



15 APRILE 2020

Silenzio assenso e dovere di  
provvedere: le perduranti incertezze di  
una (apparente) semplificazione

di Marco Calabrò

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

# Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione\*

di Marco Calabrò

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

**Abstract [It]:** Il lavoro muove dall'assunto che sussista una relazione di compatibilità tra il dovere di concludere il procedimento mediante un provvedimento espresso entro il termine di legge ed il regime del silenzio assenso. Da tale affermazione, l'autore – nell'aderire alla tesi che configura il silenzio assenso non tanto in termini di misura di semplificazione (per la p.a. e il cittadino), quanto piuttosto in termini di sanzione a fronte dell'inerzia dell'autorità – esamina, poi, diversi profili di incertezza che possono connotare la posizione del soggetto richiedente che ha beneficiato degli effetti scaturenti dalla formazione del silenzio significativo. Evidenziata la sostanziale inadeguatezza (ed indeterminatezza) degli strumenti di tutela processuale offerti dall'ordinamento, viene suggerita una duplice soluzione a tale condizione di grave incertezza: da un lato, ricostruendo il dovere della pubblica amministrazione di rilasciare un atto a carattere ricognitivo finalizzato all'accertamento della formazione di silenzio assenso; dall'altro lato, *de iure condendo*, prospettando una modifica dell'art. 20 l. n. 241/1990, tesa a riconoscere in capo al soggetto richiedente il diritto di rinunciare al regime del silenzio assenso, optando per il modello del silenzio inadempimento.

**Abstract [En]:** This paper aims to analyze if it is possible to infer a compatibility relationship between the duty to conclude the procedure by way of an express measure within the timeframe and the silence equal-assent. Adhering to the thesis which recognize in the silence equal-assent a sanction for an authority's failure to act, the author examines several elements of uncertainty that has to face the applicant who obtained the measure *per silentium*. After demonstrating the unsuitableness of the applicant judicial protection, the author suggests a two-key solution: on the one hand, the duty of the public administration to release an act aimed at the ascertainment of the silence equal-assent formation; on the other hand, the recognition of the applicant right to renounce the silence equal-assent system, opting for the silence equal-default one.

**Sommario:** 1. Premessa. L'incerta perimetrazione dell'ambito di applicazione del regime del silenzio assenso ed i suoi riflessi sul dovere di esercitare la funzione di amministrazione attiva. – 2. Il dibattito sulla natura giuridica del silenzio assenso e le sue ricadute sulla relazione tra assenso tacito e *potere* di provvedere in forma espressa. – 3. Consumazione del potere di provvedere, illegittimità del diniego tardivo e autotutela *sui generis*. – 4. Se il silenzio assenso non configura un *modus procedendi* (ma un rimedio avverso l'inerzia), il *dovere* di provvedere non si muta in *onere*. – 5. Quando il silenzio assenso non semplifica. Le perduranti ambiguità del regime di formazione del silenzio assenso: esigenze di certezza e principio del legittimo affidamento. – 6. L'intollerabile fragilità della posizione del soggetto istante e la possibile dissonanza tra risultato giuridico e risultato pratico. – 7. Quale tutela per il soggetto istante? Il ricorso allo strumento dell'autocertificazione e le sue criticità. – 7.1. L'incerta percorribilità della tutela processuale nelle oscillazioni tra azione di accertamento e applicazione analogica del rito speciale sul silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a. – 7.2. Prospettive rimediali a carattere non giurisdizionale: l'atto ricognitivo doveroso ed il silenzio assenso "facoltativo".

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. Desidero ringraziare Silvia Tuccillo e Enrico Zampetti per le preziose osservazioni sulla prima stesura del lavoro.

## 1. Premessa. L'incerta perimetrazione dell'ambito di applicazione del regime del silenzio assenso ed i suoi riflessi sul dovere di esercitare la funzione di amministrazione attiva.

Le riflessioni della dottrina, come anche i principali arresti giurisprudenziali in tema di rapporto tra esercizio della funzione di amministrazione attiva e regime del silenzio assenso<sup>1</sup>, si sono in buona parte incentrate sui seguenti profili: se possa configurarsi un *potere* di esercitare la funzione con l'emanazione di un provvedimento espresso e se, ed entro quali limiti, possa ritenersi perdurare tale *potere* a seguito della decorrenza del termine procedimentale. L'ipotesi che ad una fattispecie coperta dalla disposizione di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990 (od altra analoga di legge speciale) possa affiancarsi la sussistenza di un *dovere* di provvedere (nei termini) in capo alla pubblica amministrazione è generalmente esclusa dalla dottrina maggioritaria, o al massimo è ricostruita – in presenza di determinate condizioni – in termini di dovere di provvedere con un provvedimento *negativo* espresso. Con il presente contributo si intende indagare se possano rinvenirsi nell'attuale sistema ordinamentale fattispecie nell'ambito delle quali debba ritenersi sussistere una relazione di piena compatibilità (astratta) e di utilità (concreta) tra il dovere di provvedere con un provvedimento espresso (anche a carattere positivo) ed il regime del silenzio assenso. Al fine di meglio circoscrivere l'oggetto dell'indagine, è bene sin d'ora sottolineare come non si intenda esaminare la pur rilevante questione circa l'estensibilità o meno del regime del silenzio assenso ai (e la correlata sussistenza di un dovere di provvedere nei) procedimenti connotati da un elevato grado di discrezionalità. Come è noto, a differenza di quanto accade in relazione all'istituto della segnalazione certificata di inizio attività, il regime del silenzio assenso è oggi ritenuto applicabile anche alle fattispecie provvedimentali aventi carattere discrezionale, il che ha indotto una certa dottrina a sottolineare il rischio che la necessaria operazione di valutazione degli interessi (pubblici e privati) coinvolti (tipica dell'esercizio di un potere discrezionale) non venga, in tali ipotesi, effettuata<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La bibliografia in tema di silenzio assenso è vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza, e rinviando ai contributi citati nel prosieguo, v. *ex multis*, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 715 ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione (diritto amministrativo)*, (voce) in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 179 ss.; P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, (voce) in *Enc. dir.*, III Agg., Milano, 1999, p. 978 ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 411 ss.; M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 265 ss.; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, p. 435 ss.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 653 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 329 ss.

<sup>2</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 254, afferma che in caso di applicazione del silenzio assenso ad attività a carattere discrezionale "l'amministrazione abdica così al proprio ruolo di cura dell'interesse

Al riguardo, invero, occorre fare chiarezza tra ciò che il silenzio assenso consente (acquisizione da parte del cittadino dell'effetto utile che sarebbe scaturito dall'emanazione del provvedimento favorevole) e ciò che invece non consente, almeno in punto di diritto, ovvero la facoltà di non esercitare la funzione da parte della p.a. Per ora ci si limita ad osservare che il regime del silenzio assenso si configura come pienamente compatibile con la tradizionale concezione di discrezionalità – intesa come necessaria ponderazione dell'interesse pubblico principale con ogni altro interesse rilevante per la decisione finale<sup>3</sup> – a patto che si ritenga che la previsione di una ipotesi di silenzio significativo non comporti affatto il riconoscimento in capo all'amministrazione della libertà di non porre in essere l'attività istruttoria necessaria e di non farsi carico di valutare gli interessi concorrenti a quello affidato all'autorità procedente<sup>4</sup>. Ma su tali profili si tornerà nel prosieguo del lavoro.

Ciò posto, mentre è pacifica la compatibilità tra il regime in questione e l'attività amministrativa discrezionale in generale<sup>5</sup>, oggetto di dibattito è, invece, l'estensibilità o meno del silenzio assenso anche a quei procedimenti comportanti l'esercizio di un ampio grado di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, tale, secondo alcuni, da non “tollerare” l'applicazione di un regime semplificato in grado di incidere negativamente sul corretto e pieno esercizio della funzione<sup>6</sup>. Tale orientamento ha trovato, in

---

pubblico”. In termini v. anche G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 138.

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 64 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, (voce) in *Nss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1968, p. 1108 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, 1986; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.

<sup>4</sup> Nel definire il potere amministrativo come potere discrezionale, G. CORSO (*Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 206-207) effettua una distinzione tra il momento dell'accertamento dei presupposti ed il momento del compimento della scelta. In entrambi i momenti l'Autore rinviene una espressione della discrezionalità amministrativa: nel primo caso, in quanto il fatto da accertare “è carico di una componente di «valore» o coincide con un concetto [...] sicché l'autorità è chiamata ad attribuire ad esso un significato tra più significati possibili”; nel secondo caso, la discrezionalità si configura quale attività volitiva che l'amministrazione compie sulla base delle risultanze dell'istruttoria, istruttoria che nella maggior parte delle ipotesi “lascia aperta una scelta ed è questa scelta (o questo potere di scelta) che qualifica la discrezionalità”.

<sup>5</sup> B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 179; *Contra* G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1187 ss., ove si afferma che “la selezione degli interessi, caratteristica della discrezionalità, non può essere pretermessa; il che significa che a fronte di provvedimenti discrezionali il silenzio-assenso non è prefigurabile”, p. 1351. Tale posizione “estrema” trova giustificazione nella circostanza che lo stesso Autore ritiene che l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso escluda l'obbligo per la p.a. di condurre l'attività istruttoria. Su posizioni analoghe, sebbene meno rigide, anche B.G. MATTARELLA, nel suo *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, p. 705 ss., che sostiene l'utilizzabilità del silenzio assenso nei soli procedimenti “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”, p. 799.

<sup>6</sup> Esprimono perplessità circa la compatibilità tra l'applicazione di regimi semplificati quali i silenzi significativi a procedimenti connotati dall'esercizio di un ampio potere discrezionale e la riserva di esercizio espresso della funzione amministrativa posta dall'ordinamento a presidio non solo dell'interesse pubblico, ma anche dell'affidamento del privato, tra gli altri, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, p. 61 ss. e M.A. SANDULLI, *Gli*

passato, conferma in alcune pronunce della Consulta (a sua volta ispiratasi a indirizzi già espressi dal giudice comunitario<sup>7</sup>), nelle quali si legge che “la previsione del silenzio-assenso può ritenersi ammissibile in riferimento ad attività amministrative nelle quali sia pressochè 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”<sup>8</sup>.

Il dibattito si è incentrato, per quanto riguarda nello specifico i procedimenti ad istanza di parte, sulla presunta incompatibilità tra il silenzio assenso e il rilascio di concessioni amministrative, i cui procedimenti sono tradizionalmente considerati ad alto contenuto discrezionale e, per questa ragione, ritenuti da molti non suscettibili di concludersi attraverso un c.d. silenzio significativo<sup>9</sup>. Al riguardo, è stato osservato che l'istituto troverebbe applicazione unicamente nei confronti dei procedimenti autorizzatori, nei quali il privato è titolare di una situazione giuridica protetta che necessita della sola rimozione di un limite legale da parte della p.a. “senza effetti costitutivi della situazione giuridica dell'istante come accade invece nei procedimenti concessori, nei quali l'interesse pubblico non assume il ruolo di parametro di valutazione (come nell'attività privata autorizzata) ma è direttamente l'oggetto stesso della valutazione discrezionale”<sup>10</sup>.

A seguito della generalizzazione del regime del silenzio assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990, avvenuta ad opera della riforma di cui al d. l. n. 35/2005<sup>11</sup> ed almeno apparentemente confermata anche a seguito

---

*effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 7.

<sup>7</sup> Cfr. Corte Giust., 28 febbraio 1991, causa C-360/87, commentata da G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 901 ss.

<sup>8</sup> Corte Cost., 27 luglio 1995, n. 408, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1127. In termini cfr. Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 26, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1126; Corte Cost., 19 ottobre 1992, n. 393, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3410, con nota di G. MORBIDELLI, *Urbanistica incostituzionale per abuso di silenzio-assenso*.

<sup>9</sup> Sul punto v. M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, cit., p. 61 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit. In termini cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2017, n. 2109, *in v.*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 5 gennaio 2012, n. 2, in *Foro amm. TAR*, 2012, p. 276; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 26 maggio 2011, n. 1295, in *Foro amm. TAR*, 2011, 5, p. 1766; T.A.R. Liguria, Sez. I, 19 febbraio 2010, n. 634, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2, p. 397; Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2008, n. 1751, in *Foro amm. CDS*, 2008, 4, II, p. 1196; Tar Liguria, Sez. I, 28 giugno 2007, n. 1259, in *Foro amm TAR*, 2007, p. 1984.

<sup>10</sup> M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 972.

<sup>11</sup> La prima formulazione dell'art. 20 della l. n. 241/1990 qualificava come eccezionale l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso, rinviando ad un regolamento ministeriale l'individuazione tassativa delle fattispecie incluse nell'art. 20 cit. Il suddetto regolamento, successivamente adottato con d.P.R. n. 300/1992, conteneva una Tabella C indicante, per l'appunto, l'ambito di operatività del silenzio assenso, tabella successivamente ampliata ad opera dei d.P.R. nn. 407 e 411 del 1994. E' solo con il d.l. n. 35/2005 che il silenzio assenso, da istituto eccezionale (comunque contemplato, oltre che dall'art. 20 cit., anche da numerose altre normative di settore) si muta in istituto a carattere generale. Tale processo evolutivo ha trovato, poi, una sua conferma nell'art. 17 del d.lgs. n. 59/2010, con il quale – in attuazione di quanto disposto nella direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva servizi) – si è esteso il regime del silenzio assenso a tutte le

delle ultime riforme<sup>12</sup>, il dibattito circa la possibilità di circoscrivere l'operatività del regime del silenzio assenso ai soli procedimenti connotati da un ridotto margine di discrezionalità dovrebbe ritenersi ormai sopito: l'attuale formulazione della norma, infatti, non contempla alcuna deroga connessa al grado di discrezionalità connotante l'attività di valutazione cui è chiamata l'amministrazione alla quale è presentata l'istanza<sup>13</sup>. Le eccezioni al regime del silenzio assenso, espressamente indicate al co. 4 dell'art. 20 cit., sono invero numerose, ma risultano legate a profili specifici (la tutela di interessi c.d. sensibili; i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali<sup>14</sup>; le ipotesi di silenzio diniego; gli atti e procedimenti individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su

---

autorizzazioni relative alla prestazione di servizi, ad eccezione delle ipotesi nelle quali "un motivo imperativo di interesse generale" imponga che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso. In giurisprudenza, si pronunciano espressamente per il carattere generale del regime del silenzio assenso, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, -ter, 11 aprile 2011, n. 3170, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 14284, in *Riv. pen.*, 2010, 7-8, p. 732. Ma in termini v. già Cons. Stato, Sez. atti norm., 30 giugno 1997, n. 58, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 511.

<sup>12</sup> Come è noto, l'art. 5 della l. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia) delegava il Governo, tra l'altro, ad adottare uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 della legge n. 241/1990, in tal modo (almeno in apparenza) precludendo ad un ritorno alla tipizzazione delle fattispecie incluse nell'ambito di applicazione dell'istituto in esame. Tale delega è stata successivamente attuata ad opera del d.lgs. n. 222/2016. Per un'analisi della riforma e della sua effettiva incidenza sul carattere generale o eccezionale da riconoscere al regime del silenzio assenso si rinvia al § 7.2 del presente scritto.

<sup>13</sup> In termini cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 18 giugno 2008, n. 1799, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si ritiene applicabile il silenzio assenso anche a procedimenti destinati a concludersi con un provvedimento concessorio "sul piano letterale, perché l'art. 20 si riferisce ai procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, con un richiamo quindi alla macro categoria dei provvedimenti amministrativi che appare comprensivo di tutti gli atti di natura autorizzatoria (ad eccezione delle materie di cui all'art. 20 comma 4, e fatto salvo, ovviamente, il campo d'intervento dell'art. 19 sulla attività private sottoposte a regime di liberalizzazione); sul piano logico, perché non si spiegherebbe come mai l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 consideri anche casi nei quali per il rilascio di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato sono previsti limiti o contingenti complessivi, o specifici strumenti di programmazione settoriale, allo scopo di escludere esplicitamente detti casi dall'ambito di applicazione della disciplina in tema di DIA, e viceversa all'art. 20 il Legislatore, ove intenzionato a negare l'applicazione dell'istituto del silenzio - assenso ai procedimenti soggetti a contingentamento, non abbia ritenuto di introdurre una previsione analoga menzionandola". Per la compatibilità tra regime del silenzio assenso e rilascio di una concessione demaniale marittima, ma unicamente "ogniquale si tratti di semplice sostituzione di un soggetto nell'ambito di un rapporto concessorio che non muta oggetto e contenuto", T.A.R. Liguria, Sez. I, 8 giugno 2016, n. 583, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, I, p. 571.

Continua ad escludere, anche a seguito della riforma dell'art. 20 cit., che il regime del silenzio assenso possa essere riferito alle concessioni di beni e servizi P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008. L'Autore fonda il proprio convincimento, da un lato, sugli elementi della ampia discrezionalità e del contingentamento che connotano i procedimenti in questione e, dall'altro lato, sul necessario rispetto dei limiti provenienti dall'ordinamento comunitario, concernenti, per l'appunto, "ambiti decisionali caratterizzati da verifiche complesse ed opinabili", p. 326. Al contrario, osserva come, alla luce della nuova formulazione dell'art. 20 cit., ovvero della consequenziale generalizzazione dell'applicazione dell'istituto, i dubbi circa la compatibilità tra il silenzio assenso e l'esercizio del potere discrezionale debbono ritenersi del tutto superati V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5556.

<sup>14</sup> Sulla inapplicabilità, ad esempio, del regime del silenzio assenso ai procedimenti volti al rilascio di concessioni di incentivi per la produzione di energia tramite fonti rinnovabili T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 gennaio 2017, n. 546, in *Foro amm.*, 2017, p. 214.

proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti) e non appaiono idonee ad inficiare il regime di applicazione generale dell'istituto<sup>15</sup>.

