del diritto” (Corte giust. UE, 28 febbraio 1991, C-360/87). Sul punto cfr. anche D. SORACE, *op. cit.*, 429 nonché G. MARI, *op. cit.*, 178 ss.

83 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, per il quale “i funzionari, che preferiscono essere “coperti” dalla finzione di legge del silenzio-assenso per non doversi prendere neanche il rischio di scrivere e sottoscrivere (“mettendoci la faccia”) un provvedimento favorevole illegittimo (in mancanza di requisiti e presupposti); il silenzio-assenso favorisce, dunque, il fenomeno della così detta “fuga dalla firma”.

84 Altri ordinamenti non hanno introdotto sistemi di silenzio assenso, ma piuttosto previsto meccanismi per costringere l’amministrazione ad adempiere. Sul punto cfr. V. DE FALCO, *op. cit.*, 152, secondo il quale “In Svezia, non si tende, di norma, ad attribuire alcun effetto al silenzio della pubblica amministrazione, così come nella maggior parte dei Paesi di common law, dove si preferisce ipotizzare strumenti per costringere l’amministrazione ad adottare il provvedimento finale, o a risarcire i danni provocati dall’inerzia amministrativa”.

85 Sull’ammissibilità dell’azione di accertamento in materia di silenzio assenso cfr. E. SCOTTI, *op. cit.*, 692. In giurisprudenza è stato affermato che “in materia affidata alla giurisdizione esclusiva, l’azione diretta ad accertare la formazione del silenzio assenso possa essere ammessa per garantire effettività della tutela (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139, in merito all’azione di accertamento dell’inesistenza dei presupposti della d.i.a.) di chi abbia un interesse qualificato ad ottenere una sentenza dichiarativa che possa tener luogo nei rapporti con terzi del titolo che si assume l’amministrazione abbia omesso di emanare. Appare infatti soluzione che richiede manovre di evidente artificialità quella secondo cui l’interessato, non potendo chiedere l’accertamento della sua posizione, dovrebbe invece attivarsi per provocare provvedimenti che disconoscano la formazione dell’assenso tacito da poter impugnare in un ordinario giudizio di annullamento. Lart. 24 Cost. esprime al contrario l’esigenza secondo cui “occorre ... che la tutela assicuri in modo specifico l’attuazione della pretesa sostanziale”, cosicché “anche per gli interessi legittimi la garanzia costituzionale impone di riconoscere l’esperibilità dell’azione di accertamento autonomo di questa posizione sostanziale, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente” (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, ancora in tema di D.I.A.)” (TAR Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 100).

Il destinatario del silenzio assenso non potrà poi esperire la c.d. azione avverso il silenzio prevista dal codice del processo amministrativo⁽⁸⁶⁾. Quest'ultima, infatti, è lo strumento previsto avverso le forme di silenzio inadempimento ossia il silenzio non significativo dal quale quindi non deriva alcun provvedimento tacito, né di assenso, né di rigetto⁽⁸⁷⁾. In questi casi il privato può chiedere al giudice di accertare l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione e la condanna della stessa a provvedere oltre alla nomina di un commissario *ad acta* in caso di perdurante inerzia.

L'azione presuppone quindi un'inerzia dell'amministrazione alla quale l'ordinamento non fa corrispondere alcun significato ed è quindi incompatibile con le ipotesi di silenzio assenso⁽⁸⁸⁾. Sussiste tutt'al più un orientamento giurisprudenziale che consente al privato di richiedere il rilascio di un atto meramente ricognitivo in merito alla formazione del silenzio assenso⁽⁸⁹⁾.

In definitiva l'ordinamento non riconosce al destinatario del silenzio assenso una azione giurisdizionale da esperire per chiedere la condanna dell'amministrazione a provvedere e, del resto, ciò risulta coerente con la *ratio* alla base dell'istituto.

Il presupposto per adire il giudice amministrativo è infatti la lesione di chi agisce e ciò non sussiste nel caso del silenzio assenso dove il privato è comunque destinatario di un provvedimento favorevole.

Per tali ragioni è possibile ritenere che l'interesse del privato ad avere un provvedimento espresso anche dopo la formazione del silenzio assenso debba essere qualificato tutt'al più come interesse di mero fatto non tutelabile giudizialmente.