Ciò nonostante, la giurisprudenza maggioritaria ancora oggi pone al centro della valutazione circa la perimetrazione del campo di applicazione dell'istituto *de quo* il margine di discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'esercizio della funzione, escludendone l'operatività a fronte di "valutazioni connotate da amplissima discrezionalità e che nessuna norma consente di pretermettere sul solo presupposto del tempo trascorso dalla data di presentazione dell'istanza del privato"<sup>16</sup>. Ebbene, anticipando in parte quanto sarà oggetto di più approfondita analisi nel prosieguo del lavoro, si può sin d'ora osservare come la generalizzazione dell'istituto del silenzio assenso e la sua applicazione a fattispecie connotate dall'esercizio di un potere discrezionale (più o meno ampio) appaiano compatibili con i principi generali dell'azione amministrativa (buon andamento, imparzialità, trasparenza)<sup>17</sup> unicamente qualora si ritenga sussista anche in tale ambito il dovere della p.a. di esercitare la propria funzione di amministrazione attiva attraverso la ponderazione degli interessi coinvolti.

Nelle pagine che seguono si cercherà di dimostrare che – a prescindere del grado di discrezionalità che connota il procedimento di volta in volta esaminato, ed al di là delle ipotesi di deroga espressamente contemplate dalla legge – la previsione di una fattispecie di silenzio significativo non esclude affatto né la sussistenza in capo all'amministrazione procedente del dovere di provvedere nel termine all'emanazione di un provvedimento formale<sup>18</sup>; né, in presenza di determinate condizioni, di un interesse qualificato in capo al soggetto istante di ottenere una decisione favorevole espressa.

---

<sup>15</sup> Si sofferma *funditus* sulla disciplina delle singole fattispecie di deroga, sottolineando l'ampiezza e, in alcuni casi, la non univoca portata applicativa E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, cit., p. 660-664.

<sup>16</sup> T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27 febbraio 2018, n. 270, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, p. 427, ove si è esclusa l'operatività dell'istituto del silenzio assenso nell'ambito del procedimento di rilascio di un permesso di costruire in deroga "dal momento che, in tal caso, l'Amministrazione, lungi dal limitarsi a verificare la mera conformità del progetto edilizio allo strumento urbanistico vigente, è tenuta a valutare, innovativamente e con amplissima discrezionalità, se sussistano i presupposti di interesse pubblico per modificare lo strumento urbanistico vigente". In termini v. anche Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3796, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, p. 1073; Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2011, n. 5144, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, p. 2837.

<sup>17</sup> Rinviene gli estremi di una potenziale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, nella misura in cui "sembra portare un attacco al cuore della funzione amministrativa, che trova nella discrezionalità un predicato fondamentale, nella ponderazione degli interessi un contenuto obbligatorio e nella motivazione del provvedimento lo strumento di verifica del suo corretto esercizio", F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *Giustamm.it*, 2007, p. 8.

<sup>18</sup> In termini v. A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 2-3/1993, p. 607; F. FIGORILLI, M. RENNA, *Commento all'art. 2*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, p. 112-113.

## 2. Il dibattito sulla natura giuridica del silenzio assenso e le sue ricadute sulla relazione tra assenso tacito e *potere di provvedere in forma espressa*.

Come la dottrina più accorta ha avuto modo di osservare sin dall'introduzione della disciplina del silenzio assenso di cui all'art. 20 cit., l'obiettivo del legislatore è stato quello di "rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini" nell'ambito del più ampio processo di semplificazione; con ciò segnando una netta differenza con il diverso obiettivo di "modificare i confini tra il pubblico e il privato", sottraendo attività al controllo dell'amministrazione, perseguito invece con l'introduzione di istituti di liberalizzazione quali la d.i.a. (oggi s.c.i.a.) di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990<sup>19</sup>. In altri termini - nonostante la segnalata polisemia dei concetti di semplificazione e liberalizzazione<sup>20</sup> - appare chiaro che il silenzio assenso sia riconducibile unicamente alla prima, nella misura in cui con la sua applicazione non viene meno la necessità del provvedimento amministrativo per l'esercizio dell'azione da parte del privato<sup>21</sup>, né la funzione dell'amministrazione si ritrae a mera vigilanza *ex post* sulla libera iniziativa privata<sup>22</sup>.

Ciò posto - non essendo espressione di quel processo di implementazione di moduli di autoamministrazione<sup>23</sup>, che pure da tempo connota l'evoluzione del nostro ordinamento - il silenzio assenso non dovrebbe (ma, come si vedrà, l'uso del condizionale è necessario) comportare quelle conseguenze in termini di instabilità ed incertezza che rappresentano il "contrattare" di tutti quegli istituti

<sup>19</sup> G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2007, p. 83.

<sup>20</sup> "A pensarci bene, cosa sono le liberalizzazioni? Si è in presenza di istituti giuridici? Ritengo di no, dal momento che la liberalizzazione dovrebbe implicarne piuttosto l'assenza. Si potrebbe parlare, magari, di tendenze, di linee politiche, di obiettivi legislativi, ma è difficile pensare alle liberalizzazioni come istituti di diritto positivo. Si tratta, d'altra parte, di un termine polisemo", F. G. SCOCA, *Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, p. 241.

Si soffermano sulla molteplice accezione del termine semplificazione applicato all'azione amministrativa, concretizzabile, ad esempio, in operazioni di riduzione di oneri procedurali, di accorpamento di competenze, di facilitazione dei processi di comunicazione tra cittadino e amministrazione o tra amministrazioni, etc., N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, (voce) in *Enc. giur.*, Roma, 2014; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 177 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali* e L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, entrambi in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, rispettivamente p. 405 ss. e p. 417 ss.

<sup>21</sup> A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 647 ss.

<sup>22</sup> "Il criterio adottato per distinguere le misure ad effetto liberalizzante dalle misure di mera semplificazione va dunque incentrato sulla collocazione temporale del potere: prima o dopo l'attivazione dell'iniziativa", F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.*, in *Nuove autonomie*, 2016, p. 192. In senso analogo anche M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 148; M. A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1-2; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, cit., il quale osserva che la liberalizzazione in senso giuridico "non comporta la totale scomparsa di una disciplina pubblicistica relativa ai presupposti ed alla conformazione dell'attività, né esclude il permanere di un controllo pubblico, il quale, però, non condiziona *ex ante* il diritto di intraprenderla, ma si svolge in un momento successivo in forma di potestà di conformazione e repressione", p. 121-122.

<sup>23</sup> G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997, p. 140 ss.

di semplificazione/liberalizzazione che presuppongono un sostanziale “passo indietro” della p.a. nell’esercizio della sua funzione di amministrazione attiva<sup>24</sup>.

Altra parte della dottrina ha, poi, valorizzato, accanto a quella della semplificazione, una seconda (e, come si avrà modo di sottolineare, più connotante) *ratio* dell’introduzione dell’istituto del silenzio assenso, consistente nell’obiettivo di offrire un ulteriore rimedio giuridico teso al superamento degli effetti negativi derivanti dall’inerzia della p.a. In tale ottica, il silenzio assenso nasce per rimediare ad uno dei comportamenti più “odiosi” nei quali può incorrere la pubblica amministrazione, consistente nel disattendere il dovere di esercitare la funzione<sup>25</sup>. In tal senso, come già osservato, il silenzio assenso comporta affatto il superamento del modello provvedimentale (la cui concretizzazione è, al più, derogabile in una prospettiva di eventuale semplificazione), il che è comprovato dalla indiscussa permanenza in capo alla p.a. del *potere* di esercitare la funzione di amministrazione attiva (almeno) fino al termine procedimentale fissato *ex lege*, ovvero fino al formarsi del silenzio assenso<sup>26</sup>.

Da una prima analisi, pertanto, emerge come gli obiettivi sottesi all’introduzione (ed alla successiva generalizzazione) dell’istituto del silenzio assenso – quali la semplificazione procedimentale ed il riconoscimento della produzione di effetti favorevoli ad un comportamento omissivo della p.a. – riposino entrambi nella volontà del legislatore di agevolare il cittadino nel conseguimento delle sue legittime aspettative<sup>27</sup>. Già Sandulli, in tal senso, giustificava il sempre crescente numero di fattispecie soggette al regime del silenzio assenso con una “tendenza legislativa ad un’amministrazione meno inibitiva nei confronti della società e dei soggetti controllati”<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Per una analisi degli effetti (di segno positivo e negativo) che, in alcuni settori, derivano dal ritrarsi della sfera della discrezionalità decisionale in vista di una maggiore semplificazione e, soprattutto, di una più agevole circolazione di merci, servizi e capitali v., *ex multis*, M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell’interesse pubblico o barriere all’accesso al mercato?*, in *Astrid-Rassegna*, 17/2014, p. 1 ss.; F. GIGLIONI, *Semplificazioni e liberalizzazioni: studi, riforme e bilanci*, in *Giustamm.it*, 2013, p. 1 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell’amministrazione*, Napoli, 2000; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629 ss.

<sup>25</sup> In termini v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., *passim*; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 175; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 63. In tal senso v. anche Cons. Stato, comm. spec., 13 luglio 2016 n. 1640, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si inquadra il silenzio assenso “in un’ottica di stigmatizzazione dell’inerzia”. Più in generale, per una articolata ricostruzione dell’inerzia in termini di comportamento illegittimo, anche a fronte della recente valorizzazione del fattore “tempo” nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione v. A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, p. 93 ss.

<sup>26</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 285; A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., p. 602.

<sup>27</sup> L. GIANI, *Art. 20. Silenzio assenso*, cit., p. 412; M. D’ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, cit., le quali, tuttavia, manifestano “perplexità derivanti dal consolidamento della sovversione logica originaria del 1990”, che limitava l’operatività del regime del silenzio assenso a specifiche fattispecie individuate in sede regolamentare, e “che aveva rappresentato un buon compromesso tra le ragioni della semplificazione e le ragioni della predominanza dell’elemento funzionale dell’azione amministrativa”, p. 968.

<sup>28</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 674.

Passando dall'esame della *ratio* dell'istituto a quello della sua natura giuridica, in dottrina si sono nel tempo avvicinati diversi orientamenti, tesi a valorizzare ora la valenza "attizia" del silenzio, ora, al contrario, la sua idoneità a produrre determinati effetti giuridici pur configurando un mero comportamento<sup>29</sup>. In particolare, un primo indirizzo riteneva che il silenzio assenso fosse da equiparare ad un provvedimento autorizzativo tacito, attraverso una *fictio iuris* ritenuta necessaria in un'ottica di massima garanzia della posizione del cittadino (terzo controinteressato), posto così in grado di tutelare il proprio interesse innanzi al g.a. con l'ordinario ricorso di tipo impugnatorio<sup>30</sup>.

Tale orientamento si rivela ormai minoritario (se non superato, almeno in dottrina<sup>31</sup>), a favore di una posizione volta a valorizzare in primo luogo la natura *reale* di mero comportamento del silenzio, tale da non consentirne l'equiparazione all'atto in quanto tale, bensì unicamente l'assimilabilità a quest'ultimo quanto agli effetti<sup>32</sup>. Tra provvedimento espresso e silenzio assenso, in altri termini, non vige un rapporto di identità sostanziale: il comportamento silenzioso non configura una modalità di esercizio della funzione, bensì un mero fatto<sup>33</sup>, al quale la legge riconosce la capacità di produrre i medesimi effetti di una fattispecie diversa, ovvero dell'atto di assenso<sup>34</sup>. In tale prospettiva, l'introduzione di una fattispecie di silenzio assenso inciderebbe direttamente sull'esercizio della funzione, rendendolo non più necessario,

---

<sup>29</sup> Per la qualificazione del silenzio in termini di comportamento della pubblica amministrazione si rinvia alle riflessioni di E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, p. 139 ss.

<sup>30</sup> "Va da sé che l'onnipotenza del legislatore poteva (e può) trasformare il silenzio in un provvedimento amministrativo tacito (come tale impugnabile dal soggetto interessato)", G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2010, p. 84. Parla di "valore provvedimentale" anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 254. Anche prima della pubblicazione della l.n. 241/1990, in riferimento alle previsioni di silenzio assenso contemplate in specifiche normative di settore, parte della dottrina parlava di modalità di esercizio della funzione e non di omissione patologica (A. PREDIERI, *Commento all'art. 7*, in A. PREDIERI, M.P. CHITI, *Casa e urbanistica nella Legge 25 marzo 1982 n. 94*, Milano, 1982, p. 297 ss.). In giurisprudenza, definisce espressamente il silenzio assenso "atto giuridico tacito, avente natura provvedimentale ed autorizzatoria" T.A.R. Toscana, Sez. I, 13 luglio 2005, n. 3272, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 2407. In termini cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 28 novembre 2005, n. 6649, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 3320, ove si parla di "autorizzazione per silentium".

<sup>31</sup> La giurisprudenza maggioritaria ancora oggi parla di "titolo tacito [...] che introduce un'alternativa modalità, presuntivamente semplificata, di tipo rimediabile per il conseguimento dell'autorizzazione anelata" (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2019, n. 725, in *Urb. e app.*, 6/2019, p. 822); o, ancora, di piena equiparazione tra silenzio assenso e provvedimento espresso (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 12 novembre 2018, n. 1654, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

<sup>32</sup> In termini, seppur con alcuni distinguo, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., *passim*; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., *passim*; F. BRIGNOLA, *Il silenzio-assenso*, in AA.VV., *Il silenzio della pubblica amministrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1985, p. 285 ss. Tesi poi ripresa dalla dottrina maggioritaria, tra cui v. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 55 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, cit., p. 131; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 23 ss.

<sup>33</sup> "Il comportamento omissivo non è atto ma fatto giuridico", M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 337. Nello stesso senso anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 673.

<sup>34</sup> Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 23 aprile 2013, n. 704, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1144; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 settembre 2010, n. 17398, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 2926.

una volta resa “irrelevante” l’inerzia, “nel senso che ad essa il legislatore fa conseguire gli stessi effetti dell’esercizio positivo dell’attività amministrativa”<sup>35</sup>.

Se quello appena descritto è senza dubbio l’orientamento dominante, non mancano posizioni che, almeno in parte, da esso si discostano. Ci si riferisce, in primo luogo, a quella teoria in base alla quale non sarebbe possibile ricondurre ad un mero fatto, in via automatica, tutti gli effetti giuridici che la legge riconosce all’esercizio espresso della funzione cristallizzatosi nell’emanazione di un provvedimento espresso<sup>36</sup>. Si contesta, in altri termini, che in assenza di una chiara disposizione normativa, al comportamento inerte della p.a. si possa applicare *tout court* il regime giuridico del provvedimento amministrativo, in termini di valutazione circa la legittimità/illegittimità del comportamento, nonché di utilizzo del regime di tutela di tipo impugnatorio<sup>37</sup>. Al contrario, secondo tale diverso orientamento, il legislatore – nel disporre che “il silenzio dell’amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda” – avrebbe inteso unicamente far discendere dall’inerzia l’acquisizione tacita del bene della vita finale, ovvero la legittimazione del privato ad intraprendere l’attività oggetto dell’istanza<sup>38</sup>.

Ancora più restrittiva, quanto agli effetti da riconoscere alla fattispecie del silenzio assenso, appare quella tesi secondo la quale – in una prospettiva che inquadra l’effetto di assenso non all’interno del solo art. 20, ma dell’intero “ordinamento giuridico generale cui appartiene la norma” – il silenzio assenso sarebbe idoneo a produrre unicamente effetti giuridici “minimali [...], la possibilità giuridica *temporanea* di sperimentare l’esercizio di una situazione lecita e non definitiva”<sup>39</sup>. Secondo quest’ultimo orientamento, pertanto, non solo il silenzio assenso non equivarrebbe ad un provvedimento tacito, nè condurrebbe al formarsi di tutti gli effetti giuridici scaturenti dalla decisione favorevole espressa, ma anche l’unico

<sup>35</sup> B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 157.

<sup>36</sup> A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull’autonomia dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 489 ss. G. DE MINICO, *Note sugli articoli 19 e 20 della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 267 ss.

<sup>37</sup> Rinvengono la sussistenza di una piena equivalenza, quanto agli effetti, tra il provvedimento amministrativo e il silenzio assenso, anche per quanto attiene al relativo regime impugnatorio di tutela F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., spec. p. 173 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 269; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., p. 96 ss. In tal senso anche la giurisprudenza maggioritaria, sebbene diverse pronunce risultino ambigue nel far discendere l’applicabilità del regime impugnatorio dagli effetti che la legge riconosce all’inerzia della p.a., ovvero dalla configurazione del silenzio come provvedimento tacito. *Ex multis* cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 1352, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 5 maggio 2016, n. 290, in *Foro amm.*, 2016, p. 1412; Cons. Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, p. 161; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 luglio 2011, n. 3849, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 2490.

<sup>38</sup> A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull’autonomia dell’amministrazione*, cit., p. 511.

<sup>39</sup> A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 186. L’Autore prosegue parlando di una “legittimazione minimale, temporanea, valevole ad ottenere riconoscimento in atti amministrativi successivi e connessi; e in fondo esimente, in quanto evita le sanzioni amministrative e penali che virtualmente potrebbero colpire il privato che esercita in difetto di un permesso”, p. 187.

risultato riconosciuto (ovvero il conseguimento della legittimazione ad intraprendere l'iniziativa) non sarebbe dotato di alcuna stabilità.

Da quanto brevemente esaminato circa le tesi che si sono avvicinate nel tempo, e che ancora oggi convivono, in merito alla natura giuridica da riconoscere al silenzio assenso ed agli effetti che da esso scaturiscono, appare evidente come ad oggi permanga un regime di sostanziale incertezza. Essa deriva non solo dall'assenza di una chiara disciplina degli effetti scaturenti dalla formazione del silenzio, ma anche (e per quanto maggiormente rileva in questa sede) dal non pienamente definito regime dei poteri che residuano in capo alla p.a. una volta decorso il termine procedimentale. Non può aderirsi, pertanto alla posizione di coloro che ritengono che uno dei risultati ottenuti mediante l'introduzione di fattispecie di silenzio significativo sia stato l'incremento del grado di certezza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel procedimento<sup>40</sup>. E' innegabile che tali fossero le finalità del legislatore, se non altro opinabile è la circostanza che tali finalità siano andate a buon fine; del resto, è pacifico che in non poche occasioni il legislatore, intervenuto con il dichiarato fine di semplificare (sia in termini di razionalizzazione delle procedure che attraverso la riduzione degli oneri del cittadino), abbia finito per dare vita a nuovi (e spesso più gravi) elementi di incertezza<sup>41</sup>.

### **3. Consumazione del potere di provvedere, illegittimità del diniego tardivo e autotutela *sui generis*.**

La circostanza che gli effetti del silenzio assenso si realizzino *ex lege* (*sub specie* di valutazione legale tipica) a prescindere dalla volontà delle parti del rapporto, valendo sia per il privato che per l'amministrazione<sup>42</sup>, comporta che allo spirare del termine procedimentale il potere di decidere si consumi<sup>43</sup>, il che – almeno in linea teorica – dovrebbe porsi a garanzia del cittadino a fronte della situazione di incertezza scaturente dalle ipotesi di inerzia non classificate in termini di silenzio significativo. Almeno secondo la ricostruzione maggioritaria, nelle fattispecie nelle quali opera il regime del silenzio assenso, il *potere* di provvedere

<sup>40</sup> W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, p. 485 ss.

<sup>41</sup> G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, cit., p. 136-137.

<sup>42</sup> "Il silenzio assenso è un meccanismo legale che si realizza anche contro la volontà effettiva dei soggetti del rapporto amministrativo" B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 173.

<sup>43</sup> V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 2816. In termini cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2016, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, p. 237; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 novembre 2011, n. 8915, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3510. *Contra* T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 2416, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Sulle ragioni che impongono di ritenere che, una volta formatosi il silenzio significativo, il potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva debba considerarsi esaurito v., *funditus*, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, p. 283 ss.

permane sino alla scadenza del termine, decorso il quale l'amministrazione non può più rigettare l'istanza potendo al massimo, ove ne ricorrano i presupposti, "provvedere all'annullamento in autotutela del titolo formatosi per silenzio assenso"<sup>44</sup>.

Tuttavia, una volta decorso il termine e formatosi il silenzio assenso, non può dirsi che il privato si trovi nella medesima posizione di colui che ha ottenuto il rilascio formale del provvedimento: è stato condivisibilmente osservato, al riguardo, che un comportamento omissivo configura un'attività neutrale, "di per sé priva di connotazioni di negatività o positività"<sup>45</sup> e, pertanto, inevitabilmente non idonea a determinare un assetto di interessi equivalente a quello scaturente dall'emanazione della decisione espressa. Del resto, il superamento della tesi originaria che configurava il silenzio assenso come atto implicito si fonda sulla considerazione che un comportamento inerte – per sua natura non solo privo di alcuna giustificazione espressa, ma anche inidoneo a far emergere il *quantum*, il *quomodo* e lo stesso *an* dell'esercizio del potere – non può in alcun modo essere considerato una modalità di esercizio della funzione<sup>46</sup>.

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. Il rapporto tra amministrazione e cittadino risulterebbe solo provvisoriamente chiuso, essendo suscettibile di "riapertura" in quanto ancora esposto all'effettivo esercizio della funzione<sup>47</sup>. Nel prosieguo del presente lavoro si procederà all'analisi della questione circa l'ammissibilità (e l'eventuale natura) di un provvedimento tardivo *ad esito positivo*, e cioè di quell'atto con il quale l'amministrazione – successivamente alla decorrenza del termine – rilasci l'assenso richiesto, confermando in tal modo gli effetti giuridici già formati a seguito del perfezionamento del silenzio assenso<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 maggio 2018, n. 3493, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). E' appena il caso di specificare che ciò che si consuma è il solo potere di amministrazione attiva, permanendo in capo alla p.a. – anche per espressa previsione normativa – il potere di intervenire in via di autotutela. Su tale profilo, che sarà oggetto di specifica analisi *infra*, v. E. SCOTTI, *Silenzio-assenso e discrezionalità tra legalità e autonomia: la lezione istituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, p. 943 ss.

<sup>45</sup> V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, VI, Milano, 2006, p. 5557.

<sup>46</sup> A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., p. 78.

<sup>47</sup> B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 186. L'Autore prosegue affermando che dall'esame degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, l'amministrazione – contestando la formazione del silenzio – potrebbe intervenire attraverso tre differenti modalità: l'emanazione di un provvedimento di diniego tardivo; la diffida a non iniziare l'attività; l'irrogazione di sanzioni pecuniarie e misure ripristinatorie.

<sup>48</sup> Dottrina e giurisprudenza qualificano tradizionalmente l'eventuale provvedimento positivo posteriore in termini di atto meramente confermativo, non soggetto, pertanto, ad autonoma impugnazione, che deve invece investire direttamente il silenzio assenso. Sul punto v. E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, cit., p. 680; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 278. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 107, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Sia consentito, per ora, soffermarci piuttosto su quell'orientamento che ritiene ammissibile l'emanazione di un provvedimento tardivo *ad esito negativo* da parte dell'amministrazione. Si giunge a tale conclusione muovendo dal convincimento che ai fini del perfezionamento del silenzio assenso non sia sufficiente il mero decorso del termine, bensì occorra la sussistenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di settore per il rilascio del provvedimento favorevole<sup>49</sup>. Da qui, parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che, non essendosi formato il silenzio assenso, l'amministrazione non avrebbe consumato il proprio potere di amministrazione attiva e, pertanto, sarebbe da ritenere legittimo un eventuale provvedimento di diniego tardivo<sup>50</sup>. Ci si pone, evidentemente, sulla scia di quella idea di legittimazione debole o "minimale", intesa quale unico effetto scaturente dal regime del silenzio assenso, tale da non privare l'amministrazione del potere autorizzatorio non esercitato nel termine procedimentale<sup>51</sup>.

L'adesione a tale tesi condurrebbe ad inevitabili conseguenze in termini di incertezza, se solo si pensa che l'amministrazione potrebbe in ogni momento contestare il formarsi stesso del silenzio assenso, privando del tutto la fattispecie del necessario grado di stabilità, senza alcuna considerazione per il legittimo affidamento del privato<sup>52</sup>, il quale si troverebbe costretto ad impugnare l'atto con il quale l'amministrazione ha contestato la formazione del silenzio assenso ed ha negato tardivamente l'atto di assenso (i cui effetti si erano silenziosamente conseguiti)<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3204; Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell'interessato: riflessioni critiche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 7/2012, p. 4-5, ricostruisce nel seguente modo le condizioni necessarie affinché l'istanza del privato possa condurre, a seguito di inerzia della p.a., al formarsi del silenzio assenso: la presentazione dell'istanza in relazione ad una delle ipotesi per le quali è effettivamente prevista l'applicazione del regime del silenzio assenso; la legittimazione soggettiva del privato a proporre l'istanza; la presentazione dell'istanza all'amministrazione competente a decidere; la completezza della documentazione. In ordine a tale ultimo profilo, invero, si rinvencono contrapposti orientamenti in dottrina e giurisprudenza, per un esame dei quali si rinvia al § 5 del presente lavoro.

<sup>50</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 12 marzo 2015, n. 653, in *Foro amm.*, 2015, p. 959; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 settembre 2003, n. 7709, in *TAR*, 2003, I, p. 2702; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 1998, n. 1858, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 429; Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 1994, n. 298, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, I, p. 574.

<sup>51</sup> A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., p. 179. L'Autore giustifica la legittimità del diniego postumo sulla base della permanenza del dovere di provvedere in capo alla p.a. Su tale aspetto si rinvia al prosieguo del presente lavoro.

<sup>52</sup> Analizza specificamente il legittimo affidamento nella certezza temporale dell'esercizio dell'azione amministrativa che vanta il privato "venuto in contatto" con una amministrazione A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 56 ss.

<sup>53</sup> In passato, è stata considerata ammissibile (e, quindi, necessaria al fine di evitare acquiescenza) l'impugnazione del diniego tardivo, da T.A.R. Molise, 8 ottobre 1987, n. 166, in *TAR*, 1987, I, p. 4208; Cons. Stato, Sez. V., 21 dicembre 1984, n. 959, in *Riv. giur. edilizia*, 1985, p. 313. Un diverso orientamento ha riconosciuto al diniego tardivo la capacità di produrre effetti non a carattere costitutivo, bensì dichiarativo, con il conseguente onere, da parte del soggetto interessato, di presentare nei termini di decadenza un'azione di accertamento (Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 1995, n. 1566, in *Foro amm.*, 1995, p. 2609).

Al contrario, essendo la p.a. titolare di un potere in grado di modificare unilateralmente l'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti, l'esigenza di limitare nel tempo la condizione di incertezza del cittadino fa sì che il decorso del termine non possa che implicare la decadenza del potere<sup>54</sup>. Anche per questa ragione, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria affermano l'illegittimità<sup>55</sup> del provvedimento di diniego tardivo, sia in ragione della avvenuta consumazione del potere di amministrazione attiva<sup>56</sup>, sia perché, in caso contrario, emergerebbe un evidente contrasto con il principio di buona fede ed il legittimo affidamento formatosi sull'assetto di interessi venutosi a creare a seguito della decorrenza del termine procedimentale<sup>57</sup>.

Pertanto, ove l'amministrazione accerti, in un secondo momento, la mancanza dei requisiti richiesti dalla normativa per lo svolgimento dell'attività per la quale è stato chiesto l'atto di assenso, il solo potere esercitabile dalla stessa p.a. è quello di autotutela<sup>58</sup> – avente ad oggetto non certo l'istanza, bensì l'assenso silenzioso (o, meglio, i suoi effetti) – con tutte le conseguenze in termini di più stringenti presupposti per il suo legittimo esercizio<sup>59</sup>. Certo si tratta di una autotutela del tutto peculiare: da un lato, essa non consta

---

<sup>54</sup> A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2017, p. 481.

<sup>55</sup> L'orientamento maggioritario qualifica in termini di annullabilità l'illegittimità del provvedimento tardivo (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1 aprile 2019, n. 1798, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 16 dicembre 2009, n. 8834, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, p. 501; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 marzo 2009, n. 544, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 901; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 7 giugno 2006, n. 1321, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 1962). Non mancano, tuttavia, pronunce che richiamano la figura della carenza di potere in astratto, con relativa qualificazione di inesistenza/nullità del provvedimento (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 20 febbraio 2008, n. 342, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 1310; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 16 marzo 2004, n. 1316, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 812, ove si afferma che "Formatosi il silenzio assenso sulla volontà dell'amministrazione ne discende che la successiva attività provvedimentale, resa sulla materia coperta dal silenzio-assenso, è da considerarsi "tamquam non esset" ed, ancor prima che illegittima, è nulla per carenza di potere consumato dal provvedimento formatosi "per silentium"). Sul punto v. F. BASILICA, F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, II ed., Rimini, 2014, p. 333.

<sup>56</sup> P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 664; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, cit., p. 136; ma, in tal senso, già A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 771. In giurisprudenza cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2266, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 1797; Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3626, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, p. 401; T.A.R. Molise, 9 aprile 2002, n. 292, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 1342.

<sup>57</sup> L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, cit., p. 422.

<sup>58</sup> E' stato ritenuto legittimo anche un provvedimento negativo tardivo dotato dei caratteri sufficienti ad essere qualificato nella sostanza come atto di autotutela, ovvero contenente una motivazione più approfondita, "in cui si tengano presenti i principi di tutela dell'affidamento e quello del rispetto delle situazioni consolidate in punto di fatto e si dia, altresì, contezza della comparazione degli interessi contrapposti" (T.A.R. Umbria, 19 dicembre 1999, n. 990, in *Rass. Giur. umbra*, 2000, p. 853, con nota di A. BARTOLINI, *La conversione giurisdizionale del provvedimento illegittimo, anzi nullo (nel rapporto tra silenzio assenso e diniego sopravvenuto)*).

<sup>59</sup> Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 16 ottobre 2019, n. 2171, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 14 giugno 2018, n. 3980, *ivi*; Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in *Urb. e app.*, 4/2009, p. 454; Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 1999, n. 494, in *Urb. e app.*, 1999, p. 1101; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 4 giugno 2009, n. 1358, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 1882, ove è specificato che "se deve ritenersi pacificamente ammessa per l'Amministrazione la possibilità di disporre, in via di autotutela ed in costanza dei necessari presupposti, l'annullamento postumo dell'autorizzazione tacitamente assentita,

nel riesame di un previo esercizio di una funzione di amministrazione attiva cristallizzatasi in un provvedimento espresso, bensì nella valutazione circa la legittimità della produzione di un effetto provvedimentale derivante da un fatto (comportamento)<sup>60</sup>; dall'altro, incidendo unicamente sugli effetti del silenzio e non sull'istanza originariamente presentata dal privato, dall'annullamento inizia a decorrere nuovamente il termine procedimentale, e sorge in capo alla p.a. un vero e proprio *dovere* di provvedere in maniera espressa, pena il formarsi di una nuova fattispecie di silenzio assenso<sup>61</sup>.

Nonostante le suddette peculiarità, sembra si possa affermare che, alla luce di quanto sino ad ora osservato, la relazione che si viene a creare tra *potere* di provvedere e silenzio assenso non generi particolari problematiche, caratterizzandosi per l'insorgere di dinamiche analoghe a quelle che emergono in seguito alla emanazione della decisione in maniera espressa: il potere di provvedere permane sino al decorso del termine procedimentale, mutandosi successivamente in potere di intervenire unicamente in via di autotutela sul nuovo assetto di interessi ormai (seppur "silenziosamente") definitosi<sup>62</sup>. Apparentemente, il livello di incertezza (in ordine alla stabilità degli effetti giuridici scaturenti dall'esercizio dell'azione pubblica) che accompagna la facoltà riconosciuta alla p.a. di esercitare il potere di autotutela sembrerebbe essere identico sia in caso di silenzio assenso che di conclusione del procedimento con un provvedimento favorevole espresso.

Tuttavia, è stato evidenziato come nelle fattispecie procedimentali assoggettate al regime del silenzio assenso – attesa la sostanziale assenza di garanzie che nel termine procedimentale l'amministrazione abbia effettivamente proceduto alla ponderazione degli interessi coinvolti – la circostanza che si realizzi un successivo intervento in autotutela si rivela decisamente più probabile<sup>63</sup>. Tra l'altro, l'assenza di un

---

deve ritenersi illegittimo il provvedimento che non abbia 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'esplicazione dei motivi di interesse pubblico posti a sostegno dell'intervento postumo in autotutela".

<sup>60</sup> A. ROMANO, nel suo *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, cit., osserva che l'autotutela sul silenzio assenso "non può certo investire la disposizione legislativa. E nemmeno i fatti che essa prende a presupposti per la sua applicazione: non è pensabile che l'amministrazione possa annullare, o revocare l'istanza del privato. E neppure che possa ridurre a *tamquam non esset* la successiva propria inerzia. Quindi, essa non può incidere che sugli effetti legislativamente disposti", p. 508. In termini v. anche A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., p. 605.

<sup>61</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2002, p. 18.

<sup>62</sup> Come noto, la recente riforma dell'art. 21-*nonies* della l.n. 241/1990, comportante il nuovo limite temporale di 18 mesi al potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici, è destinata ad incidere anche sull'esercizio del potere di autotutela nei confronti di effetti autorizzatori formatosi mediante il regime del silenzio assenso ("inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20"). Sul punto v. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, 2015, il quale finisce per escludere che oggi l'autotutela possa essere configurata come potere generale insito nell'esercizio della funzione amministrativa, quanto piuttosto come "un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica amministrazione e che dipende pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla norma di legge", p. 10.

<sup>63</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 255.

precedente provvedimento, e, quindi, della relativa motivazione circa la fondatezza della pretesa del privato, rende inevitabilmente più “debole” il legittimo affidamento di quest’ultimo circa la stabilità degli effetti giuridici acquisiti con il silenzio<sup>64</sup>.

Anche la giurisprudenza sembra ritenere che l’esercizio del potere di autotutela nei confronti di un provvedimento espresso non sia pienamente assimilabile a quello esercitato nei confronti degli effetti giuridici scaturenti da un silenzio assenso. Viene, in particolare, sostenuto che in questa seconda ipotesi – attesa l’assenza della previa attività provvedimentale – “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 [...]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”; in tal senso, viene considerato legittimo un provvedimento di annullamento d’ufficio di un silenzio assenso anche laddove l’amministrazione non abbia indicato specifiche ragioni di interesse pubblico idonee a giustificare l’annullamento medesimo, ma “abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell’assetto di interessi scaturente 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”<sup>65</sup>. Giungendo persino a sostenere che – a fronte della presentazione di un’istanza non pienamente congruente con il modello legale tipico – “il provvedimento sopravvenuto di rimozione del silenzio non può considerarsi illegittimo solo perché adottato senza le garanzie dei provvedimenti di secondo grado, *non essendovi alcuna esigenza di certezza, né di affidamento legittimo, da salvaguardare*”<sup>66</sup>.

Ebbene, appare evidente come, ad un più approfondito esame – pur aderendo alla tesi che qualifica come illegittimo l’eventuale atto di diniego tardivo – 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”.

---

<sup>64</sup> W. GIULIETTI, *Commento all’art. 20*, cit., p. 492.

<sup>65</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 settembre 2010, n. 17398, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 2926.

<sup>66</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 1253, in *Foro amm.*, 2014, p. 2667.

#### **4. Se il silenzio assenso non configura un *modus procedendi* (ma un rimedio avverso l'inerzia), il *dovere* di provvedere non si muta in *onere*.**

Esaminato il complesso rapporto esistente tra *potere* di provvedere e regime del silenzio assenso, è possibile passare ad indagare se, ed eventualmente in che termini, possa ritenersi sussistere un vero e proprio *dovere* di provvedere in capo alla p.a. nell'ambito di procedimenti assoggettati al regime in esame. Il precetto generale di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990, secondo il quale "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", non esclude espressamente le ipotesi di silenzio assenso dal suo ambito di applicazione. Ciò nonostante, la stessa *ratio* dell'introduzione dell'istituto del silenzio assenso viene comunemente individuata nella volontà del legislatore di individuare una deroga al principio generale del dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, che si riveli comunque soddisfattiva delle pretese del privato<sup>67</sup>. In tale ottica, il principio di cui all'art. 2 cit. sarebbe dotato di una efficacia generale, che tuttavia incontrerebbe un preciso limite nell'art. 20 cit. e nelle ulteriori ipotesi di silenzio significativo legislativamente previste<sup>68</sup>.