L'inesistenza di strumenti che possano soddisfare l'interesse del privato ad avere un provvedimento espresso ha portato la dottrina a interrogarsi su possibili soluzioni per porre rimedio a una simile lacuna.

È stata così ipotizzata la possibilità di consentire al privato di scegliere, magari al momento della presentazione dell'istanza, se avvalersi o meno dell'istituto del silenzio assenso, il quale diverrebbe così uno strumento opzionale a scelta del privato⁽⁹⁰⁾.

In questo modo se il privato non acconsente, o meglio, dichiara di non volersi avvalere del silenzio assenso, l'inerzia dell'amministrazione non produrrà l'accoglimento dell'istanza, ma sarà riconducibile a una ipotesi di silenzio inadempimento. Così il privato non potrà avviare la propria attività, ma potrà tuttavia ricorrere al giudice am-

86 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, p. 198, secondo il quale l'azione avverso il silenzio costituisce "lo strumento tradizionale per la tutela degli interessi legittimi pretensivi in presenza di un comportamento inerte della pubblica amministrazione". Cfr. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 215.

87 G. MARI, *op. cit.*, 175, secondo cui risulta prevalente la tesi dell'inammissibilità del rimedio "dal momento che l'oggetto del giudizio speciale è costituito dall'inerzia della P.A. non diversamente qualificata dalla legge".

88 Secondo la giurisprudenza, infatti, il "rimedio processuale, funzionale ad una condanna dell'amministrazione a provvedere, non si attaglia all'ipotesi del silenzio significativo, in cui il problema dell'inerzia è risolto a monte dal legislatore con l'attribuzione di una valenza attizia, favorevole o contraria agli interessi del privato, contro la quale sono proponibili gli ordinari strumenti di impugnazione" (Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469). Sul punto E. SCOTTI, *op. cit.*, 694, secondo la quale "a fronte di un effetto *ex lege* di accoglimento della domanda, nonostante il comportamento inerte della P.A., non si verifica quella situazione di inadempimento che l'azione *ex art. 31 c.p.a.* tende a rimuovere".

89 In particolare, "va riconosciuto che le esigenze di trasparenza, certezza e buona amministrazione sancite dalla L. n. 241 del 1990, postulano che l'Amministrazione non possa certamente rimanere inerte a fronte della diffida presentata dall'odierna ricorrente e debba invece pronunciarsi espressamente su di essa. Resta inteso che l'Amministrazione potrà pronunciarsi in senso positivo, rilasciando il richiesto titolo in forma cartacea ricognitivo del permesso di costruire già assentito "per silentium", ove ritenga sussistenti i relativi presupposti" (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 16 maggio 2016, n. 5789).

90 M. CALABRÒ, *op. cit.*, 36, secondo cui "Tale risultato lo si potrebbe agevolmente conseguire, *de iure condendo*, attraverso una modifica dell'art. 20 della l.n. 241/1990, volta a qualificare il silenzio assenso come istituto a carattere facoltativo: se il privato dovesse ritenere il modello decisionale per silentium potenzialmente lesivo dei propri interessi, egli dovrebbe essere messo nelle condizioni di poter dichiarare *ab initio* (ovvero al momento della presentazione dell'istanza) di non optare per il regime del silenzio significativo, preferendo, piuttosto, beneficiare del diverso rimedio all'inerzia rappresentato dal rito speciale in materia di silenzio".

ministrativo attraverso il rito avverso il silenzio e chiedere l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e la condanna della stessa a provvedere, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

Si tratta di una scelta che certamente potrebbe allungare i tempi per il privato, il quale tuttavia all'esito dell'*iter*, anche eventualmente giudiziario, riuscirebbe a conseguire un provvedimento espresso e così una situazione di maggiore certezza. Peraltro, è possibile che già la presentazione del ricorso possa in qualche modo sollecitare l'amministrazione la quale potrebbe essere portata a adempiere anche per evitare condanne alle spese.

Tale soluzione naturalmente necessita di un intervento normativo che introduca la facoltà del privato di poter rinunciare al silenzio assenso, ciò al fine di consentire allo stesso di valutare autonomamente se avvalersi o meno di tale istituto. Egli potrà infatti scegliere se prediligere esigenze di celerità o di certezza. Nel primo caso potrebbe essere portato ad avvalersi del provvedimento tacito, nel secondo, ad attendere il conseguimento di un provvedimento espresso, se del caso anche dopo il ricorso al giudice amministrativo.

Si tratta di una valutazione che invece, al momento, è stata già eseguita dal legislatore il quale ha ritenuto preferibile prediligere le esigenze di celerità, senza tuttavia considerare le conseguenze sopra descritte.

Quella sopra prospettata è una soluzione che se certamente da un lato riconosce uno strumento, o quanto meno una facoltà di scelta, al privato (non inadempiente), dall'altro lato, rischia di porsi in contrasto con la stessa *ratio* sottesa al silenzio assenso.

Quest'ultimo, infatti, come visto, è volto a snellire, semplificare e velocizzare il procedimento amministrativo facendo in modo che dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento si producano gli effetti di un provvedimento di accoglimento.

Se così è, consentire al privato di rifiutare questo effetto significherebbe, da un lato, non snellire l'*iter* procedimentale, dall'altro lato, rischiare l'avvio di ulteriori contenziosi avverso il silenzio, contenziosi che, di contro, l'istituto del silenzio assenso intende invece evitare stante anche la loro rilevanza in termini di carico giudiziario⁽⁹¹⁾.

8. Conclusioni e possibili soluzioni innovative.

Il silenzio assenso, un istituto introdotto per semplificare e velocizzare i procedimenti amministrativi, è divenuta una misura che, anche a seguito dei diversi interventi normativi susseguitisi nel corso degli anni, sembra destinata a non raggiungere il proprio obiettivo⁽⁹²⁾.

Il privato si trova infatti nella possibilità sì di avviare un'attività, ma senza un provvedimento espresso, con il rischio che l'amministrazione contesti anche a distanza di tempo la formazione del silenzio assenso, che la stessa intervenga in autotutela anche in assenza di tutti i requisiti e con la difficoltà di provare nei rapporti con i terzi l'esistenza del provvedimento favorevole.

Una situazione di profonda incertezza e di instabilità dalla quale il privato non ha tuttavia modo per uscire. Egli non può infatti ricorrere al giudice per ottenere un provvedimento che formalmente già possiede.

Lo stesso si trova quindi a dover sperare che il provvedimento tacito acquisito non venga tardivamente rimesso in discussione dall'amministrazione.

91 In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario la Relazione del Presidente del TAR Lazio del 3 marzo 2023 ha riportato alcuni dati, tra i quali il numero dei ricorsi proposti nell'anno 2021 classificati per materia. Tra queste, quella con il maggior numero di ricorsi è la materia del "silenzio della pubblica amministrazione" con 3.395 ricorsi su un totale di 13.953, ossia il 24,33%.

92 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo cui il silenzio assenso costituisce "un ferro vecchio ormai inutile, un residuo del passato che ha ampiamente fatto il suo tempo e che davvero non si comprende perché il legislatore si ostini ancora a voler rimettere in piedi, a voler rivitalizzare, con una sorta di accanimento terapeutico riguardo a questo istituto, che è stato sopravvalutato nel passato".

Emergono quindi tutti i limiti insuperabili del silenzio assenso, il quale muove da una finzione di base che pregiudica l'efficacia dell'istituto. Un'amministrazione che non riscontra un'istanza non è un'amministrazione che per esigenze di semplificazione sceglie di non adottare il provvedimento finale contando sul fatto che il privato avrà comunque il bene della vita richiesto. Un'amministrazione che non risponde è semplicemente un'amministrazione inadempiente che non ha esaminato l'istanza (o che non ha concluso il suo esame nei tempi previsti) e che quando lo farà, ancorché tardivamente, interverrà, se necessario anche con le forme dell'autotutela, impattando tuttavia su una situazione fattuale legittimamente creatasi.

Del resto, conviene ribadirlo, quelle in cui opera il silenzio assenso sono materie non liberalizzate e sulle quali quindi risulta necessario un provvedimento favorevole dell'amministrazione.