A tale conclusione si perveniva agevolmente aderendo alla tesi originaria, ormai come detto superata, secondo la quale il silenzio significativo avrebbe rappresentato un atto tacito; ed infatti, configurando un provvedimento implicito, ovvero un modello alternativo di esercizio della funzione, l'inerzia non avrebbe potuto causare – nelle ipotesi di silenzio assenso – anche la violazione di un dovere di provvedere<sup>69</sup>.

Ma anche aderendo all'orientamento, oggi dominante, che qualifica il silenzio assenso in termini di fatto giuridico al quale la legge fa conseguire determinati effetti analoghi a quelli propri dell'emanazione del provvedimento autorizzatorio espresso, una parte della dottrina giunge ad escludere la sussistenza di un dovere di provvedere in capo alla p.a. Su quest'ultima graverebbe, piuttosto, un *onere* di concludere il procedimento con una decisione espressa, in quanto la capacità normativamente riconosciuta all'inerzia

---

<sup>67</sup> A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., p. 285; M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, cit., p. 41; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, cit., p. 87, il quale fa discendere dal silenzio assenso una attenuazione degli effetti prescrittivi dell'art. 2. *Contra* M.A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (a margine della legge di conversione del D.L. n. 35 del 2005)*, in *Giustamm.it*, 6/2005, la quale individua un rapporto di contraddittorietà tra il principio generale di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990 e l'istituto del silenzio assenso. Si esprimono in termini di deroga al generale principio della manifestazione della volontà con provvedimento espresso T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 7 febbraio 2018, n. 350, *Foro amm.*, 2018, p. 248; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 2 novembre 2015, n. 5070, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 1995, n. 1034, in *Foro amm.*, 1995, p. 1516. Vedi, però, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 882, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove – aderendo alla qualificazione del silenzio assenso come provvedimento implicito – si nega si tratti di una deroga "al regime autorizzatorio, ma di modalità semplificata di conseguimento dell'autorizzazione".

<sup>68</sup> A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 146.

<sup>69</sup> "L'amministrazione non ha il dovere di emanare un provvedimento espresso, ma una semplice facoltà", G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 278. In termini v. anche A. PREDIERI, *Commento all'art. 7*, cit., p. 305.

di condurre a determinati effetti, non consentirebbe di qualificare la stessa in termini di omissione di un dovere vero e proprio<sup>70</sup>. Onere, quindi, come dovere “condizionato”, nel senso che l’amministrazione potrebbe decidere di non emanare il provvedimento espresso (attesi gli effetti giuridici comunque scaturenti dall’inerzia), nella consapevolezza, però, che in tal caso si vedrebbe privata del potere di esercitare la propria funzione di amministrazione attiva<sup>71</sup>.

All’onere di provvedere si affiancherebbe, tuttavia, un dovere di procedere con una attività istruttoria almeno sufficiente a verificare la non sussistenza di ragioni di fatto o di diritto che comporterebbero una conclusione del procedimento in senso negativo<sup>72</sup>. Solo in tale ultimo caso – ovvero nell’ipotesi in cui la decisione espressa risulti necessaria per impedire lo svolgimento di una attività che sarebbe in contrasto con il precetto normativo – l’onere di provvedere si tramuterebbe in dovere di provvedere con un provvedimento di diniego<sup>73</sup>. Nell’ottica dell’onere, pertanto, la mancata adozione del provvedimento espresso non sarebbe configurabile come fattispecie antiggiuridica, ed il silenzio assenso sarebbe necessariamente da intendersi come una “forma dell’attività diretta al soddisfacimento dell’interesse pubblico”<sup>74</sup>.

Invero, non sembra potersi aderire a tale pur autorevole orientamento, laddove finisce per intendere il silenzio assenso come una fisiologica modalità attraverso cui può essere esercitato il potere<sup>75</sup>. Al contrario, convince maggiormente quella tesi che individua nel silenzio significativo un rimedio (posto a favore della posizione del privato) ad una violazione di un dovere giuridico. A prescindere dalla sussistenza o meno dei requisiti per l’emanazione del provvedimento favorevole, 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. Come efficacemente chiarito da Travi, insomma, “la doverosità del provvedere non è superata dalla norma che introduce il silenzio-

---

<sup>70</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 192 ss.

<sup>71</sup> Per la ricostruzione della nozione di onere, inteso quale comportamento necessario al fine di poter esercitare un proprio potere/diritto v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 200 e N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, entrambi richiamati da S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 24.

<sup>72</sup> G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, p. 118.

<sup>73</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, loc. cit.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 269; P. MARZARO GAMBA, *Silenzio-assenso, buon andamento dell’Amministrazione e responsabilità del funzionario*, in *Le Regioni*, 1998, p. 386 ss.

<sup>74</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 184.

<sup>75</sup> Sottolinea come, trattandosi di mancato esercizio della funzione, il silenzio assenso necessiterebbe di limitazioni applicative a tutela del principio di buon andamento B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 179. Che il silenzio significativo non configuri un modo di esercitare la funzione lo si desume anche da quella giurisprudenza che nega il formarsi del silenzio assenso nelle ipotesi in cui l’amministrazione emani un provvedimento negativo nel termine, anche laddove tale provvedimento risulti in seguito illegittimo. Di conseguenza, il regime rileva unicamente in caso di inerzia, *sub specie* di sua sanzione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 27 giugno 2007 n. 5305, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

assenso: il silenzio-assenso non trasforma in «onere» ciò che precedentemente costituiva un «dovere», ma pone rimedio a una situazione patologica dell'azione amministrativa<sup>76</sup>. Del resto, se si ritenesse il silenzio assenso idoneo a porre una cesura tra norma attributiva del potere e dovere di provvedere, si finirebbe inevitabilmente per privare il potere stesso del suo imprescindibile legame con il perseguimento (doveroso) dell'interesse pubblico<sup>77</sup>. Anche la giurisprudenza maggioritaria aderisce a tale impostazione, laddove afferma che “il meccanismo del silenzio-assenso non implica alcuna deroga al potere-dovere dell'Amministrazione di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 Cost.”<sup>78</sup>, finendo così per interpretare l'assenso silenzioso come espressione di un dovere non adempiuto<sup>79</sup>.

Come già osservato, tuttavia, l'art. 20 della l. n. 241/1990 si pone come eccezione alla regola di cui all'art. 2 della medesima legge, nella misura in cui consente il non configurarsi del c.d. silenzio inadempimento, né delle conseguenze in termini esercizio dei poteri sostitutivi o di danno da ritardo. Pertanto, la sussistenza di un dovere di provvedere anche nelle ipotesi di silenzio assenso non può trovare il suo fondamento nell'art. 2 cit.<sup>80</sup> Tale considerazione, a ben vedere, non rappresenta un reale ostacolo alla ricostruzione proposta: basta richiamare, infatti, gli insegnamenti di Santi Romano, laddove – nell'affrontare la distinzione tra le nozioni di dovere e obbligo<sup>81</sup> – egli fonda il dovere di provvedere non in specifiche norme giuridiche, bensì nella stessa connotazione istituzionale dell'amministrazione<sup>82</sup>, ovvero – si potrebbe affermare oggi – nei principi costituzionali che giustificano il potere pubblico e ne conformano l'esercizio<sup>83</sup>. Più di recente, è stato al riguardo evidenziato che l'obbligo di provvedere nel

---

<sup>76</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., p. 607. In tal senso v. anche G. DE MINICO, *Note sugli articoli 19 e 20 della legge n. 241/1990*, cit., p. 292; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., p. 289.

<sup>77</sup> A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 35 ss.

<sup>78</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1288, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In termini cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 19 novembre 2015, n. 3342, *ivi*; Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 119, in *Foro amm.*, 2014, p. 35; Cons. St., Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2019, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 1221.

<sup>79</sup> A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., p. 101.

<sup>80</sup> *Contra* T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 18 gennaio 2002, n. 335, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si afferma che l'art. 20, l. n. 241/1990 non introdurrebbe “una rottura col principio generale di cui all'art. 2 stessa legge e cioè col dovere di adottare un provvedimento espresso; il raccordo tra le citate disposizioni va ermeneuticamente trovato non solo nella doverosità della p.a. di provvedere espressamente, ma nella prospettiva del privato che attiva il procedimento e che attende una risposta”.

<sup>81</sup> SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 104 ss., ove il dovere giuridico viene qualificato come situazione soggettiva che impone un comportamento senza che ad essa sia correlata una specifica posizione di pretesa; in contrapposizione all'obbligo giuridico, caratterizzato dalla compresenza di un'attività imposta e di un diritto soggettivo altrui.

<sup>82</sup> SANTI ROMANO, *op. loc. cit.*, p. 109-110. In questa ottica, v. di recente G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, ove – nel definire le peculiari connotazioni del potere pubblico – afferma che “il potere, laddove ricorrano certi presupposti, deve essere esercitato, e deve essere esercitato perché sia soddisfatto l'interesse pubblico”, p. 201.

<sup>83</sup> Dimostra analiticamente come solo confermando l'esistenza di un dovere di provvedere con provvedimento (anche positivo) espresso, il regime del silenzio assenso possa ritenersi rispettoso dei principi costituzionali di legalità, buon

termine non solo rappresenta diretta espressione dei principi generali del diritto amministrativo, “ma, come in un rapporto osmotico, contribuisce, al contempo, ad attuarli e svilupparli”<sup>84</sup>.

Una certa dottrina, invero, obietta alla descritta coesistenza del regime del silenzio assenso e del dovere di provvedere nel termine in maniera espressa, la presunta mancata presa in considerazione dell’istituto del silenzio assenso come strumento di semplificazione non solo *ex parte civium*, ma anche a favore della stessa amministrazione, alla quale consentirebbe di esercitare la propria funzione senza dover necessariamente ottemperare a formalismi ritenuti non necessari<sup>85</sup>. Secondo tale indirizzo, l’amministrazione sarebbe titolare di una semplice *facoltà* di provvedere, in quanto il silenzio assenso “toglierebbe di mezzo l’istruttoria”<sup>86</sup>: pur nella consapevolezza della imprescindibilità del rispetto del principio del giusto procedimento, “l’esigenza di uno specifico riscontro tra fattispecie astratta e fattispecie concreta (verrebbe n.d.r.) sacrificata dall’esigenza di rapidità del traffico giuridico”<sup>87</sup>. La generalizzazione dell’istituto del silenzio assenso, in tale prospettiva, ridimensionerebbe il ruolo centrale tradizionalmente riconosciuto all’istruttoria nell’ambito del procedimento amministrativo, in favore di una maggiore celerità dell’azione amministrativa<sup>88</sup>.

La ricostruzione appena prospettata pecca, tuttavia, nel riconoscere un peso eccessivo alle finalità di semplificazione, senza dubbio presenti nella *ratio legis*<sup>89</sup>, ma non tali da consentire di affermare che il meccanismo del silenzio assenso si esplicherebbe “attraverso l’assunzione di autoresponsabilità del

---

andamento e imparzialità G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell’interessato: riflessioni critiche*, cit., p. 13-18. Che il dovere di provvedere discenda direttamente dai principi di correttezza e buona amministrazione è confermato anche da quella giurisprudenza che afferma la sussistenza di uno specifico obbligo di provvedere – sempre che in capo all’istante sia ravvisabile uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione – anche a fronte della assenza di una “tipizzazione” dell’istanza del privato, nel caso emergano ragioni di giustizia ed equità che impongano l’adozione di un provvedimento in ossequio al dovere di correttezza e buona fede (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 gennaio 2013, n. 788, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Foro it.*, 2009, 3, III, p. 165; Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955, in *Foro amm. CDS*, 2004, 12, p. 3502).

<sup>84</sup> A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 5. L’autore esamina approfonditamente e la relazione che si viene a creare tra l’obbligo di provvedere tempestivamente ed i principi costituzionale e generali dell’ordinamento amministrativo, con particolare riferimento ai principi di: doverosità amministrativa, legalità, buon andamento, buona amministrazione, imparzialità, trasparenza, pubblicità, buona fede, tutela dell’affidamento, giustiziabilità dell’azione amministrativa, livelli essenziali delle prestazioni, p. 9 ss.

<sup>85</sup> G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 278.

<sup>86</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1351.

<sup>87</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 1345. *Contra* G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell’interessato: riflessioni critiche*, cit., p. 21.

<sup>88</sup> L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, cit., p. 415. In ordine alla recente tendenza tesa a “risolvere” le esigenze di semplificazione attraverso l’introduzione di istituti giuridici volti non tanto ad incidere sul *modus operandi* della p.a., quanto piuttosto ad accelerare la conclusione del procedimento, alla luce del riconoscimento di “valore ordinamentale fondamentale” al fattore tempo (Cons. Stato, Comm. Spec., 15 aprile 2016, n. 929), si rinvia alle riflessioni di G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp. AA. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, p. 305 ss.

<sup>89</sup> Inquadra il silenzio assenso all’interno dei “moduli di definizione del procedimento, informati alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità” Corte Cost., 27 luglio 2005, n. 336, in *Giur. cost.*, 4/2005, p. 3165.

richiedente circa la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dalla normativa per lo svolgimento delle attività”<sup>90</sup>. In questo modo si finisce per rendere quasi evanescente la pur sostanziale distinzione che sussiste tra il regime del silenzio assenso e quello della s.c.i.a.<sup>91</sup>: nel primo caso il cittadino presenta un’istanza, a fronte della quale all’amministrazione è riconosciuto il potere/dovere di verificare la sussistenza dei presupposti normativi e, nel caso, esercitare un potere costitutivo di tipo autorizzatorio; è solo nelle ipotesi assoggettate a s.c.i.a. che si può legittimamente parlare di assunzione di autoresponsabilità del privato (o, meglio, di autoamministrazione<sup>92</sup>), nella misura in cui l’amministrazione risulta in effetti priva di un potere (e quindi anche di un dovere) di provvedere<sup>93</sup>.

La semplificazione, quindi, nelle fattispecie di silenzio assenso, non può e non deve incidere sull’elemento dell’istruttoria e, soprattutto, non muta la natura della funzione attribuita alla p.a., da amministrazione attiva – tipica delle fattispecie soggette a regime autorizzatorio previo – a vigilanza *ex post*, che invece connota i regimi liberalizzati. Il silenzio assenso può senza dubbio essere annoverato tra gli strumenti di semplificazione se lo si osserva dal lato del cittadino, nella misura in cui esso facilita la produzione degli effetti, ma non se lo si osserva nella prospettiva delle amministrazioni<sup>94</sup>, ovvero – come pure invece da più parti è inteso – quale “ritrarsi” della funzione<sup>95</sup>. A ben vedere, nel contesto di cui ci si occupa, la

---

<sup>90</sup> G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 278.

<sup>91</sup> Non si intende, in tal modo, negare (quanto, piuttosto, non assolutizzare) l’affinità e l’interconnessione esistente tra i processi di liberalizzazione e di semplificazione. Da un lato, ad esempio, è stato osservato come il silenzio assenso, pur rientrando tra gli istituti di semplificazione “introduce sul piano pratico enormi facilitazioni per i privati [...] In questa prospettiva, anche il silenzio può considerarsi come strumento di semplificazione delle modalità di accesso dei privati all’esercizio di talune importanti attività, e quindi come istituto di liberalizzazione” (V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 3-4/2000, p. 637-638). Di contro, altra parte della dottrina – nel valorizzare la doverosità dell’esercizio del potere di controllo della p.a. – sottolinea come la s.c.i.a. ex art. 19 cit. non comporti una liberalizzazione in senso assoluto, quanto piuttosto una semplificazione avente conseguenze anche in termini di liberalizzazione delle attività private (S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 144 ss.).

<sup>92</sup> “Di autoamministrazione potrà ragionarsi a fronte dello schema norma-fatto-effetto, in una sequenza nella quale il cittadino amministra da solo i propri interessi, agendo secondo, ovvero contro legge. L’azione dell’amministrazione, quindi, è «solo eventuale, in caso di abuso della fiducia in tal modo accordata ai cittadini», vale a dire laddove il cittadino, nell’applicare la norma, ne contrasti il contenuto precettivo”, L.R. PERFETTI, *Il permanere dei paradigmi disciplinari e le difficoltà della semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 459.

<sup>93</sup> Parla di “divergenza strutturale” tra il modello del silenzio assenso e quello della s.c.i.a. A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., p. 609. In termini v. anche A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull’autonomia dell’amministrazione*, cit., p. 512-513; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell’amministrazione*, cit., p. 129 ss.

<sup>94</sup> In termini v. L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 4/2006, p. 765. V. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2014, ove chiarisce che la semplificazione comporta “l’alleggerimento delle procedure amministrative, ferma restando la loro funzione”, p. 22.

<sup>95</sup> Sul tema si rinvia alle riflessioni di M.R. SPASIANO, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2009, p. 75 ss., il quale – nel sottolineare l’importanza del fatto che in nome della semplificazione l’amministrazione non si tiri indietro dall’esercitare i propri poteri in forma manifesta e nei tempi strettamente necessari – auspica che “il processo di semplificazione non si esprima in termini di mera accelerazione delle procedure, ma punti invece alla implementazione della razionalità delle stesse”, 81. In termini v. anche M. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione. Report annuale-2013*, in *www.iuspublicum.com*; G. FALCON, *La normativa sul procedimento*

semplificazione non solo non rappresenta il fine<sup>96</sup>, ma nemmeno il mezzo<sup>97</sup> per il conseguimento di ulteriori risultati giuridici, bensì unicamente la (eventuale) conseguenza indiretta di un rimedio avente altre finalità.

Lungi dall'introdurre un modello alternativo di esercizio della funzione amministrativa, l'istituto del silenzio assenso è funzionalizzato piuttosto a sanzionare – secondo il classico schema precetto/sanzione – il comportamento patologico rappresentato dall'inerzia della p.a.<sup>98</sup>. Come stigmatizzato dalla più accorta dottrina, infatti, l'inerzia, anche nelle fattispecie di silenzio significativo, configura un comportamento patologico in una duplice accezione: essa “non ha soltanto un significato lesivo dell'interesse privato all'esercizio della funzione amministrativa, ma costituisce una lesione altrettanto grave dell'interesse pubblico [...], negazione della funzione”<sup>99</sup>. Si tratta, in altri termini, di un illegittimo mancato esercizio del potere, che, tuttavia, non incide negativamente – come tradizionalmente accade – sul cittadino interessato al rilascio del provvedimento, bensì “determina un effetto espansivo della sua sfera giuridica nel senso dallo stesso voluto”<sup>100</sup>.

Ecco, dunque, profilarsi la reale natura del silenzio assenso, inteso non come strumento per consentire al cittadino di “fare a meno” dell'amministrazione, bensì quale rimedio nei confronti delle ipotesi di

---

*amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 121 ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 433-434.

Tra l'altro, è stato osservato come le garanzie connesse all'esercizio della funzione non potrebbero ritenersi “recuperabili” in sede di autotutela, e ciò, se non altro, in quanto nulla garantisce che l'amministrazione riesca a dimostrare la sussistenza di quell'interesse pubblico concreto ed attuale che rappresenta il presupposto per il legittimo annullamento d'ufficio degli effetti scaturenti dal formarsi del silenzio assenso (cfr. G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell'interessato: riflessioni critiche*, cit., p. 21-22).

<sup>96</sup> Cfr. M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, cit., il quale – attraverso una puntuale analisi dei principali caratteri degli istituti tradizionalmente ritenuti espressione del principio di semplificazione – conclude affermando come emerga “con chiarezza che la semplificazione non è un fine, bensì un mezzo, uno strumento attraverso il quale garantire una più agevole tutela delle pretese del cittadino in una alla loro soddisfazione giuridica”, p. 3048.

<sup>97</sup> In relazione ad altri istituti (v., ad esempio, conf. serv. o pareri) gli intereventi di semplificazione configurano non tanto una conseguenza, quanto piuttosto uno strumento finalizzato ad incidere positivamente sugli obiettivi di efficienza e di efficacia. Per una riflessione in merito al rischio che le recenti riforme della pubblica amministrazione siano ispirate, al contrario, ad una valutazione della semplificazione come fine autonomo (e non strumentale) v. M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 766.

<sup>98</sup> V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, cit., p. 55 ss., individua la ratio dell'istituto del silenzio assenso nel “rimediare nei limiti del possibile ad una patologia amministrativa quale è sempre e comunque l'inerzia”, p. 71. In termini, riprendendo gli studi di Travi, anche F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, cit., p. 8, il quale, tuttavia, fa discendere il precetto dall'art. 2 della l.n. 241/1990 e non dai principi generali dell'azione amministrativa.

<sup>99</sup> B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 158. In termini anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 255, che definisce il silenzio assenso “scorciatoia non risolutiva del problema del mancato rispetto dei termini che non giova né all'interesse pubblico né a quello privato”, p. 255.

<sup>100</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 63. In tale ottica l'istituto del silenzio assenso può ritenersi espressione del principio del buon andamento, nella misura in cui orienta la funzione amministrativa, sebbene esercitata “per omissione”, alla logica del risultato (su tale profilo v. E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 329 ss.).

inerzia, al fine di garantire *ab externo* l'effetto utile che sarebbe scaturito dal corretto esercizio della funzione<sup>101</sup>. In tale ottica, il regime del silenzio assenso assume rilevanza giuridica unicamente allo scadere del termine procedimentale, quale sanzione del comportamento illegittimamente omissivo della p.a; di contro, prima della decorrenza del suddetto termine, la circostanza che si tratti di un procedimento assoggettato al regime del silenzio assenso non ha alcuna valenza, e, pertanto, non può comportare deroghe al generale dovere di provvedere nel termine, in senso favorevole o sfavorevole al privato<sup>102</sup>.

A tale conclusione si giunge, del resto, anche richiamando il contenuto dell'art. 7 della l. n. 241/1990, che non esclude le ipotesi di silenzio assenso dall'imposizione della comunicazione di avvio del procedimento, nonché dell'art. 20, co. 5 della medesima legge, ove – nel disporre l'applicazione, anche alle fattispecie assoggettate al regime del silenzio assenso, degli artt. 2, co. 7 (sospensione dei termini per esigenze istruttorie) e 10-*bis* (comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza) della stessa legge generale sul procedimento amministrativo – fanno chiaramente intendere che la corretta attuazione dell'art. 20 cit. comporta il rispetto di tutte le regole generali in tema di istruttoria e partecipazione procedimentale<sup>103</sup>.

Al più si potrebbe aderire a quella tesi che riconosce alla p.a. la facoltà di non pronunciarsi in maniera espressa in senso positivo nelle sole ipotesi in cui – comunque all'esito di una istruttoria completa e attesa la natura sostanzialmente vincolata del potere chiamato ad esercitare – una volta verificata la sussistenza dei requisiti di legge, all'amministrazione non residui alcun margine valutativo circa la scelta finale<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 14 gennaio 2016, n. 37, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>102</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., p. 242 ss.

<sup>103</sup> In termini M.P. CHITTI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano 2006, p. 41; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, cit., p. 2816. Sulla necessità di una adeguata attività istruttoria nei procedimenti destinati a concludersi con un silenzio significativo cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in *Urb. e app.*, 4/2009, p. 454, con nota di E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*. In tal senso v. anche quelle pronunce della Corte Costituzionale nelle quali vengono dichiarate legittime disposizioni regionali che introducono ipotesi di silenzio assenso, purché “siano esattamente individuati l'unità organizzativa ed il soggetto addetto responsabile dell'istruttoria e degli adempimenti finali, di modo che non vi sia differenza, sotto il profilo della responsabilità, tra atto espresso e silenzio derivante da scelta consapevole di non esercitare il potere di intervento” (Corte Cost., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Giur. cost.*, 1997; Corte Cost., 5 maggio 1994, n. 169, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, p. 6).

Con particolare riferimento all'applicabilità dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990 anche ai procedimenti nei quali opera il regime del silenzio assenso cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 ottobre 2016, n. 2463, in *Foro amm.*, 2016, p. 2528; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 41, in *Foro amm.*, 2015, p. 1735; Cons. Stato, Sez. III, 5 novembre 2014, n. 5455, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, p. 1258.

<sup>104</sup> G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell'interessato: riflessioni critiche*, cit., p. 28, del quale, tuttavia, non si condivide l'affermazione secondo la quale – a fronte della sussistenza dei requisiti di legge per il rilascio del provvedimento favorevole – “la pronuncia dell'eventuale tempestivo provvedimento espresso è richiesta all'Amministrazione soltanto nel suo interesse, mentre l'omissione di essa va al più qualificata come soltanto inopportuna”, p. 31.

## **5. Quando il silenzio assenso non semplifica. Le perduranti ambiguità del regime di formazione del silenzio assenso: esigenze di certezza e principio del legittimo affidamento.**

Una volta individuata l'accezione doverosa della conclusione del procedimento con un provvedimento espresso nel termine procedimentale, occorre interrogarsi circa la posizione dell'amministrazione una volta scaduto il termine e formati gli effetti provvedimentali *ex lege*, con particolare riferimento alla possibilità o meno di individuare in capo alla p.a. un potere/dovere di rilasciare un provvedimento tardivo ad esito favorevole<sup>105</sup>.

Le risultanze dell'indagine circa gli effetti scaturenti dalla decorrenza del termine procedimentale, nonché le relative conseguenze sanzionatorie in capo all'amministrazione in termini di consumazione del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva, conducono obbligatoriamente a concludere per l'insussistenza tanto di un dovere, quanto di un potere di provvedere positivamente una volta formatosi il silenzio assenso<sup>106</sup>.

Di qui discende, in via consequenziale, l'assenza di un diritto del privato ad ottenere il rilascio di un provvedimento di assenso espresso, avente i medesimi effetti giuridici già conseguiti mediante il formarsi del silenzio assenso, essendo pacifico, tra l'altro, che nulla impone (o, meglio, dovrebbe imporre) al cittadino l'onere di dotarsi di un atto scritto al fine di dimostrare la titolarità dell'autorizzazione silenziosamente acquisita<sup>107</sup>.

Eppure, come puntualmente sottolineato da una certa dottrina, la posizione del cittadino che ha beneficiato del regime del silenzio assenso si rivela solo apparentemente identica a quella del cittadino a cui è stato rilasciato il provvedimento. Ciò, tanto nei confronti dell'amministrazione, in quanto solo la decisione espressa consente al privato di prestare affidamento sul fatto che l'amministrazione abbia valutato la sua istanza ritenendola conforme alla legge; quanto in relazione ai rapporti con i terzi (soggetti pubblici o privati), nei confronti dei quali può rivelarsi non agevole la dimostrazione del possesso del

---

<sup>105</sup> Sulle ragioni che conducono a ritenere illegittimo un provvedimento tardivo ad esito negativo si rinvia *supra* al § 3.

<sup>106</sup> Ciò non inficia affatto quanto precedentemente affermato circa la sussistenza di un vero e proprio dovere di provvedere nel termine, come invece sostenuto da autorevole dottrina laddove afferma che se si configura un dovere di provvedere *ante* decorso del termine non può non concludersi per la permanenza del medesimo dovere anche una volta formatosi il silenzio assenso "dato che, in ossequio ai principi generali della funzione amministrativa, il dovere non può ritenersi adempiuto da un mero accadimento quale è appunto il maturarsi dell'inerzia" (F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., p. 270). Come detto, infatti, l'effetto derivante dal formarsi del silenzio assenso è da rinvenirsi proprio nella sanzione legislativa nei confronti della p.a. colpevolmente inerte, consistente per l'appunto nel privare l'amministrazione della sua titolarità (in termini sia di dovere che di potere) di esercitare la funzione di amministrazione attiva. In termini v. C. BENEZZO, *Silenzio-assenso e dovere dell'amministrazione di svolgere l'istruttoria: spunti di riflessione offerti da una fattispecie in tema di sanatoria di opere edilizie abusive*, in *Federalismi.it*, 2011, p. 12.

<sup>107</sup> Cfr. Tribunale di Como, 13 novembre 2006. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 509 ss.

titolo<sup>108</sup>. Sembra trovare, pertanto, ulteriore conferma l'orientamento al quale si è inteso aderire, secondo cui anche nelle ipotesi nelle quali all'esito dell'istruttoria emergesse la spettanza del provvedimento favorevole, l'amministrazione avrebbe comunque il dovere di provvedere in maniera espressa in quanto l'effetto utile del silenzio assenso non sarebbe equiparabile – in termini di certezza dell'assetto giuridico formatosi – a quello derivante dall'emanazione del provvedimento.

Il “nodo” della questione riposa nella circostanza che, come già osservato, gli effetti del silenzio significativo si realizzano a prescindere dalla volontà delle parti, il che implica che non solo l'amministrazione, ma anche il privato è costretto a “subire” l'assenso implicito, nonostante possa accadere che egli abbia interesse ad ottenere il rilascio di un atto di assenso espresso<sup>109</sup>. In effetti, a ben vedere, il privato presenta l'istanza non al fine di “autolegittimarsi” grazie al successivo comportamento inerte della p.a., bensì per ottenere una (chiara e motivata) decisione espressa che gli confermi la fondatezza della sua pretesa: gli effetti del silenzio, del resto, non sono da attribuire all'istanza, bensì direttamente alla legge, che inquadra l'istanza (insieme alla successiva eventuale inerzia) come mero presupposto degli stessi<sup>110</sup>.

Procedendo nel ragionamento, ci si potrebbe interrogare su quali siano le ragioni idonee a giustificare un interesse del privato ad ottenere il rilascio del provvedimento formale. Parte della dottrina, pur non negando che al privato sia garantito un grado più elevato di tutela in caso di rilascio di un provvedimento espresso favorevole piuttosto che dalla formazione *ex lege* degli effetti del silenzio assenso, ritiene che “ciò sembra avvenire soltanto in linea di fatto, senza assumere vero rilievo giuridico dinanzi alla scelta legislativa di garantire l'interessato solo nei limiti dell'operatività di tale meccanismo, consentendo contemporaneamente un certo alleggerimento degli adempimenti formali richiesti all'Amministrazione”<sup>111</sup>. Sono diverse, tuttavia, le ragioni per le quali non è possibile aderire a tale indirizzo.

---

<sup>108</sup> In termini v. A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., p. 607. In disparte, poi, l'inadeguatezza del modello del silenzio assenso allorché al rilascio dell'atto (ad es. riconoscimento del diritto di ricevere una sovvenzione) debba seguire un *facere* dell'amministrazione per far conseguire al privato il bene della vita che gli spetta (sul punto v. G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, cit., p. 87).

<sup>109</sup> “Il regime del silenzio-assenso si impone quindi alle parti del rapporto amministrativo, senza che queste possano sottrarsi”, B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 173.

<sup>110</sup> In termini A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, cit., dove chiarisce che “in realtà, l'istanza è presa dal legislatore come mero presupposto per l'applicazione della disposizione che detta per questa eventualità; e l'assetto della situazione che ne deriva, anche se è corrispondente ai suoi contenuti, non è certo prodotto da una potenzialità sua propria: è soltanto la disposizione legislativa che li produce; che li può disporre, perché è essa solo che ne ha la forza” p. 494.

<sup>111</sup> G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell'interessato: riflessioni critiche*, cit., p. 31, nota 65.

Un primo elemento di criticità emerge dalla considerazione che, se è vero che il silenzio assenso si forma con il semplice spirare del termine, a prescindere “dalla volontà dell’agente inerte”<sup>112</sup>, è invece oggetto di dibattito se gli effetti del silenzio si realizzino anche in assenza dei presupposti di legge necessari per la sua formazione. Come si è già avuto modo di sottolineare<sup>113</sup>, parte della dottrina e della giurisprudenza – in una prospettiva strettamente legalitaria – esclude il perfezionamento della fattispecie del silenzio assenso nel caso non vi sia una piena corrispondenza tra l’istanza ed il precetto normativo<sup>114</sup>. Di contro, l’orientamento maggioritario, valorizzando le esigenze di certezza del diritto e tutela dell’affidamento, propende per una ricostruzione secondo la quale un eventuale difetto dei presupposti di legge consente comunque il formarsi del silenzio assenso, incidendo non in termini di esistenza/inesistenza, bensì di legittimità/illegittimità della fattispecie<sup>115</sup>.

In realtà, tale dibattito sembra potersi dire definitivamente superato, alla luce sia della espressa previsione della annullabilità d’ufficio del silenzio assenso (che ne presuppone una illegittima formazione), sia dell’attuale formulazione dell’art. 21, co. 2-ter della l. n. 241/1990: ivi, infatti, si dispone che la formazione del silenzio assenso ai sensi dell’art. 20 cit. non esclude la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui “l’istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti”, il che sta evidentemente ad indicare che l’eventuale mancanza di uno dei requisiti di legge non osta al perfezionarsi della fattispecie del silenzio assenso<sup>116</sup>.

Ciò nonostante permangono gravi elementi di instabilità ed incertezza.

Ai sensi dell’art. 21, co. 1 cit., “con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l’interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti” e, prosegue la

---

<sup>112</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, p. 337.

<sup>113</sup> Cfr. la nota 49 al § 3 del presente scritto.

<sup>114</sup> “Gli effetti si producono solo quando siano presenti tutti gli elementi ricompresi nella fattispecie. Ne deriva che le difformità dallo schema normativo che si presentano come vizi di legittimità dell’atto amministrativo, nel regime del silenzio-assenso si traducono nella inesistenza della fattispecie” B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 180-181. In termini v. M. OCCHIENA, *L’incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in V. PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell’azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127*, Milano, 1998, p. 127. In giurisprudenza, v. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 22 agosto 2016, n. 1909, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): “Non può formarsi il silenzio assenso sull’istanza di concessione edilizia quando questa non sia accompagnata *ab initio* da tutti i requisiti previsti dalla legge necessari perché il silenzio possa essere equiparato al rilascio della concessione edilizia”. In termini anche T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 19 gennaio 2015 n. 3342, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. VI, 6 dicembre 2013 n. 5852, in *Foro amm. CDS*, 2013, p. 3489.

<sup>115</sup> P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit. p. 331-334; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, cit., p. 278; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., p. 900. In termini cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 428, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, *ivi*; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 ottobre 2013, n. 9046, in *Foro amm. TAR.*, 2013, p. 3092; T.A.R. Veneto, Sez. III, 10 giugno 2009, n. 1692, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2007, n. 586, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4620, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 2261.

<sup>116</sup> M. D’ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, cit., p. 977.

disposizione, “in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell’attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi”<sup>117</sup>. Da una interpretazione letterale della norma, pertanto, sembrerebbe doversi concludere che il legislatore – laddove parla di non conformazione dell’attività e dei suoi effetti alla legge – abbia inteso disporre che nella sola ipotesi di dichiarazioni false o mendaci il silenzio assenso non si formi. Tuttavia, a ben vedere, una tale lettura condurrebbe ad un insanabile contrasto con il co. 2-*bis* dell’art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, laddove – nel disporre la non applicabilità del limite temporale dei 18 mesi all’esercizio del potere di autotutela nei confronti di “provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci” – presuppone evidentemente che si formi il provvedimento (anche silenzioso) nonostante una delle dichiarazioni o attestazioni risulti successivamente non veritiera. Come osservato dalla più accorta dottrina, pertanto, “a meno di investire della questione la Corte costituzionale, rappresentandole l’irragionevole conflitto delle due disposizioni, l’unica lettura possibile [...] resta dunque quella che riferisce l’art. 21, co 1, ai poteri di controllo ordinari, o, a tutto voler concedere, a quelli esercitabili entro il termine “ragionevole” per il controllo tardivo”<sup>118</sup>. Ebbene, aderendo a tale orientamento sembrerebbe che il richiamo all’art. 20 presente nell’art. 21, co.1 non si adatti affatto alla fattispecie del silenzio assenso. In ogni caso, ciò che almeno in teoria appare non essere oggetto di discussione è che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio dovrebbe formarsi, e nessuno (né una amministrazione, né un privato) dovrebbe potersi rifiutare di adeguarsi al nuovo assetto di interessi formatosi silenziosamente, se non contestandolo formalmente in sede processuale nei tempi e modi rigidamente previsti (oppure, per la p.a., esercitando i poteri di autotutela)<sup>119</sup>. In tal senso milita anche l’art. 3 del d.p.r. n. 300/1992 (*Regolamento concernente le attività private sottoposte alla disciplina degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241*), laddove dispone che qualora l’istanza del privato non sia regolare o completa, l’amministrazione è tenuta a darne comunicazione al richiedente entro dieci giorni (co. 3) e che nel caso in cui l’amministrazione non provveda al tale comunicazione, il termine del procedimento decorre comunque dal ricevimento della domanda (co. 4).

---

<sup>117</sup> Per un ampio commento della disposizione si rinvia a E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 987 ss. In generale, sulla operazione di responsabilizzazione del privato, quale strumento volto a controbilanciare interventi di semplificazione che comportino un ritrarsi dell’esercizio del potere pubblico, quale, ad esempio, la prevista possibilità di beneficiare degli effetti del provvedimento favorevole anche *per silentium*, si rinvia a E. ZAMPETTI, *Diritti edificatori, permesso di costruire, d.i.a. e s.c.i.a. negli interventi normativi del 2011*, in *Corr. merito*, 1/2012, p. 5 ss.

<sup>118</sup> M. A. SANDULLI, *Controlli sull’attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, cit., 30.

<sup>119</sup> M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, cit., p. 132; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, p. 520.

Pur tuttavia, una parte della giurisprudenza – presumibilmente spinta da lodevoli intenti di giustizia sostanziale, ma forzando notevolmente il tenore della norma – sostiene che il silenzio assenso non si formi anche in mancanza della documentazione completa prescritta, “in quanto l'eventuale inerzia dell'amministrazione nel provvedere non può far guadagnare agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero mai conseguire in virtù di (un) provvedimento espresso”<sup>120</sup>. Ebbene, è evidente come tale indirizzo crei una situazione di grande incertezza, in quanto lo spirare del termine finisce per non essere indice di alcun assetto di interessi dotato di un minimo di stabilità, con la conseguenza che il privato (anche in buona fede) è destinato a permanere in uno stato di indeterminatezza costante<sup>121</sup>.

## **6. L'intollerabile fragilità della posizione del soggetto istante e la possibile dissonanza tra risultato giuridico e risultato pratico.**

Quanto appena osservato conferma l'erroneità di una ricostruzione che sostenga una piena equiparazione, dal punto di vista (pratico) del cittadino, tra il rilascio del provvedimento e la formazione del silenzio assenso: in questo secondo caso ben può accadere, infatti, che si crei uno iato tra l'interesse del privato tutelato in astratto dalla norma e l'interesse concreto dello stesso soggetto istante ad ottenere la decisione espressa: “l'esistenza del silenzio-assenso, nella concreta dinamica del rapporto tra amministrazione e cittadino, è sottoposta ad un continuo rischio di contestazione”<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 dicembre 2013, n. 5852, in *Foro amm. CDS*, 2013, p. 3489. In termini, anche di recente, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4273, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 aprile 2017, n. 1776, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, p. 703; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9 agosto 2016, n. 9267, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805, *ivi*. Aderisce a tale indirizzo N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, cit., p. 378.

Tra l'altro, sia detto per inciso, la stessa giurisprudenza lega l'esigenza della completezza della domanda alla sussistenza del dovere di provvedere nei termini posto in capo alla p.a. “atteso che 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 Cost. e presuppone quindi che essa sia posta nella condizione di poter esercitare il proprio potere quanto meno nel senso di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali affinché l'autorizzazione implicitamente connessa al decorso del tempo sia coerente alle previsioni di legge” (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 19 novembre 2015, n. 3342, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

<sup>121</sup> La dottrina, al riguardo, da tempo stigmatizza l'errata equiparazione, presente in giurisprudenza, tra la difformità alle regole vigenti dell'autorizzazione implicita e l'assenza del titolo espresso: in tal modo non viene presa in considerazione la circostanza che – attesa l'incertezza connessa al regime del silenzio assenso – il privato potrebbe incolpevolmente ritenere sussistenti i presupposti richiesti per la formazione e l'efficacia del silenzio assenso; situazione ben diversa da quella di chi realizza l'attività senza aver nemmeno richiesto il titolo. Sul punto v. M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, p. 220 ss.; ID., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, p. 301 ss.

<sup>122</sup> B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 174.

Il tema, in altri termini, si pone allorché gli effetti provvedimenti conseguiti in maniera silenziosa attribuiscono il bene della vita unicamente dal punto di vista giuridico, non consentendo, tuttavia, al cittadino di conseguire concretamente il risultato pratico cui legittimamente ambisce<sup>123</sup>.

Non è un caso, del resto, che la Commissione di studio istituita nel 1991 per l'attuazione della l. n. 241/1990<sup>124</sup> – nel definire i criteri di individuazione delle deroghe al regime del silenzio assenso – aveva, tra l'altro, indicato la sussistenza di eventuali ragioni di interesse del privato all'adozione del provvedimento formale, ragioni connesse alla necessità di esibire il titolo autorizzatorio a soggetti privati o ad altre pubbliche amministrazioni. È vero che la normativa impone oggi all'amministrazione di rilasciare al privato una ricevuta della presentazione dell'istanza<sup>125</sup>, con l'esibizione della quale, pertanto, egli è in grado di dimostrare il decorso del termine e, almeno in linea teorica, il contestuale formarsi del silenzio assenso. Tuttavia, in tal modo ci si limita a cristallizzare il *dies a quo* dell'avvio del procedimento, mentre alcuna forma di garanzia può desumersi circa l'effettivo esercizio della funzione e della relativa valutazione in ordine alla fondatezza dell'istanza<sup>126</sup>.

Alla luce di quanto è emerso circa l'incertezza dell'assetto degli interessi venutosi a creare per il mero decorso del termine, ben potrebbe accadere che il terzo (amministrazione o privato) interessato a conoscere della sussistenza o meno di quell'atto di assenso, non si faccia bastare la presentazione della suddetta ricevuta di presentazione dell'istanza, pretendendo (seppur illegittimamente) una conferma dell'effettivo formarsi degli effetti del silenzio assenso<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Per una condivisibile distinzione tra risultato "giuridico" e risultato "pratico" si rinvia alle riflessioni di D. D'ORSOGNA, *Note in tema di conferenze di servizi, semplificazione, operazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, p. 589.

<sup>124</sup> Sui lavori della Commissione v. la *Relazione sull'attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»*, presentata dal Ministro per la funzione pubblica (Gaspari), in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, legislatura X, Documenti, XXVII, n. 7.

<sup>125</sup> Cfr., in generale, l'art. 18-bis, l. n. 241/1990: "Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza"; nonché, specificamente per i procedimenti per i quali opera il regime del silenzio assenso, l'art. 3, co. 5 del d.P.R. n. 300/1992: "All'atto della presentazione della denuncia o della domanda sarà rilasciata al soggetto interessato una ricevuta recante le indicazioni di cui all'art. 8, comma 2, della legge". Sulla sussistenza, anche nella disciplina del procedimento amministrativo europeo, dell'obbligo di rilascio di una ricevuta a fronte della presentazione di una istanza da parte del cittadino v. G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA (a cura di), *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, 2016, p. 68.

<sup>126</sup> In senso analogo, esaminando però l'esercizio del potere di controllo successivo alla presentazione di una s.c.i.a., anch'essa soggetta al rilascio di una ricevuta, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 158.

<sup>127</sup> Il regime di incertezza rileva anche *a contrario*, laddove, ad esempio – nonostante la regolare emanazione del provvedimento di diniego nei termini – la giurisprudenza ritenga si producano comunque gli effetti del silenzio assenso, a causa di un vizio nella notifica della decisione ad esito non favorevole (cfr. Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 18 gennaio 2002, n. 335, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Che non si tratti di una eventualità puramente teorica è ampiamente dimostrato da quella giurisprudenza che tende a corroborare tale regime di incertezza, stigmatizzando l'inadeguatezza del silenzio assenso a dimostrare la titolarità del titolo originariamente richiesto. A titolo esemplificativo, può richiamarsi una recente pronuncia del Consiglio di Stato, con la quale si è ritenuto che il silenzio assenso formatosi sull'istanza di iscrizione all'albo regionale delle cooperative sociali operanti nel settore educativo non fosse equivalente alla effettiva iscrizione all'albo e che, pertanto, legittimamente l'amministrazione avesse escluso il ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di asilo nido comunale. I giudici hanno sostenuto che il mero dato temporale rappresentato dal decorso del termine procedimentale "non costituiva fatto idoneo ad offrire alla stazione appaltante alcuna garanzia sulla sussistenza dell'effettiva iscrizione all'albo e sul conseguente possesso dei requisiti di capacità richiesti per lo svolgimento delle prestazioni contrattuali"<sup>128</sup>.

Appare evidente che, se così "fragile" è il grado di stabilità della posizione vantata dal soggetto istante, se così "minimali" devono considerarsi gli effetti giuridici prodotti, allora non possono che dichiararsi falliti gli obiettivi di semplificazione e rafforzamento della posizione del cittadino che hanno spinto il legislatore ad introdurre e prevedere un'estensione generalizzata del modello del silenzio assenso, aderendo così a quella dottrina che ha qualificato l'istituto *de quo* in termini di vero e proprio *boomerang* per il cittadino<sup>129</sup>. La legittima aspettativa ad una esplicita pronuncia, che la giurisprudenza collega al rispetto dei principi generali di correttezza e buona amministrazione<sup>130</sup>, viene sostanzialmente frustrata e – per il solo fatto del mancato tempestivo esercizio della funzione – il privato finisce per trovarsi in una posizione che ne garantisce in maniera decisamente più debole gli interessi<sup>131</sup>.

Da ultimo – ad ulteriore dimostrazione delle inevitabili conseguenze di instabilità che derivano dall'applicazione del regime del silenzio assenso – si segnala quanto disposto dal recentissimo d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), il cui art. 103, co. 1 prevede, tra l'altro, la proroga fino al 15 aprile 2020 dei termini per la formazione del silenzio assenso, da applicare a tutti i procedimenti pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente. Ebbene, mentre la sospensione dei termini procedimentali (prevista nella medesima disposizione) appare rispondere a condivisibili ragioni legate al parziale "stallo" che la macchina amministrativa sta vivendo a causa delle misure necessarie ad evitare il diffondersi del contagio, meno comprensibile è la decisione di frustrare le

<sup>128</sup> Cons. Stato, Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 199, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>129</sup> M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit., p. 7; ID., *Le novità in tema di silenzio*, cit., p. 220 ss.

<sup>130</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 3502.

<sup>131</sup> M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della P.A.*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 485 ss.

legittime aspettative di coloro che –avendo presentato un’istanza in un momento anteriore alla manifestazione del fenomeno epidemiologico – avevano prestato affidamento sulla formazione degli effetti favorevoli entro una determinata data<sup>132</sup>.

La dottrina si è a lungo occupata degli strumenti, processuali e non, utilizzabili dal terzo per difendersi avverso una fattispecie di silenzio assenso formatasi illegittimamente<sup>133</sup>, ma poca attenzione è stata dedicata alle pur non meno rilevanti esigenze di tutela del soggetto che ha presentato l’istanza, laddove il rimedio legislativamente individuato nei confronti dell’inerzia dell’amministrazione finisce per determinare una situazione di incertezza piuttosto che garantire una via alternativa per l’ottenimento del bene della vita al quale egli legittimamente si ambisce.

## **7. Quale tutela per il soggetto istante? Il ricorso allo strumento dell’autocertificazione e le sue criticità.**

Zanobini osservava che “evidentemente, il contegno di chi tace è ambiguo”<sup>134</sup>. Come si è avuto modo di dimostrare, in effetti, sono diverse le ragioni per le quali quando l’amministrazione “tace” – anche nei procedimenti per i quali opera il rimedio del silenzio assenso – essa produce un assetto connotato da ambiguità più che da certezza. Il legittimo affidamento del cittadino – il cui ruolo centrale nei rapporti tra amministrazione e privato è oggi indiscusso<sup>135</sup> – subisce una evidente *deminutio* di tutela a causa della scelta della p.a. di concludere il procedimento in maniera silenziosa, e ciò in ragione della assoluta mancanza di qualsiasi garanzia circa la effettiva valutazione della fondatezza dell’istanza.

E’ vero che nell’ipotesi di silenzio assenso l’azione dell’amministrazione non è qualificabile come illegittima, in quanto la violazione del dovere di provvedere nel termine è già sanzionata *ex lege* con la formazione del silenzio significativo, ma – come insegna la dottrina che più diffusamente ha approfondito

---

<sup>132</sup> Per un primo commento alle previsioni di sospensione dei termini procedurali introdotte nell’ambito delle misure adottate dal Governo per affrontare l’emergenza Covid-19, v. M.A. SANDULLI, N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Prmissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell’efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell’art. 103*, e L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla 'stratificazione' delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, entrambi in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020.

<sup>133</sup> Per tutti v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.; E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, 4/2011, p. 765 ss.; W. GIULIETTI, *Aspetti problematici di tutela nei casi di inerzia tipizzata*, in *www.giustamm.it*, 2009; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2002, p. 16 ss.; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 1024 ss.

<sup>134</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1958, p. 285.

<sup>135</sup> Sulla centralità del principio di tutela del legittimo affidamento si rinvia al lavoro fondamentale di F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, nonché ai successivi studi di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell’affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 93 ss.; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 173 ss.

tali tematiche – la correttezza e la buona fede oggettiva, a prescindere dalla legittimità dell'atto (o del comportamento), si configurano in maniera differenziata nei rapporti di diritto pubblico, quali oggetto di una situazione giuridica autonoma della quale è titolare il cittadino, in quanto persona, nei confronti della pubblica amministrazione<sup>136</sup>.

Un possibile rimedio si potrebbe rinvenire nella ricostruzione del fenomeno operata da quella dottrina che attribuisce al silenzio assenso un'efficacia per sua natura temporanea e contenutisticamente limitata. Secondo tale orientamento, infatti, il decorso del termine non comporterebbe la consumazione del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva e, di conseguenza – a fronte di un interesse concreto del cittadino ad ottenere un atto espresso – sarebbe configurabile in capo alla p.a. un vero e proprio dovere di rilasciare il provvedimento a contenuto favorevole, anche dopo la formazione del silenzio assenso<sup>137</sup>.

Sulla medesima scia si pone quella giurisprudenza minoritaria che afferma che “con riguardo alla formazione del silenzio assenso, il decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non consuma il potere dell'Amministrazione di provvedere, sia in senso satisfattivo per il destinatario dell'atto finale del procedimento medesimo, sia in senso a lui negativo, sia, ancora, mediante un atto interlocutorio, che comunque sostanzialmente l'esercizio di una potestà decisoria dell'Amministrazione medesima. Il provvedimento espresso, tardivamente intervenuto, cancella quindi il silenzio, sia se formatosi in senso negativo che positivo, poiché non è ammissibile che la P.A. si pronunci al solo fine di confermare il silenzio mantenuto, legittimando un comportamento che viola l'obbligo di provvedere”<sup>138</sup>.

Non sembra possibile, tuttavia, aderire a tale pur suggestivo indirizzo. Esso, infatti, si rivela incompatibile con la ricostruzione di silenzio assenso proposta in questo scritto – quale sanzione della violazione del dovere di provvedere (nel termine) – che ha come necessaria conseguenza la consumazione del potere dell'amministrazione (se non in via di autotutela). In altri termini, una volta decorso il termine e formatosi il silenzio significativo “risulta inammissibile una ulteriore domanda di condanna della P.A. a concludere il procedimento. Non è possibile sostenere contestualmente che il potere amministrativo nella fattispecie

---

<sup>136</sup> Sul punto si rinvia agli studi di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 142 ss., e di A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, (voce) in *Enc. dir.*, Milano, agg. II, 1998.

<sup>137</sup> Ci si riferisce alla già illustrata tesi di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., p. 186-187.

<sup>138</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 2416, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini, Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63, in *Foro amm.*, 2014, p. 69. Sottolinea come, “nella pratica, il privato abbia mostrato una certa cautela nell'avvalersi del silenzio assenso e una contestuale preferenza ad attendere piuttosto il provvedimento espresso della pubblica amministrazione, anche se in notevole ritardo rispetto ai tempi previsti” G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, cit., p. 84.

si sia consumato, essendosi consolidata una situazione giuridica favorevole all'istante e, con lo stesso ricorso, pretendere dalla P.A. l'esercizio del potere, su ordine del giudice<sup>139</sup>.

Ciò posto, in disparte la questione circa l'eventuale configurabilità di profili di responsabilità in capo al funzionario che non abbia rilasciato la decisione espressa nel termine procedimentale<sup>140</sup>, una via idonea a consentire al cittadino che ha beneficiato degli effetti "incerti" del silenzio assenso di conseguire il risultato (concreto) cui legittimamente ambisce, potrebbe essere quella del ricorso allo strumento dell'autocertificazione<sup>141</sup>. E' noto, del resto, come – anche alla luce del generale indebolimento del tradizionale sistema pubblico di certezze<sup>142</sup> – le autocertificazioni assumono oggi un ruolo determinante in molti settori, configurando atti idonei a produrre certezza giuridica, sia in termini di "stabilità", nei confronti della p.a. (fino a prova contraria), che di "affidamento", nei confronti degli altri consociati, i quali — atteso il potere di controllo ad esse connesso — sono legittimati a confidare nella veridicità di quanto dichiarato<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2016, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>140</sup> E' indiscussa la configurazione di responsabilità per danni derivanti a terzi dalla formazione di un silenzio assenso illegittimo, ovvero nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione a fronte dell'assenza dei presupposti di legge per l'ottenimento del provvedimento espresso favorevole (cfr., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 13 settembre 2018, n. 5499, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Tale assunto, appare oggi, del resto, espressamente confermato dall'art. 21, co. 2-ter della l.n. 241/1990, ai sensi del quale "La decorrenza del termine previsto dall'articolo 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'articolo 20 non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti". Oggetto di dibattito è, invece, la possibilità di ricostruire una fattispecie di responsabilità del funzionario per i danni subiti dal soggetto istante a causa del mancato ottenimento del provvedimento espresso. Parte della dottrina rileva che, se si ritiene sussista il dovere di provvedere nel termine, non può che concludersi per la consequenziale responsabilità in caso danni scaturenti dalla violazione di tale dovere. Non può trovare applicazione, evidentemente, il danno da mero ritardo, in quanto esso è già sanzionato *ex lege* dall'attribuzione di un significato al comportamento omissivo della p.a. (cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 2 maggio 2018, n. 27, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Potrebbe, però, eventualmente configurarsi una pretesa risarcitoria che non abbia ad oggetto la violazione del termine (lesione dell'interesse alla certezza temporale), bensì la lesione dell'interesse alla certezza dei rapporti giuridici. Sul punto si rinvia alle riflessioni di M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2/2003, p. 291 ss., il quale sottolinea come in ipotesi di silenzio significativo "ci si potrebbe chiedere se non sussista comunque un interesse alla determinazione (favorevole) espressa, considerata l'obiettivo *attaccabilità* del provvedimento tacito [...] In tali eventualità, però, viene in rilievo una tematica diversa da quella della responsabilità per la violazione delle regole temporali. Semmai entra in gioco il profilo concernente la pretesa ad ottenere un determinato contenuto provvedimento", p. 373. Per un eventuale rilievo della mancata adozione del provvedimento favorevole nel termine quale causa di responsabilità disciplinare e dirigenziale v. W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, cit., p. 496.

<sup>141</sup> Su caratteri e ambito di applicazione delle autocertificazioni si rinvia, *ex multis*, a M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 872 ss.; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 603 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., p. 244 ss.

<sup>142</sup> L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e certezza*, Napoli, 2015, p. 90. In generale, sul sistema pubblicistico di produzione di "certezze" si rinvia a A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 867 ss.; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003.

<sup>143</sup> M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 15 ss.

Nel contesto di cui ci si occupa, quindi, il privato dovrebbe poter autocertificare il possesso del titolo ottenuto tacitamente, mentre sulla p.a. incomberebbe l'onere di controllare la veridicità di quanto dichiarato. Generalmente, tale attività di controllo viene effettuata interrogando il protocollo informatico dell'amministrazione competente a rilasciare il titolo; tuttavia, in caso di assenso ottenuto *per silentium*, la ricerca di una conferma nel protocollo informatico avrebbe esito negativo, in quanto non è previsto alcun onere in capo alle amministrazioni di lasciare traccia (con atto interno) delle fattispecie in merito alle quali si è formato il silenzio assenso<sup>144</sup>. La soluzione prospettata ha, poi, l'ulteriore difetto di non essere idonea a risolvere il problema della assenza del provvedimento espresso nell'ipotesi in cui l'esibizione dello stesso venga richiesta da un soggetto privato, il quale, come noto, non è tenuto a prestare affidamento al contenuto di un'autocertificazione<sup>145</sup>.

### **7.1. L'incerta percorribilità della tutela processuale nelle oscillazioni tra azione di accertamento e applicazione analogica del rito speciale sul silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a.**

Un diverso indirizzo individua nel ricorso al potere giurisdizionale la via per poter garantire al soggetto istante il medesimo livello di certezza di cui gode colui che ha ottenuto il rilascio della decisione favorevole espressa. In particolare, una parte della giurisprudenza afferma l'esperibilità di una azione di accertamento in merito alla avvenuta formazione del silenzio assenso sull'istanza presentata, in quanto “la garanzia costituzionale del diritto di difesa induce a riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo con particolare riguardo al caso in cui, mancando il provvedimento da impugnare, l'azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente”<sup>146</sup>. In effetti, in tal

---

<sup>144</sup> Auspica che, in relazione alle fattispecie assoggettate al regime della s.c.i.a., l'amministrazione fornisca un riscontro in merito alla conclusione dell'esercizio della prevista funzione di controllo S. TUCCILLO, nel suo *Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, p. 197 ss., la quale parla, in particolare, di un documento di archiviazione pratica, “archiviazione di cui dovrebbe darsi atto anche nel protocollo informatico dell'amministrazione in modo da rendere gli atti del procedimento di controllo accessibili secondo le normali modalità previste per l'esercizio del diritto di accesso”, p. 217-218.

Tra l'altro, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. n. 33/2013, le amministrazioni non sono tenute a pubblicare gli estremi delle autorizzazioni (nemmeno di quelle rilasciate con provvedimento espresso), bensì unicamente gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese, e comunque di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati di importo superiore a mille euro.

<sup>145</sup> Ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. n. 445/2000 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*) unicamente le amministrazioni ed i concessionari di servizi pubblici sono obbligati ad accettare le autocertificazioni, le quali possono essere impiegate anche nei rapporti tra l'attestante ed altri soggetti privati unicamente se questi vi consentono.

<sup>146</sup> T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 febbraio 2016, n. 257, in *Foro amm.*, 2016, p. 403. In senso analogo v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, in *Foro it.*, 2019, III, p. 332; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 maggio 2015, n. 6358, in *Foro amm.*, 2015, p. 1547; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 27 novembre 2015, n. 783, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 ottobre 2011, n. 1265, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3258. Considera configurabile un'azione atipica di accertamento nelle ipotesi di silenzio assenso, esperibile dal soggetto che ha proposto l'istanza e ne abbia

modo l'istante avrebbe modo di dimostrare, indirettamente ma incontestabilmente, il suo essere titolare degli effetti del provvedimento di assenso, “risolvendo” in via giurisdizionale le incertezze derivanti dall'inerzia della p.a., evidentemente non adeguatamente risolte *ex lege* dalla previsione di un regime di silenzio significativo.

Ma – al di là della considerazione che, in gran parte di casi, le pronunce che ammettono l'azione di accertamento riguardano azioni intraprese dal terzo controinteressato e non dal soggetto istante – a tale orientamento se ne contrappone uno di segno contrario, secondo cui non sarebbe ammissibile l'azione di accertamento *de qua* in quanto non sarebbe “ricompresa tra quelle previste in via tassativa dall'ordinamento processuale (dall'art. 31 commi 1, 2, 3; art. 31 comma 4; art. 34 comma 1 lett. c); art. 34 commi 3 e 4; art. 114 comma 4 c. proc. amm.), che non prevede un'azione generale di accertamento, bensì solo ipotesi tipizzate e tassative”<sup>147</sup>. Nemmeno, d'altro canto, sarebbe applicabile l'azione di accertamento atipica delineata dall'Adunanza Plenaria n. 15/2011, riguardante la ben diversa fattispecie della tutela dell'interesse legittimo del terzo leso dal non corretto esercizio del potere di verifica della conformità dell'attività dichiarata con s.c.i.a. rispetto al paradigma normativo<sup>148</sup>.

All'interno del dibattito si inserisce un ulteriore indirizzo – una via alternativa attraverso cui conseguire il medesimo risultato in termini di certezza dell'assetto degli interessi, sempre ricorrendo alla sede giurisdizionale – ovvero l'affermata applicabilità del rito sul silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a. anche alle fattispecie in cui opera il regime del silenzio assenso<sup>149</sup>. Non si tratterebbe, tuttavia, di automatica ammissibilità del rito speciale *de quo*, essendo di volta in volta “rimessa al giudice la valutazione (in relazione alle specificità della fattispecie esaminata, alla natura del potere esercitato dall'amministrazione

---

interesse, A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, p. 204.

<sup>147</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 18 aprile 2013, n. 588, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1330.

<sup>148</sup> “Se dunque la giurisprudenza da un lato riguarda la natura giuridica della denuncia di attività e la sua differenza dal silenzio-assenso, e dall'altro la tutela del terzo, non vi sono motivi per ritenerla applicabile anche alla diversa ipotesi del silenzio sulla domanda di permesso di costruire previsto dall'art.20, comma 8, d.p.r. n.380 del 2001” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 11 ottobre 2013, n. 4559, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>149</sup> Si esprime in tal senso A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2017, p. 450 ss., la quale osserva che “se l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso ed entro il termine dato è generale, la stessa portata generale deve essere riconosciuta al rimedio previsto dagli artt. 31 e 117 c.p.a. e diretto a far fronte al suo inadempimento [...] Così, l'interesse ad una pronuncia che, all'esito del rito sommario, accerti l'avvenuta consumazione del potere di vietare l'inizio di una attività o del potere di adottare un provvedimento di diniego di autorizzazione è facilmente imputabile a chi si trovi a dover impegnare ingenti capitali e programmare investimenti in una attività sottoposta a controllo successivo o preventivo e dunque a s.c.i.a. o a silenzio-assenso”, p. 486-488. Non esclude che il soggetto istante possa avere interesse ad esperire un'azione avverso il silenzio anche una volta formatosi il silenzio assenso A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit., p. 287.

ed al complesso degli interessi coinvolti) circa la sussistenza dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere<sup>150</sup> anche in costanza di un regime di silenzio assenso.

In particolare, solo a fronte di procedimenti complessi comportanti l'esercizio di valutazioni ampiamente discrezionali, non potrebbe ritenersi indifferente per l'interessato l'acquisizione dell'assenso *per silentium* o sulla base di un titolo espresso, “dovendosi valutare sussistente quanto meno una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni dell'amministrazione in quanto idonee a conferire un maggior grado di stabilità e certezza al rapporto”<sup>151</sup>.

Deve, tuttavia, segnalarsi come l'orientamento maggioritario escluda con fermezza, nei procedimenti in cui opera il regime del silenzio significativo, l'esperibilità del rito speciale sul silenzio, essendo quest'ultimo specificamente “configurato dal legislatore come rimedio contro il «silenzio non qualificato» dell'Amministrazione”<sup>152</sup>, quindi “non esperibile contro qualsiasi tipologia di omissione amministrativa, restando esclusi dalla sua sfera applicativa non solo i casi di silenzio significativo (assenso o rigetto), ma anche gli obblighi di eseguire che richiedono, per il loro assolvimento, un'attività materiale e non provvedimentale”<sup>153</sup>. Del resto, se si conviene che il dovere di provvedere con il rilascio del provvedimento espresso cessa una volta decorso il termine finale del procedimento, non si può che aderire a tale ultimo indirizzo.

---

<sup>150</sup> Da ultimo cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 9 aprile 2019, n. 4681, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>151</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 novembre 2017, n. 5219, in *Foro amm.*, 2017, p. 2341; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 10 gennaio 2014, n. 200, in *Foro amm.*, 2014, p. 298; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 22 novembre 2013, n. 5334, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 3469; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 10 gennaio 2014, n. 200, in *Foro amm.*, 2014, p. 298. In senso analogo, da ultimo, v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 30 agosto 2018, n. 9084, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>152</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 18 giugno 2009, n. 3360, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 1833; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 18 gennaio 2008, n. 369, *ivi*, 2008, p. 127.

<sup>153</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 14 novembre 2013, n. 2293, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 3530. In termini cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 12 novembre 2018, n. 1654, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 7 febbraio 2013, n. 197, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 656; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 8 luglio 2013, n. 3553, *ivi*, 2013, p. 2454; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 16 gennaio 2013, n. 330, *ivi*, 2013, p. 200; Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469, in *Foro amm. CDS*, 2010, p. 554. In senso analogo v. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 17 ottobre 2016, n. 4727, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si afferma che “È infondato il ricorso avverso il silenzio-rifiuto serbato dal Comune sulla domanda di permesso di costruire [...] in quanto, ai sensi dell'art. 20, comma 8 del D.P.R. n. 380/2001, si tratta di un'ipotesi normativamente disciplinata di silenzio-assenso [...]; in tali casi, pertanto, non sussiste alcun obbligo di provvedere, costituente presupposto del ricorso avverso il silenzio”. Sul punto v. W. GIULIETTI, *Aspetti problematici di tutela nei casi di inerzia tipizzata*, cit., p. 5; nonché A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, cit., il quale esclude l'estensione del rito sul silenzio alle fattispecie di silenzio significativo in quanto quest'ultimo “ha valore di provvedimento, positivo o negativo, a seconda della volontà della legge, sì che, equivalendo agli effetti del provvedimento, ad esso si addice il ricorso d'impugnazione e il giudizio di annullamento, pur in giurisdizione esclusiva. Al contrario, il silenzio-inadempimento: è fatto giuridico non significativo e negativo e rappresenta solo l'inadempimento del dovere di provvedere, sicché ad esso si addice il giudizio di accertamento e di condanna”, p. 158.

## 7.2. Prospettive rimediali a carattere non giurisdizionale: l'atto ricognitivo doveroso ed il silenzio assenso "facoltativo".

Quanto è emerso, tuttavia, non esclude che si possa individuare un'ulteriore strada attraverso cui conseguire il medesimo risultato in termini di certezza della posizione del soggetto istante, ad esempio attraverso il rilascio di un atto da parte della p.a. competente, atto non avente, però, natura costitutiva, bensì meramente ricognitiva del nuovo assetto di interessi venutosi a creare per il tramite del silenzio assenso.

La dottrina, come noto, riconduce l'atto ricognitivo all'interno della più ampia categoria degli atti dichiarativi, ovvero di quella eterogenea tipologia di atti che – attraverso un procedimento di mero acclaramento di dati obiettivamente verificabili – mira a “dar certezza di fatti giuridicamente rilevanti”<sup>154</sup>. In particolare, l'atto ricognitivo si caratterizza per avere ad oggetto un assetto di interessi già formatosi per legge, in relazione al quale l'amministrazione “si limita a verificare, senza alcun margine di discrezionalità, l'esistenza dei presupposti”<sup>155</sup>. Si tratta, in altri termini, di un atto del tutto privo di contenuto volitivo, avente natura di dichiarazione di scienza relativa a fatti non contestabili<sup>156</sup>.

Nel caso di specie, la non contestabilità della formazione del silenzio assenso (si badi, della sola formazione, non della legittimità) deriva dalla semplice verifica della pertinenza dell'istanza e della decorrenza del termine procedimentale, con la conseguenza che l'amministrazione competente – sollecitata sul punto – non può che limitarsi a prenderne atto, cristallizzando tale accertamento in un atto avente natura evidentemente non provvedimento<sup>157</sup>. L'atto ricognitivo, dunque, quale atto paritetico<sup>158</sup>, si confronta con posizioni giuridiche di diritto soggettivo del cittadino, ed è in tale prospettiva che occorre

---

<sup>154</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 473, il quale – dopo aver sottolineato la rilevanza della nozione di certezza, non solo da un punto di vista sociologico ed economico, ma anche giuridico – suddivide i procedimenti dichiarativi in: acclaramenti, accertamenti, certazioni, ispezioni, inchieste, verbalizzazioni, certificazioni, registri. Per un inquadramento sistematico del tema si rinvia, altresì, ai lavori di G. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996 e B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993.

<sup>155</sup> R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1521. In termini v. anche F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1995. In giurisprudenza, ad esempio, si qualifica in termini di atto ricognitivo il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale, in quanto si limita a dichiarare un effetto maturato *ex lege* per il mancato ripristino dello *status quo ante* nel termine di novanta giorni (da ultimo, cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 9 febbraio 2017, n. 79, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>156</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 636.

<sup>157</sup> R. CARANTA, *Brevi note su atti ricognitivi e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1994, p. 245 ss., ove si stigmatizza la non necessaria coincidenza tra le categorie di atto ricognitivo e atto vincolato e si sottolinea, nel contempo, la peculiarità dell'atto ricognitivo “né provvedimento né atto interno al procedimento destinato a sfociare nell'adozione del provvedimento”, p. 254.

<sup>158</sup> Qualifica in termini di atto ricognitivo, di natura paritetica, l'atto con il quale l'amministrazione comunale liquida, con riferimento ad un determinato permesso di costruire, i contributi urbanistici, il cui ammontare è determinato sulla base di criteri di calcolo previsti da norme legislative e regolamentari, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 4 dicembre 2012, n. 4896, in *Foro amm. TAR*, 2012, p. 3934.

ricostruire la dinamica della fattispecie in esame: il soggetto istante, il cui bene della vita non è adeguatamente soddisfatto dal meccanismo del silenzio assenso, è titolare del diritto soggettivo al rilascio dell'atto ricognitivo che attesti l'avvenuta produzione degli effetti scaturenti *ex lege* dal mero decorso del termine procedimentale, diritto cui corrisponde un preciso dovere di rilasciare il suddetto atto in capo alla p.a. titolare della funzione di amministrazione attiva.

In tal senso si segnala un orientamento giurisprudenziale, che sembra andare consolidandosi, teso a dichiarare l'illegittimità del rifiuto della p.a. di rilasciare un atto espresso a carattere ricognitivo del titolo già formatosi per silenzio assenso, in quanto la circostanza che l'effetto autorizzatorio discenda in modo diretto e immediato dal silenzio assenso non sarebbe "incompatibile con il rilievo - in particolari casi - dell'obbligo a carico dell'Amministrazione di provvedere alla formazione del titolo autorizzatorio documentale, eventualmente utilizzabile nei rapporti con i soggetti terzi oltre che nei riguardi dello stesso soggetto pubblico"<sup>159</sup>. In altri termini – come può leggersi in un recente arresto giurisprudenziale avente ad oggetto il rilascio *per silentium* di una concessione demaniale marittima – alla luce delle evidenti difficoltà che può incontrare il privato "nei rapporti con i terzi e con altre amministrazioni pubbliche, qualora sprovvisto di uno specifico titolo documentale che ne comprovi la legittimazione a gestire il tratto di arenile oggetto della concessione", si individua un preciso dovere in capo all'amministrazione di rilasciare "un titolo cartaceo, con valore ricognitivo del silenzio assenso già formatosi, che risulti idoneo a soddisfare le esigenze di certezza dei rapporti giuridici"<sup>160</sup>.

Tale soluzione, a ben vedere, si rivela non solo pienamente coerente con l'avvenuta consumazione del potere (il rilascio di un atto ricognitivo non configura esercizio del potere di amministrazione attiva), ma anche del tutto soddisfattiva delle pretese di affidamento e certezza delle situazioni giuridiche cui il privato legittimamente ambisce. In tale ottica si può richiamare quella recente dottrina che – nell'esaminare l'evoluzione che negli ultimi anni ha connotato la dinamica relazionale tra amministrazione e cittadino –

---

<sup>159</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019, n. 10227, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2019, n. 4560, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 19 giugno 2017, n. 7161, *ivi*; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 giugno 2017, n. 1018, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 maggio 2016, n. 5789, *ivi*; Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2008, n. 345, *ivi*. Secondo tale indirizzo, pertanto, sarebbe esperibile il ricorso sul silenzio inadempimento nei confronti della p.a., al fine di imporle, tuttavia, non il rilascio del provvedimento espresso, bensì del solo atto ricognitivo.

<sup>160</sup> Cfr. T.A.R. Liguria, 2 marzo 2017, n. 156, in *Riv. giur. ed.*, 2017, I, p. 459, avente ad oggetto un'ottemperanza concernente il rilascio "silenzioso" di una concessione demaniale marittima. In particolare, la società ricorrente aveva già ottenuto in primo grado una sentenza di accertamento giurisdizionale (confermata in appello in sede cautelare) dell'intervenuta formazione del silenzio assenso sulla sua istanza di subingresso nella titolarità di una concessione demaniale marittima precedentemente rilasciata ad altra ditta. Ciò nonostante – dopo aver dimostrato la necessità di poter esibire un titolo cartaceo per instaurare i rapporti contrattuali con i fornitori di beni e servizi – la società concessionaria ha chiesto ed ottenuto, in sede di ottemperanza, la condanna dell'amministrazione al rilascio dell'atto ricognitivo della titolarità della concessione "siccome concretamente necessario per l'avvio dell'attività di gestione dello stabilimento balneare". *Contra* cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 19 dicembre 1995, n. 737, in *Foro amm.*, 1996, p. 2431, ove si esclude che "il privato, ove ritenga che il silenzio si sia formato, può chiedere al giudice di sopperire alla mancanza di atto scritto con una pronuncia che lo metta al riparo da eventuali contestazioni dell'amministrazione".

evidenzia come la tutela degli interessi privati non debba più necessariamente passare attraverso l'esercizio del classico potere provvedimentale di tipo costitutivo, il cui superamento, tuttavia, necessita l'esercizio di una nuova espressione di potere *ex post*, in grado di produrre verità attraverso la certificazione della formazione di un determinato assetto di interessi<sup>161</sup>.

In realtà, una soluzione maggiormente rispettosa della *ratio* dell'istituto del silenzio assenso (quale rimedio avverso l'inerzia della p.a. e non mera semplificazione procedimentale) dovrebbe indurre a ritenere che in tutte quelle fattispecie nelle quali il regime del silenzio significativo non è in grado di mostrare la medesima efficacia del titolo espresso, il legislatore dovrebbe "a monte" prevedere una deroga all'applicazione dell'istituto in esame, individuandola in apposito d.P.C.M. così come espressamente previsto dall'art. 20 co. 4 della l.n. 241/1990<sup>162</sup>. Quanto si prospetta in questa sede, pertanto, è una forma di limitazione differente rispetto a quella "classica", legata alla tipologia di interesse sul quale il modello decisionale è destinato ad incidere, essendo piuttosto connessa alla verifica circa il grado di effettività del silenzio assenso o, più precisamente, di idoneità a garantire il bene della vita cui esso è preordinato.

A ben vedere, l'ambito di applicazione del silenzio assenso è interessato, negli ultimi anni, da una evoluzione ondivaga: da un lato, è nota la tendenza a rendere il regime *de quo* sempre più pervasivo, atteso anche il parziale superamento della "barriera" dei c.d. interessi sensibili<sup>163</sup>; dall'altro lato, è altrettanto noto

---

<sup>161</sup> G. MONTEDORO, *Assenza del provvedimento e tutela degli interessi*, in AA.VV., *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Napoli, 2010, p. 242.

<sup>162</sup> "Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, 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" (art. 20, co. 4, l.n. 241/1990). Sulla natura da riconoscere a tali decreti e sui criteri che devono essere seguiti nell'esercizio della funzione di individuazione dei procedimenti da escludere dall'applicazione del regime del silenzio assenso, v. G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, cit., p. 269-272.

<sup>163</sup> Come è noto, la l. n. 124/2015, in via diretta e mediante i successivi decreti delegati (nn. 126, 127 e 222 del 2016) ha riformato diversi istituti di semplificazione, estendendo, tra l'altro, l'ambito di applicazione del silenzio assenso anche alle ipotesi in cui siano coinvolti interessi sensibili, sia nel contesto delle relazioni tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis, l.n. 241/1990), sia nella disciplina della conferenza di servizi. Tali riforme hanno acceso un ampio dibattito in dottrina (*ex multis* v. F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della L. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 747 ss.; L. DI GIOVANNI, *Il nuovo silenzio assenso interamministrativo fra esigenze di semplificazione e risvolti applicativi di complessità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, p. 645 ss.; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 699 ss.; G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.AA. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, p. 305 ss.; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 758 ss.; P. MARZARO GAMBA, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2016; E. FOLLIERI, *Interessi cosiddetti sensibili e interesse allo sviluppo economico*, in *Giustamm.it*, 2016), anche alla luce della palese contraddittorietà tra le suddette "aperture" e la mancata contestuale modifica della disposizione cardine dell'istituto del silenzio assenso, ovvero dell'art. 20 cit., il cui co. 4 ancora esclude l'applicazione del regime del silenzio assenso agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità (su tale ultimo aspetto v. E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di silenzio*

che l'art. 5 della l. n. 124/2015 (c.d. legge Madia) ha delegato il Governo alla “precisa individuazione” dei procedimenti assoggettati al regime del silenzio assenso, quasi a voler tornare all’assetto ordinamentale precedente alla riforma del 2005, allorché le fattispecie di silenzio significativo ad esito favorevole erano tipizzate e rappresentavano l’eccezione, non la regola<sup>164</sup>. La delega è stata successivamente attuata con il d.lgs. n. 222/2016 (c.d. SCIA 2), cui è allegata una Tabella A dove sono indicate le diverse attività private assoggettate ad autorizzazione espressa, a silenzio assenso, a s.c.i.a. o a semplice comunicazione<sup>165</sup>. Ebbene, da un esame analitico della suddetta Tabella emerge, in effetti, che su un numero complessivo di procedimenti assoggettati al regime autorizzatorio pari a 129, per soli 39 di essi (ovvero il 30%) è prevista l’operatività del silenzio assenso, il che sta evidentemente ad indicare come non si possa ritenere confermato il precedente modello di sostanziale generalizzazione dell’istituto<sup>166</sup>.

Ancora una volta trova conferma l’assunto secondo cui la circostanza che un procedimento si concluda con una decisione espressa o con un comportamento omissivo cui il legislatore attribuisce un effetto giuridico (parzialmente) equivalente, non si configura in termini di “indifferenza”<sup>167</sup>, né per l’interesse pubblico sotteso (*sub specie* di incertezza circa l’effettiva realizzazione dell’attività istruttoria da parte dell’amministrazione competente), né tantomeno per il cittadino istante<sup>168</sup>. In ordine alla posizione di quest’ultimo rilevano, in primo luogo, l’assenza di una motivazione che chiarisca il percorso logico

---

*assenso tra pubbliche amministrazioni*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, p. 199-202; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull’art. 17bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 4-5).

<sup>164</sup> Si esprimono in questi termini G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, cit., p. 144; A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l’ accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, cit., p. 452. Esprimono dubbi circa l’effettivo ritorno al principio di tipicità delle ipotesi di silenzio assenso M. D’ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, cit., le quali non escludono “il ritorno ad elenchi destinati ad assumere una valenza puramente esemplificativa e chiarificatoria”, p. 660.

<sup>165</sup> La Tabella A è distinta in 3 sezioni (Attività commerciali e assimilabili; Edilizia; Ambiente), per ciascuna delle quali sono indicati: le singole attività private, il relativo regime amministrativo, l’eventuale concentrazione dei regimi ed i riferimenti normativi. Per una prima analisi della effettiva portata chiarificatrice di tale intervento normativo si rinvia a M. A. SANDULLI, *Controlli sull’attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, cit., p. 13-15.

<sup>166</sup> Del resto, come già osservato, anche prima delle recenti riforme, l’affermazione che il silenzio assenso rappresentasse un istituto a carattere generale era contestata da coloro che attribuivano una valenza di principio generale al dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 2 novembre 2015, n. 5070, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 febbraio 2012, n. 1532, in *Foro amm. TAR*, 2012, p. 469; Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2011, n. 5672, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 3171.

<sup>167</sup> “Nel c.d. silenzio-assenso, in realtà, un provvedimento non c’è: c’è solo qualcosa che gli equivale, come, del resto, specifica la stessa norma; e questa sua mancanza non è proprio un fattore che si possa ritenere irrilevante; né che possa essere interamente supplito dalla «equivalenza» normativamente prevista” A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull’autonomia dell’amministrazione*, cit., p. 491.

<sup>168</sup> F. FIGORILLI, A. GIUSTI, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 134. Sulla infungibilità dell’esercizio dell’attività amministrativa, quale limite che il legislatore incontra nell’introdurre nuove ipotesi di silenzio assenso v. B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 190-191.

giuridico che ha condotto la p.a. alla scelta (silenziosamente) effettuata, e, in secondo luogo, la difficoltà di dimostrare a soggetti terzi (pubblici e privati) il possesso del titolo di assenso formatosi fittiziamente<sup>169</sup>. A ben vedere, dall'analisi che precede emerge come sia legittimo dubitare della correttezza della stessa qualificazione dell'istituto del silenzio assenso in termini di strumento di semplificazione<sup>170</sup>: esso non garantisce maggiore celerità, efficacia o efficienza a discapito di obiettivi di matrice garantistica (tradizionale dinamica che connota i regimi semplificati)<sup>171</sup>, quanto è piuttosto finalizzato a sanzionare l'inerzia dell'amministrazione, "ambendo" (senza sempre riuscirvi) a far conseguire al cittadino, diversamente, il medesimo effetto giuridico utile che sarebbe scaturito dal corretto esercizio della funzione, ovvero dall'emanazione del provvedimento formale.

Nel corso degli ultimi anni, a giustificazione delle numerose riforme ispirate ad istanze di semplificazione e liberalizzazione, è stata usualmente richiamata, seppur con formule non sempre analoghe, la pressante esigenza di incrementare il livello di competitività del "sistema Paese": la trasformazione della p.a. da elemento di ostacolo a "facilitatore" delle iniziative economiche private, la riduzione dei tempi procedurali e degli oneri burocratici, sono tutti obiettivi volti a limitare il c.d. "rischio amministrativo" per il cittadino e per i potenziali investitori<sup>172</sup>. Ebbene, se questo è vero, una misura di (presunta) semplificazione che – alla luce delle risultanze fattuali – finisce per incrementare piuttosto che ridurre il livello di incertezza nei rapporti (e, quindi, di rischio amministrativo) non rinverrebbe evidentemente idonea giustificazione. In altri termini, se il silenzio assenso nasce come istituto strumentale agli interessi del privato (e non della p.a.), allora quando il suo "effetto utile" è inidoneo a soddisfare gli interessi del cittadino ne deve essere esclusa l'applicazione, preferendogli il regime del silenzio inadempimento, mediante il quale, sebbene in via meno immediata, l'ordinamento offre gli strumenti per il conseguimento effettivo del bene della vita.

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

---

<sup>169</sup> In generale, sui "costi" in termini di incertezza derivanti dalla generalizzazione del regime del silenzio assenso v. E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme prevalenti*, cit., p. 460.

<sup>170</sup> Mette in dubbio la riconducibilità del silenzio assenso agli strumenti di effettiva semplificazione G. VESPERINI, *Il silenzio assenso e la denuncia sostitutiva di autorizzazione dopo la legge 241 del 1990: un bilancio*, in *Dir. e società*, 1997, p. 105 ss., laddove afferma che "alla sua previsione non si connette, se non in via di fatto ed eventuale, una riduzione della complessità del procedimento", configurandolo piuttosto "misura di certezza del cittadino in ordine ai tempi della decisione amministrativa sulla propria attività programmata e rimedio contro l'inerzia della pubblica amministrazione", p. 108.

<sup>171</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, p. 813 ss.; E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993 p. 10 ss.

<sup>172</sup> Cfr. A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, 5/2016; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il dir. dell'economia*, 2013, p. 357 ss.; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 173 ss.

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.

Si potrebbe obiettare, al riguardo, che in tal modo si finirebbe per riconoscere al privato la scelta delle modalità di esercizio della funzione da parte della p.a., il che si porrebbe evidentemente in violazione del principio di legalità. Ma l'obiezione è agevolmente superabile ribadendo quanto già sostenuto *supra*, ovvero che l'assoggettamento di una fattispecie al regime del silenzio assenso non incide affatto sull'esercizio della funzione: sia che si tratti di procedimento al quale si applica il silenzio significativo, sia che si tratti di procedimento al quale si applica il silenzio inadempimento, sull'amministrazione incombe sempre il dovere di procedere e di provvedere con un provvedimento espresso, pertanto la modalità di esercizio della funzione è la medesima. Come già osservato, infatti, anche nelle ipotesi di silenzio assenso l'amministrazione ha il dovere di svolgere l'attività istruttoria e di valutare le risultanze della stessa, potendo, al più – nei soli casi di istruttoria ad esito positivo – evitare di cristallizzare tali valutazione mediante l'emanazione di un provvedimento espresso. Tale ricostruzione incide inevitabilmente anche sulla posizione del terzo controinteressato, il quale può contestare l'illegittimità del silenzio assenso formatosi in assenza della previa realizzazione di una adeguata attività istruttoria.

La differenza tra i due regimi (silenzio assenso e silenzio inadempimento) riposa, pertanto, unicamente nel differente rimedio all'inerzia dell'amministrazione, non nelle modalità di esercizio della funzione. Se la *ratio* del silenzio assenso è, quindi, sanzionare l'inerzia della p.a. e consentire al privato di beneficiare dell'effetto utile scaturente dall'emanazione del provvedimento (pur in assenza dello stesso), non appare affatto “rivoluzionario” immaginare di riconoscere in capo al privato un diritto potestativo circa il regime (semplificato o meno) cui assoggettare il procedimento che si avvia con la presentazione dell'istanza.

In effetti, una fattispecie analoga è già presente nel nostro ordinamento. In particolare, l'art. 22 del d.P.R. n. 380/2001 prevede che nelle ipotesi di interventi edilizi assoggettati a s.c.i.a. “è comunque salva la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire” (co. 7). In altri termini, in materia edilizia è data facoltà al cittadino di rinunciare ai benefici della liberalizzazione di alcuni interventi, optando per il regime autorizzatorio ogniqualvolta egli tema le conseguenze che potrebbero determinarsi in ragione della maggiore incertezza derivante dal mancato esercizio della funzione pubblica<sup>173</sup>.

Al riguardo, è possibile segnalare una recentissima pronuncia del T.A.R. Bari che estende espressamente il regime facoltativo della s.c.i.a. edilizia al silenzio assenso oggi previsto in relazione al procedimento di

---

<sup>173</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di S. TUCCILLO, *Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione*, cit., p. 205-206.

rilascio del permesso di costruire: il ragionamento condotto dai giudici si fonda sulla considerazione che se l'opzione per il rilascio di un titolo espresso è consentita per un intervento minore (ovvero quello soggetto a s.c.i.a.) “è quindi, secondo la logica giuridica, necessario che, per un intervento maggiore, dove è previsto il permesso di costruire, si possa pretendere il rilascio di un permesso espresso, seppure in alternativa in base alla normativa possa risultare sufficiente il silenzio-assenso, peraltro previsto solo in funzione rimediale all'inerzia e sottoposto a talune condizioni”<sup>174</sup>.

Al cittadino, in definitiva, deve essere riconosciuta la possibilità di far prevalere il valore della certezza, intesa come prevedibilità della stabilità del bene della vita conseguito<sup>175</sup>, su quello della semplificazione<sup>176</sup>. Quanto prospettato, si badi, comporterebbe solo apparentemente un “passo indietro” rispetto alle politiche di liberalizzazione e semplificazione che ormai da tempo caratterizzano l'evoluzione ordinamentale del nostro Paese<sup>177</sup>. Rendere facoltativo il regime del silenzio assenso, infatti, da un lato, non violerebbe in alcun modo i principi e le regole europee che sovrintendono la tutela della libertà dell'iniziativa economica e della concorrenza<sup>178</sup>, nella misura in cui andrebbe ad operare su fattispecie non liberalizzate, bensì comunque ancora assoggettate ad un regime autorizzatorio; dall'altro lato, si porrebbe nella scia della corretta attuazione di politiche di semplificazione “misurate” non in ragione della mera riduzione degli oneri burocratici o dei tempi procedurali, bensì nell'ottica del risultato che esse sono in grado di garantire in termini di efficienza dell'azione amministrativa e tutela degli interessi del privato<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2019, n. 725, in *Urb. e app.*, 6/2019, p. 822 ss., con nota di R. MUSONE, *La decadenza del permesso di costruire tacito*. In dottrina, ha evidenziato i vantaggi scaturenti da una eventuale modifica del regime del silenzio assenso in chiave facoltativa E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, cit., p. 691.

<sup>175</sup> Sulle diverse dimensioni giuridiche della certezza e sulla sua accezione in termini di sufficiente prevedibilità dello sviluppo futuro delle conseguenze giuridiche derivanti da un atto o un comportamento v. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005. Sul tema v. anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 527 ss.

<sup>176</sup> In ordine al difficile bilanciamento tra “spinte” semplificatrici ed esigenze di certezza dei rapporti giuridici si rinvia al parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839, sullo Schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>177</sup> Sul tema v. M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 51 ss.; S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013.

<sup>178</sup> Sulle conseguenze derivanti dall'attuazione del modello europeo di semplificazione e liberalizzazione v. F. LIGUORI, *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, p. 19 ss.; M. CONTICELLI, *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, p. 121 ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 679 ss.; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 507 ss.

<sup>179</sup> Che la semplificazione procedimentale debba essere identificata come un valore rispetto all'aggravamento, ma solo “a parità di risultato”, è ricordato da G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 121.