Ed è proprio questa la problematica principale connessa al silenzio assenso, quest'ultimo di fatto consente, in materie non liberalizzate, l'avvio di attività senza alcun provvedimento favorevole e senza alcun controllo e valutazione da parte dell'amministrazione. Tuttavia, anche dopo la formazione del silenzio assenso, la materia resta comunque non liberalizzata e ciò giustifica quindi l'eventuale successivo intervento pubblico.

E così, dopo i diversi orientamenti giurisprudenziali formati e gli interventi normativi (anche recenti) susseguiti nel tempo e che non hanno risolto le criticità dell'istituto è forse giunto il momento di iniziare a metterlo in discussione prendendo atto della sua incapacità di risolvere il problema dell'inerzia dell'amministrazione e cercare soluzioni alternative anziché proseguire con continue modifiche⁽⁹³⁾.

Per non incorrere nelle stesse criticità del silenzio assenso le alternative devono partire anzitutto da un'attenta analisi del problema.

Se l'amministrazione non riscontra tempestivamente le istanze presentate è perché essa non riesce a farlo. Anziché inventare meccanismi che trasformino questa patologia in fisiologia, è necessario implementare l'operatività dell'amministrazione, potenziandone le risorse.

La strada tradizionale è naturalmente quella dell'incremento del capitale umano aumentando il numero dei dipendenti pubblici che possano istruire ed evadere le istanze presentate. Detta soluzione, al di là degli inevitabili costi, creerebbe problematiche anche a livello organizzativo e strutturale.

Escluso l'aumento delle risorse umane è possibile immaginare un incremento di quelle materiali e strumentali, ma anche queste necessitano di personale che le utilizzino.

L'alternativa sarebbe quindi data da strumenti che possano sostituire il funzionario persona fisica e che non necessitino del suo continuo e costante controllo⁽⁹⁴⁾.

In tale contesto è di strettissima attualità il dibattito sull'intelligenza artificiale sempre più utilizzata in diversi settori della nostra vita quotidiana.

Si tratta di una forma di tecnologia del tutto diversa rispetto a quella tradizionale la quale necessita infatti dell'intervento dell'uomo senza cui ha una limitata operatività.

L'intelligenza artificiale (IA) simula invece i processi di apprendimento mentali dell'uomo, è una tecnologia che quindi impara dalle proprie operazioni il che le con-

93 M. MACCHIA, *op. cit.*, 174, secondo il quale "Si conferma di base l'idea che lo stallo amministrativo possa essere superato quasi unicamente con rimedi di semplificazione o sottrazione ossia strumenti che con il comando della legge – come fosse una bacchetta magica – trasformano la natura delle cose. Fanno diventare un'inerzia un assenso. Una dichiarazione del privato un provvedimento dell'amministrazione. Una richiesta di parere un parere dato".

94 S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 1, 2020, 141, secondo il quale "È in corso una rivoluzione non solo tecnologica e scientifica, ma anche sociale. Al posto degli stabilimenti industriali vi sono le «global value chains». Alla catena di montaggio lavorano robot. L'intelligenza artificiale sostituisce quella naturale. Figure professionali tradizionali scompaiono e ne appaiono di nuove. Agli scienziati è richiesto di uscire dalle loro torri d'avorio perché il progresso attraversa le barriere disciplinari. Alle amministrazioni pubbliche è richiesto di non restare estranee da questo processo, anzi di farsene protagoniste".

sente di migliorarsi e di svolgere funzioni al posto dell'uomo.

Il suo uso è in progressivo e costante aumento ormai da qualche anno, anche grazie allo “*sprint tecnologico*” dovuto agli anni della pandemia e le sue potenzialità sono in continua evoluzione.

Essa è in realtà già presente in programmi che quotidianamente usiamo e che ci “suggeriscono” alcuni contenuti (ad esempio musicali) sulla base delle nostre precedenti utilizzazioni.

In altri termini, l'IA impara le nostre preferenze e sulla base di queste ci ripropone altri contenuti che secondo essa potremmo apprezzare. Simili meccanismi sono presenti anche nei motori di ricerca, nei traduttori automatici, nelle piattaforme di *e-commerce*, nei sistemi di riconoscimento facciale e negli assistenti vocali installati nei comuni *smartphone*⁽⁹⁵⁾.

Questa nuova tecnologia è quindi inevitabilmente destinata a essere sempre più presente nella nostra vita ed è pertanto necessario analizzarla anche per sfruttarne le potenzialità. Se questa è infatti in grado di sostituire il lavoro, anche intellettuale dell'uomo, è possibile immaginare un sistema in cui sia direttamente una macchina dotata di intelligenza artificiale a adottare un provvedimento amministrativo a seguito di una richiesta del privato.

Naturalmente sarà necessario prevedere sempre la possibilità per il funzionario persona fisica di controllare l'operato della macchina e intervenire in caso di errori. Quest'ultimo si troverà tuttavia a svolgere un lavoro assai diverso e certamente meno gravoso rispetto a quello attuale.

Egli si troverà infatti a verificare la correttezza di un lavoro già svolto peraltro da un sistema in grado di elaborare una quantità di informazioni e dati non paragonabili a quelli che possono essere elaborati dalla mente umana.

L'IA ha infatti la possibilità di immagazzinare e quindi lavorare milioni di dati e informazioni, attraverso cui imparare e migliorarsi, operazioni evidentemente non sostenibili per la mente umana.

Peraltro, una macchina, nell'elaborazione delle risposte, non sarebbe nemmeno sottoposta alle variabili umane quali l'umore o la stanchezza e anche per questo potrebbe garantire una certa coerenza e uniformità degli esiti.

Una simile indagine necessita anzitutto di analizzare le possibilità degli attuali sistemi di IA, le problematiche al momento esistenti⁽⁹⁶⁾ e le potenzialità future, tenendo

95 Per dimostrare le potenzialità di tali sistemi, un noto quotidiano nazionale nel 2023 ha pubblicato settimanalmente sulle proprie edizioni un articolo redatto da un sistema di intelligenza artificiale, senza indicare quale fosse e sfidando i propri lettori a individuarlo. Si tratta in particolare de Il Foglio Quotidiano, progetto “*Chat GPT sul Foglio: per 30 giorni piccoli testi scritti dall'IA sul nostro giornale*”, Marzo 2023.

96 I sistemi attuali di intelligenza artificiali, infatti, non consentono di conoscere le ragioni sottese alla decisione presa (c.d. *black box*) e di partecipare ai procedimenti amministrativi; sussistono inoltre rischi di c.d. discriminazione algoritmica. Si tratta quindi di problematiche temporanee connesse al livello di tecnologia degli attuali sistemi di intelligenza artificiale e, dunque superabili, quando questa, verosimilmente già nei prossimi anni, avrà raggiunto livelli più evoluti. Sul punto cfr. D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale “istituzionale”: limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, n. 1, 2020, 47, il quale rileva che “è possibile riscontrare che è già allo studio una forma più avanzata di *machine learning* chiamata *explainable artificial intelligence*, cioè un sistema di intelligenza artificiale in grado di auto-spiegarsi, e di rendere conoscibile la ricostruzione del percorso logico e cognitivo sulla cui base è stato elaborato un determinato modo di agire”.

a mente il grande sviluppo che questi sistemi stanno avendo negli ultimi anni⁽⁹⁷⁾. Del resto, la stessa giurisprudenza ha già iniziato a confrontarsi con provvedimenti adottati da algoritmi e quindi da sistemi di IA⁽⁹⁸⁾.

Un simile scenario comporterebbe la necessità di affrontare una serie di aspetti quali una nuova concezione di pubblica amministrazione, da sempre legata alla figura del funzionario persona fisica⁽⁹⁹⁾, nonché il rapporto di immedesimazione organica che lega quest'ultimo all'amministrazione di riferimento.

In tale contesto vi sarebbe anche la possibilità di elaborare regolazioni a livello eurounitario in una ottica di armonizzazione delle legislazioni europee, armonizzazione che vede già un primo passo nel Regolamento sull'intelligenza artificiale approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024⁽¹⁰⁰⁾.

In definitiva è forse giunto il momento di prendere coscienza dell'inefficienza di istituti ormai datati e anacronistici come il silenzio assenso e immaginare soluzioni alternative, sfruttando le potenzialità della tecnologia, cercando di governarla e regolarla anziché ignorarla o, peggio, guardarla con sospetto.

97 Sul punto cfr. D. MARONGIU, *op. cit.*, 40, il quale fa riferimento a uno studio del 2017 di un gruppo di ricercatori della *Chinese Academy of Science* che ha calcolato il quoziente intellettivo dei sistemi con cui operano gli assistenti vocali degli *smartphone* secondo i parametri adottati per la mente umana. In particolare, il quoziente normale di un essere umano di 18 anni è pari a 97, quello di una persona di 12 anni è di 84,5 e quello di un bambino di 6 anni è di 55,5. Ebbene, nel 2017 l'assistente vocale di *Google* aveva un quoziente di 47,8 quello della piattaforma cinese *Baidu* di 32,92, quello del *software* del sistema *Bing* di *Microsoft* di 31,98 e quello di *Siri* dei dispositivi *Apple* di 23,94. In sostanza già nel 2017 i sistemi più evoluti avevano un quoziente intellettivo pari a quello di un bambino di circa 4 o 5 anni. A tal riguardo, il Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) del 2018 "*L'Intelligenza Artificiale a servizio del cittadino*", con riferimento alla possibilità di utilizzare sistemi di intelligenza artificiale da parte delle PA, si è posto l'obiettivo di "*facilitare l'adozione di queste tecnologie da parte dello Stato, per migliorare i servizi ai cittadini e alle imprese, dando così un impulso decisivo all'innovazione, al buon funzionamento dell'economia e, più in generale, al progresso nella vita quotidiana*". Lo stesso Libro Bianco ha ipotizzato inoltre le attività che l'intelligenza artificiale sarebbe stata in grado di eseguire negli anni successivi. In particolare, questa, entro il 2026 sarebbe stata in grado di scrivere un tema di liceo, entro il 2031 di lavorare nel commercio al dettaglio ed entro il 2059 eseguire ricerche di matematica. Detto calendario, tuttavia, è già stato superato in ragione dell'accelerazione della trasformazione digitale dovuta alla pandemia che ha implementato lo sviluppo di nuove tecnologie.

98 Il Consiglio di Stato si è occupato della materia (in particolare con le sentenze 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472 sul trasferimento degli insegnanti attraverso procedure automatizzate) riconoscendo anzitutto l'utilità dell'uso della tecnologia nell'ambito di procedimenti amministrativi. Tale utilizzo sarebbe infatti in accordo con i "canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale". Pertanto, "l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata". Lo stesso Consiglio di Stato ha addirittura riconosciuto che "Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità" (Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472).

99 Anche il Libro Bianco "*L'Intelligenza Artificiale a servizio del cittadino*" dell'AgID del 2018 afferma che l'intelligenza artificiale "comporta questioni esistenziali e psicologiche" che "influiscono sulla possibilità di percepire, comprendere ed agire sul mondo", da qui la necessità di superare la concezione tradizionale di pubblica amministrazione in ragione della quale gli atti sono adottati soltanto da funzionari persone fisiche.

100 Il nuovo Regolamento UE approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024 prevede, al considerando n. 58, che "il presente regolamento non dovrebbe ostacolare lo sviluppo e l'utilizzo di approcci innovativi nella pubblica amministrazione, che trarrebbero beneficio da un uso più ampio di sistemi di IA conformi e sicuri, a condizione che tali sistemi non comportino un rischio alto per le persone fisiche e giuridiche". Inoltre ai sensi dell'art. 59, comma 1, lett. a), dello stesso Regolamento, "I dati personali legalmente raccolti per altre finalità possono essere trattati nello spazio di sperimentazione normativa per l'IA unicamente ai fini dello sviluppo, dell'addestramento e delle prove di determinati sistemi di IA nello spazio di sperimentazione quando sono soddisfatte tutte le condizioni seguenti: i sistemi di IA sono sviluppati per salvaguardare un interesse pubblico rilevante da parte di un'autorità pubblica o di un'altra persona fisica o giuridica e in uno o più dei seguenti settori: [...] v) l'efficienza e la qualità della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici".