

INDICE

<i>Gli Autori</i>	VII
M.A. SANDULLI, Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo	1
M.A. SANDULLI, Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa	15
D.U. GALETTA, Le fonti europee (diritto UE e CEDU) (giurisprudenza a cura di V. Sordi)	35
F. APERIO BELLA, <i>Focus</i> L'adeguamento del diritto amministrativo al diritto europeo (UE e CEDU) attraverso la giurisprudenza: il giudicato amministrativo alla prova del diritto europeo	69
G. CORSO, Il principio di legalità (giurisprudenza a cura di A. Coiante)	81
A. COIANTE, <i>Focus</i> , La soggezione del Giudice « soltanto alla legge » e le più recenti tendenze creative della giurisprudenza amministrativa	105
M.R. SPASIANO, Il principio di buon andamento (giurisprudenza a cura di A.G. Pietrosanti e T. Linardi)	121
L. ANTONINI, Il principio di imparzialità (giurisprudenza a cura di S. Francario)	145
D.U. GALETTA, I principi di proporzionalità e ragionevolezza (giurisprudenza a cura di V. Sordi)	169
A. CORRADO, Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione (giurisprudenza a cura di B. Gargari)	187
R. DIPACE, L'ambito di applicazione della legge n. 241 del 1990 s.m.i. (artt. 1, comma 1-ter, 23 e 29 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)	221
S. TUCCILLO, <i>Focus</i> La Corte costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione	241
M.A. SANDULLI, La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di A. Persico)	253
G. MARI, L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.A. (artt. 2, 17-bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di N. Posteraro e G. Capra)	283
N. POSTERARO, <i>Focus</i> , Il dovere di provvedere a fronte di una richiesta di annullamento in autotutela	359
M.A. SANDULLI, La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di G. Strazza e A. Persico)	363
G. STRAZZA, <i>Focus</i> , La s.c.i.a. e la tutela del terzo	393
P. CHIRULLI, La partecipazione al procedimento (artt. 7, 8, 10-bis l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di T. Cocchi)	399

F. APERIO BELLA, La motivazione del provvedimento (art. 3 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di T. Cocchi)	443
F. APERIO BELLA, L'istruttoria procedimentale (art. 6 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di C. Sposato)	485
G.B. CONTE, S. TRANQUILLI, La conferenza di servizi (artt. 14-14- <i>quinquies</i> l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura degli AA.)	511
M. SINISI, Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21- <i>quinquies</i> e 21- <i>nonies</i> l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di L. Droghini, R. Pappalardo, G. Strazza ed E. Fabbriatore)	543
A.G. PIETROSANTI, Il potere di sospensione della p.A. (art. 21- <i>quater</i> , comma 2 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di L. Samuelli Ferretti)	615
A.G. PIETROSANTI, La convalida del provvedimento (art. 21- <i>nonies</i> , comma 2 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di L. Nadir Sersale)	633
M. CALARESU, F. PIGNATIELLO, La nullità del provvedimento (art. 21- <i>septies</i> l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di G. Capra)	661
M.G. CARCIONE, L'annullabilità del provvedimento (art. 21- <i>octies</i> , comma 1 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di L. Nadir Sersale)	687
E.M. SANTORO, I vizi non invalidanti del provvedimento (art. 21- <i>octies</i> , comma 2 l. n. 241 del 1990 s.m.i.) (giurisprudenza a cura di R. Filice)	717

L'OBBLIGO DI PROVVEDERE E I RIMEDI PREVENTIVI E SUCCESSIVI AI SILENZI PROVVEDIMENTALI E PROCEDIMENTALI DELLA P.A. (ARTT. 2, 16, 17-BIS E 20 L. N. 241 DEL 1990 S.M.I.)

di GIUSEPPINA MARI

BIBLIOGRAFIA

N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 839; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17-bis della l. n. 241 del 1990)*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di) *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016, 257 ss.; Id., *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 165 ss.; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in UA, 2016, 758; 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, 988; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10, 2020; Id., *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *AmbienteDiritto*, 2021, 1; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2014; F. CAPOREALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 772; P. CARPENTIERI, *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Giustamm.it*, 1, 2016; Id., *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in RG ED, 2022, 77; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2015; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 373; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in DA, 1993, 55 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica Amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in D AMM, 2006, 99; Id., *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 134; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022; Id., *Il decreto 'semplifica Italia'. La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in GDA, 2012, 7, 691; Id., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in UA, 2006, 67; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, 9; M. D'ARIZZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla cd. Riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 20, 2015; M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 525; S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in RTDP, 2021, 783; R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Federalismi.it*, 16, 2016; M. D'ORSOGNA, P. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 968; D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno AIPDA Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme, Roma 7/8 ottobre 2016; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 8, 2017; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 583; L. GIANI, *Art. 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, 411 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento*

tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar, in DP AMM, 2004, 571; M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo fra certezza ed incertezza*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2014. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale, Napoli, 3-4 ottobre 2014, Napoli, 2015, 93 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte: interessi privati e interesse pubblico nel procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 115; R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020; F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in RG ED, 2020, 3 ss.; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in D AMM, 2003, 291; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 173; M.L. MADDALENA, *Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 31 luglio 2020; ID., *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 174; ID., *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in *Federalismi.it*, 15, 2008; G. MARI, *'Primarietà' degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in RG ED, 2017, 305; ID., *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in RG ED, 2016, III, 61; ID., *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia, la conferenza di servizi e il silenzio assenso di cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in AA.VV., *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto*, in Edicampus, 2016, 43 ss.; ID., *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'attività amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, I, Milano, 2013, 261; ID., *La giurisdizione amministrativa: il giudice amministrativo come giudice della funzione amministrativa*, in AA.VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013, 1; ID., *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 334; ID., *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 853; 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 D AMM, 2018, 747; P. MARZARO, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in RGU, 2016, 10 ss.; ID., *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*, 19, 2016; ID., *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia*, in *Giustamm.it*, 2015; ID., *Leale collaborazione e raccordo tra amministrazioni*, in *Federalismi*, 2017; ID., *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, in RGU, 2021, 432; G. MELONI, *Nuovi poteri sostitutivi per nuovi (o antichi) modelli di amministrazione*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, cit., 59; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in DA, 2003, 527; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in D AMM, 2017, 707; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande « inammissibili » o « manifestamente infondate »*, in D AMM, 2010, 103 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 267; M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in D dell'ECON, 2019, 27 ss.; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 705; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 329; N. PAOLANTONIO, *Il provvedimento in forma semplificata*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 301; V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 825; ID., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it*, 2, 2009; A.G. PIETROSANTI, *Sul potere sostitutivo previsto dal d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016, 29; A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, cit., 31; ID., *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI

(a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 273; P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2008; N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A. alla luce del "nuovo" art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in FA, 2014, 1338; ID., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.A.*, in FA, 2015, 2757; ID., *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*, in *Federalismi.it*, 4, 2015; ID., *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso (anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)*, in *Federalismi.it*, 2017; ID., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018; ID., *Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, in GDA, 2021, 111; ID., *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, 2023, 130; M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in DP AMM, 2014, 709; ID., *L'attuazione della legge n. 241/1990 e la necessità del libertinismo giuridico*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 245; ID., *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, in RGU, 2022, 38; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, Atti del XXVIII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1985, 53; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in N AUT, 2012, 435; ID., *Le novità in tema di silenzio*, in Treccani, *Il Libro dell'anno del diritto* 2014, 2014, 219; ID., *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, 17; ID., *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 18, 2019; ID., *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in *Giustizia insieme*, 2 settembre 2021; ID., *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2 giugno 2021; ID., *Edilizia*, in RG ED, 2022, 171; ID., *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022; C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in RGU, 2022, 53; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in UA, 2016, 11; G. SCIULLO, *La conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in GDA, 2011, 1138; ID., *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in Aedon.it, 2015, 3; ID., *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2016, 5; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in DP AMM, 2002, 239; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in DP AMM, 1995, 393; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566; ID., *Il silenzio assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 654; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in FA TAR, 2010, 3041; A. SQUAZZONI, *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate: un primo bilancio*, in D AMM, 2018, 915; G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza (nota a Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020, n. 13865)*, in RG ED, 4, 2020; A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 2697; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in D. disc. pubbl., vol. XIV, 1999, 156; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017; ID., *Il provvedimento in forma semplificata*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, cit., 317; ID., *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in ECON, 2020, 337; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in GDA, 2007, 83; C. VIDETTA, *La riforma dell'art. 16 della l. n. 241/1990 nel d.l. n. 76/2020: verso la definitiva dequotazione della funzione consultiva all'interno del procedimento amministrativo*, in RGU, 2022, 116; S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020; R. VILLATA, *Voce Inammissibilità e improcedibilità (procedimento e processo amministrativo)*, in E.G. Trecc., Roma, 1989; F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Giustamm.it*, 10, 2015; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare*, 2017, 185.

SOMMARIO 1. Principi sottesi alla disciplina del silenzio della p.a. — 2. Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo. — 3. Individuazione del termine per provvedere e sua decorrenza. — 4. Natura del termine di conclusione del procedimento. — 5. Obbligo di provvedere: presupposti. — 6. Rimedi alla violazione del termine per provvedere. — 6.1. Rimedi preventivi e successivi. — 6.2. Rimedi successivi: la generalizzazione del potere sostitutivo. — 6.3. Rimedi successivi: ricorso avverso il silenzio inadempimento. — 6.4. Rimedi successivi: responsabilità conseguente alla violazione del termine di conclusione del procedimento. — 6.5. Rimedi successivi: indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte. — 7. Rimedi preventivi all'inerzia provvedimentale: silenzio assenso provvedimentale. — 7.1 Formazione del silenzio assenso, consumazione del potere di provvedere e autotutela. — 7.2. Silenzio assenso, dovere di provvedere e tutela dell'istante. — 7.3. Silenzio assenso e preavviso di rigetto. — 8 Semplificazione e inerzia della p.a.: limiti all'applicazione degli istituti di semplificazione in relazione ad attività discrezionali e a interessi primari. — 9. Silenzi endoprocedimentali. — 9.1. Silenzi facoltativi e devolutivi nell'ambito dell'istruttoria. — 9.2. Silenzio assenso in conferenza di servizi. — 9.3. Silenzio assenso tra pp.aa. — 9.3.a. Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione. — 9.3.b. Delimitazione della fase procedimentale di applicazione: fase decisoria. Conseguenze. — 9.4. Silenzio dell'amministrazione proponente nei rapporti con l'amministrazione richiedente.

1. Principi sottesi alla disciplina del silenzio della p.a. L'art. 2 l. n. 241 del 1990 stabilisce che, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro un tempo prefissato. La disposizione sancisce la doverosità dell'esercizio della funzione amministrativa, in termini di dovere di iniziare il procedimento e di concluderlo e, quindi, di esercitare il potere e consumarlo in un preciso limite di tempo (F. GOGGIAMANI). Si tratta di una declinazione del principio di legalità (cfr. *supra* il contributo di G. CORSO), da intendersi non come mero limite negativo all'esercizio del potere, ma come vincolo al perseguimento dello scopo per il quale il potere è attribuito, collegandosi alla c.d. legalità di risultato (A. POLICE, 278). L'arresto dell'attività amministrativa, in qualunque momento o fase si verifichi, o, a monte, il mancato avvio della stessa contrastano con l'interesse pubblico cui il potere è funzionale, oltre a essere lesivi dell'interesse del privato che attende di essere valutato (F.G. SCOCA, 245; M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 39: "l'inerzia non è semplicemente una condotta illegittima, ma è non esercizio del potere amministrativo, negazione della funzione"; B. TONOLETTI, 158). L'obbligo di concludere il procedimento entro un termine certo e predeterminato esprime un principio generale dell'attività amministrativa derivante dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.) (A. CIOFFI, *Il dovere*, 135) e dalle relative declinazioni nei criteri di economicità ed efficacia e di trasparenza di cui all'art. 1 l. n. 241 (cfr. *supra* i contributi di M.R. SPASIANO e L. ANTONINI), oltre che attuare il principio di buona fede e lealtà (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 39; TAR Lombardia, Sez. III, 6 ottobre 2021, n. 2145 collega l'obbligo di provvedere entro un termine certo ai principi di buon andamento, imparzialità nonché all'art. 24 Cost. condizionando la mancanza di un termine la possibilità di tutela giurisdizionale rispetto all'inerzia amministrativa). L'obbligo di provvedere tempestivamente identifica, inoltre, l'oggetto di una specifica prestazione della p.a. di cui lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati, in quanto, ai sensi del comma 2-bis dell'art. 29 della medesima l. n. 241 (aggiunto dalla l. n. 69 del 2009) la relativa disciplina attiene ai livelli essenziali delle prestazioni

concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. (in argomento C. cost., 25 novembre 2020, n. 247).

A livello sovranazionale l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (firmata a Nizza il 7 dicembre 2000) include nel diritto a una buona amministrazione, tra l'altro, il diritto di ogni individuo a che le questioni che lo riguardano siano trattate “entro un termine ragionevole” dall'amministrazione (con previsione che, per effetto del Trattato di Lisbona del 2009, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati; cfr. *supra* il contributo di D.-U. GALETTA).

L'art. 2 nella parte in cui sancisce il dovere di provvedere è rimasto invariato nonostante numerose modifiche e integrazioni della l. n. 241/1990 operate progressivamente dal legislatore. Peraltro, l'ambito dell'art. 2 è attualmente delimitato dall'art. 20 della medesima l. n. 241, disciplinante il silenzio assenso, quale ipotesi che, sostituendo il provvedimento espresso, rende residuali i procedimenti sottoposti a conclusione espressa. Questi ultimi vanno ora identificati nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio e in quelli ad iniziativa privata facenti eccezione alla generalizzazione sia del silenzio assenso che della s.c.i.a. *ex* art. 19 l. n. 241.

La generalizzazione del silenzio significativo nel 2005 (*infra* par. 7) ha animato un dibattito in ordine alla possibile trasformazione del dovere di provvedere in mero onere di provvedere, il silenzio acquisendo in tale caso i caratteri di una forma fisiologica di manifestazione di volontà della p.a. in chiave di semplificazione (*infra* par. 7.2).

2. Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo. L'obbligo di provvedere entro un termine prefissato grava non solo su tutte le pubbliche amministrazioni, ma anche sulle società con totale o prevalente capitale pubblico per quanto attiene all'esercizio delle funzioni amministrative (art. 29, commi 1 e 2, l. n. 241). In particolare, il comma 1 dell'art. 29 include tra le disposizioni della legge n. 241 applicabili a tutte le amministrazioni pubbliche (non solo statali) l'art. 2-*bis*, il quale, nel disciplinare il c.d. danno da ritardo, presuppone l'obbligo di procedere e di provvedere tempestivamente di cui all'art. 2; il comma 2-*bis* dello stesso art. 29 dispone che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, comma 2, lett. *m*), Cost. le disposizioni concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di concludere il procedimento entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e quelle relative alla durata massima dei procedimenti; l'art. 2-*bis*, infine, nel disciplinare il risarcimento del danno da ritardo, include nel proprio ambito di operatività, oltre alle pubbliche amministrazioni, anche i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-*ter*, l. n. 241, ossia i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative.

L'art. 2 l. n. 241 è dettato in funzione della sollecita conclusione dei procedimenti amministrativi relativi all'esercizio di un potere amministrativo. Pertanto, esso non è applicabile per definire i tempi di adempimento delle obbligazioni pecuniarie della p.a. o, in generale, a istanze che abbiano ad oggetto atti della p.a. correlati a posizioni di diritto soggettivo, pur se riferibili a una situazione apparente di inerzia: in tale caso, l'adempimento della prestazione è esigibile secondo la disciplina (normativa o convenzionale) dello specifico rapporto cui la stessa

inerisce (Cass., Sez. I, 19 dicembre 2001, n. 16025; Cons. St., Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 501).

3. Individuazione del termine per provvedere e sua decorrenza. Nei procedimenti ad istanza di parte la doverosità di procedere consegue alla proposizione di una domanda (con le specificazioni che verranno svolte *infra*), mentre nei procedimenti d'ufficio consegue al verificarsi dei presupposti cui norme giuridiche di settore collegano il dovere di esercitare il potere. Una volta avviato il procedimento, opera il secondo corollario della doverosità, vale a dire l'obbligo di concluderlo con un provvedimento espresso. Alla doverosità nell'*an*, l'art. 2 coniuga, pertanto, la doverosità nel *quando*.

Il termine di conclusione del procedimento viene individuato (in misura non superiore ai novanta giorni) per ciascun tipo di procedimento da apposite disposizioni legislative o regolamentari (per le amministrazioni statali con regolamento *ex art.* 17, comma 3, l. n. 400 del 1988) o comunque contenute in atti amministrativi generali (per gli enti pubblici nazionali o le autorità di garanzia e di vigilanza). In difetto di specifica individuazione, trova applicazione un termine residuale di trenta giorni (la cui esiguità denota il rilievo riconosciuto alle esigenze di celerità). Peraltro, il legislatore si premura di garantire condizioni che assicurino il corretto svolgimento dei procedimenti amministrativi che necessitino di un termine maggiore, prevedendo alcune clausole di salvaguardia del sistema idonee ad ampliare la tempistica procedimentale. Pertanto, nei casi in cui, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, siano indispensabili termini superiori a novanta giorni, è possibile, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, fissare con regolamento termini maggiori, ma comunque non superiori a centottanta giorni.

Il termine di conclusione del procedimento decorre dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento dell'istanza di parte (di cui viene rilasciata, anche in via telematica, una ricevuta ai sensi dell'art. 18-*bis* l. n. 241). In combinato con quanto previsto dall'art. 18 della medesima l. n. 241 (su cui *supra* il contributo di M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*) e con il generale divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, l'art. 2 ammette la sospensione del termine per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni per acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

Un effetto interruttivo del termine era riconosciuto al preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* l. n. 241 prima delle modifiche introdotte dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "Decreto Semplificazioni"), che, con evidente intento acceleratorio, generalizzando quanto già previsto in alcune leggi settoriali, ha invece sancito la valenza meramente sospensiva del preavviso sul termine di conclusione del procedimento (risultando del resto il decorso *ex novo* del termine sproporzionato rispetto all'esigenza di completezza dell'istruttoria).

Quanto al momento in cui il procedimento può dirsi concluso, esso va identificato nella data di adozione del provvedimento o, in caso di provvedimenti recettizi, nella data di comunicazione al destinatario (argomenti *a contrario* in Cons. St., Sez. VII, 11 gennaio 2023, n. 372).

Il citato Decreto Semplificazioni del 2020, con l'obiettivo di fornire maggiore certezza sulla tempistica dei procedimenti, assicurandone una maggiore conoscibilità da parte degli interessati, ma anche di indurre l'amministrazione a comportamenti virtuosi (M.L. MADDALENA, *Gli incentivi*, 3), ha inserito un comma 4-*bis* nell'art. 2 l. n. 241, prescrivendo alle amministrazioni di misurare e rendere pubblici sul proprio sito internet istituzionale i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi ritenuti di maggior impatto per i cittadini e le imprese, raffrontandoli con i termini normativamente previsti (previsione che, nella sostanza, denota la mancanza di effettività delle disposizioni sui termini: M. RAMAJOLI, *L'attuazione*, 250). Con previsione che non ha avuto tutt'ora attuazione, la medesima disposizione affida, inoltre, a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata, il compito di definire modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e ulteriori modalità di pubblicazione delle informazioni poc'anzi indicate.

4. Natura del termine di conclusione del procedimento. In assenza di un'esplicita prescrizione di perentorietà o di decadenza, il termine per provvedere svolge una funzione meramente acceleratoria (in analogia alla regola di cui all'art. 152, comma 2, c.p.c.), tanto nei procedimenti ad istanza di parte, quanto in quelli ad iniziativa d'ufficio, ivi compresi quelli rivolti all'emanazione di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica dei privati (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 45). Ciò implica che il vano decorso di esso non comporta la decadenza dal potere di provvedere sulla fattispecie né, quindi, l'illegittimità del provvedimento tardivo eventualmente adottato, al di fuori delle ipotesi di silenzio significativo. Il primo assunto trova conferma nell'art. 117, comma 5, c.p.a. (d.lg. 2 luglio 2010, n. 104) che, nel disciplinare il giudizio avverso il silenzio inadempienza, ammette la proposizione di motivi aggiunti avverso il provvedimento espresso che intervenga in pendenza del giudizio e, quindi, tardivamente (argomenti anche da Cons. St., Ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8, in tema di concorrenza del potere dell'amministrazione inerte e del commissario *ad acta* nominato dal giudice nel rito sul silenzio e relativa ordinanza di rimessione Cons. St., Sez. IV, 10 novembre 2020, n. 6925).

Le norme sui termini, se non incidono sui requisiti di validità del provvedimento amministrativo, rappresentano, tuttavia, il parametro attraverso cui vagliare l'esercizio dell'attività amministrativa sotto il profilo della liceità (M. LIPARI). Al riguardo, la Corte costituzionale ha avuto occasione di chiarire che “*la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere, ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della p.a., nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della pubblica amministrazione)*” (C. cost., 17 luglio 2002, n.

355; Id., 23 luglio 1997, n. 262). Il silenzio può dunque rilevare in una duplice forma: mero fatto, rispetto al quale non rilevano né la volontarietà né la colpa, e il cui effetto è quello di rendere proponibile l'azione finalizzata a superare l'inerzia (della quale il vano decorso del termine costituisce un presupposto; in argomento, per una specifica e peculiare fattispecie in cui, invece, è stata affermata la natura di condizione dell'azione: Cons. St., Sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 985) e a ottenere (dalla p.a. o dal commissario *ad acta* nominato dal giudice) un provvedimento espresso; e fatto illecito, oggetto di azione (risarcitoria) diretta alla condanna della p.a. al risarcimento dei danni eventualmente provocati dall'inerzia o dal ritardo nel provvedere (F.G. SCOCA).

5. Obbligo di provvedere: presupposti. La l. n. 241 non chiarisce espressamente le ipotesi in cui sussiste, a fronte di un'istanza, un obbligo della p.a. di avviare il procedimento e, quindi, di provvedere, in mancanza del quale l'inerzia non è qualificabile come silenzio inadempimento (e non sono, pertanto, utilizzabili i rimedi predisposti dall'ordinamento): il silenzio rifiuto, infatti, è un istituto riconducibile a una inadempienza della p.a. in rapporto a un sussistente obbligo di provvedere che, in ogni caso, deve corrispondere a una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento. L'obbligo di provvedere, a sua volta, presuppone quello di procedere (N. POSTERARO, *Domande, passim*).

La giurisprudenza ritiene sussistente in capo alla p.a. un obbligo di provvedere, in primo luogo, quando la legge espressamente attribuisce al privato la legittimazione a presentare un'istanza, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata (TAR Lazio, Sez. II-*quater*, 11 novembre 2015, n. 12761): si pensi alla domanda di permesso di costruire, di cui il T.U. edilizia (d.P.R. n. 380/2001) disciplina nel dettaglio presupposti, forma, contenuto e legittimazione alla presentazione.

Indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che tipizzino la legittimazione del privato a presentare un'istanza, tale obbligo sussiste anche quando esigenze di giustizia sostanziale e di equità impongano l'adozione di un provvedimento espresso e le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della p.a., sorga nel privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni della parte pubblica (Cons. St., Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 183; Id., Sez. V, 3 giugno 2010, n. 3487; Id., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318; Id., Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4696, relativa a una domanda volta a conoscere la volontà o meno della p.a. di acquisire ai sensi dell'art. 42-*bis* T.U. espropriazioni l'area da essa occupata e utilizzata senza titolo per motivi di interesse generale, fermo restando il carattere discrezionale della valutazione rimessa alla p.a. sul merito dell'istanza, come confermato da Cons. St., Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 4).

Vi rientrano i casi in cui l'istanza diretta a ottenere un provvedimento favorevole è presentata da colui che ha un interesse differenziato e qualificato a un bene della vita per il cui conseguimento è necessaria l'intermediazione del potere amministrativo: il richiedente è titolare di una situazione giuridica che lo legittima, pur in assenza di una norma specifica che gli attribuisca espressamente un auto-

no diritto di iniziativa, a presentare un'istanza da cui origina l'obbligo della p.a. di procedere e di pronunciarsi.

In caso di istanze presentate per sollecitare l'esercizio di poteri di controllo e repressivi nei confronti di terzi, la giurisprudenza distingue tra istanza ed esposto — solamente la prima essendo idonea a radicare una posizione di interesse tutelata — in base all'esistenza, o meno, in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività (Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 744, relativamente al proprietario di un'area nella cui sfera giuridica incide dannosamente il mancato esercizio di poteri repressivi di un abuso edilizio commesso in un terreno confinante, riconosciuto titolare di un interesse legittimo all'esercizio di detti poteri; Id., 9 novembre 2015, n. 5087; Id., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318).

Infine, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, la domanda del privato diretta a ottenere il riesame di un atto autoritativo non impugnato tempestivamente, in assenza di sopravvenuti mutamenti dello stato di fatto o di diritto, non comporta la configurazione di un obbligo di provvedere, risultando altrimenti inficcate le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale della p.a. sottese alla inoppugnabilità dei provvedimenti dopo il decorso del termine di decadenza (sul punto rilevano, tuttavia, le novità recate dalla l. n. 190 del 2012, come esaminato *infra* nel paragrafo e approfondito nel focus di N. POSTERARO). La sussistenza di un obbligo di provvedere è stata esclusa dalla giurisprudenza con riguardo alla sollecitazione di poteri di autotutela venendo in rilievo un potere discrezionale non solo nella determinazione del contenuto del provvedimento, ma anche nell'*an* del procedere (Cons. St., Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 355; Id., 12 settembre 2018, n. 5344; Id., Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 183; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 luglio 2021, n. 7870; argomenti anche da C. cost., 13 luglio 2017, n. 181; cfr., tuttavia, Id., 26 agosto 2014, n. 4309 che riconosce una deroga al principio in tema di d.i.a. — ora s.c.i.a. —, poiché, avendo il d.l. n. 138 del 2011 integrato l'art. 19 l. n. 241 con la previsione che il rimedio del silenzio rifiuto è l'unico attribuito al terzo avverso l'inerzia serbata dalla p.a. sulla richiesta di svolgere verifiche sulla segnalazione, la richiesta di intervenire successivamente alla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio-conformativo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies* “*deve essere giustiziabile mercé la procedura del silenzio-inadempimento*” ove resti inesausta, altrimenti svuotandosi di contenuto la norma primaria; cfr. *supra* il contributo di M.A. SANDULLI e il focus di G. STRAZZA). Più nel dettaglio, viene escluso che la sola domanda sia sufficiente affinché sorga l'obbligo dell'amministrazione di procedere in autotutela; è necessario, piuttosto, che la stessa amministrazione abbia avviato d'ufficio il procedimento, a seguito di una verifica interna o anche di una segnalazione documentata da parte del soggetto interessato all'adozione del provvedimento; se ciò avviene, al riscontro effettuato deve poi necessariamente seguire l'adozione del provvedimento finale nel termine prescritto dalla legge (Cons. St., Sez. V, 3 giugno 2010, n. 3487).

In applicazione dei principi di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, l'obbligo di provvedere, pur sussistente in astratto, è stato tradizionalmente escluso in concreto quando la domanda inoltrata dal privato sia manifestamente infondata, esorbitante dall'ambito delle pretese astrattamente riconducibili al rapporto amministrativo, manifestamente assurda o carente dei requisiti mi-

nimi di ammissibilità secondo la disciplina di settore, reiterata in presenza di un provvedimento inoppugnato e in mancanza di mutamenti della situazione di fatto o di diritto.

Tali orientamenti tradizionali sono stati messi in discussione a seguito della l. n. 190 del 2012 (c.d. “*legge anticorruzione*”), il cui art. 1, comma 38, integrando con un secondo periodo il comma 1 dell’art. 2, consente alla p.a., che ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, di concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

Il tenore letterale ricorda le ipotesi in cui l’art. 74 c.p.a. consente al g.a. di adottare una sentenza in forma semplificata; tuttavia, mentre nel giudizio il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.) impone al giudice di pronunciarsi su ogni domanda — con la conseguenza che il citato art. 74 risponde effettivamente a una logica di semplificazione —, con riguardo all’attività amministrativa, invece, la giurisprudenza, come ricordato, escludeva la sussistenza in concreto di un obbligo di procedere — e, quindi, di provvedere — nelle ipotesi poc’anzi indicate: la disposizione introdotta nel 2012, se interpretata nel senso che ogni domanda presentata imponga alla p.a. di procedere e di provvedere, amplierebbe, pertanto, rispetto al passato, l’area delle istanze originanti un obbligo di provvedere (sulle diverse, possibili interpretazioni della disposizione: R. CAPONIGRO; A. SQUAZZONI; N. POSTERARO, *Domande*, S. VERNILE, *Il provvedimento*). In giurisprudenza si riscontra un orientamento che interpreta le disposizioni normative richiamate “*nel senso che il legislatore ha voluto imporre all’amministrazione, senza eccezione alcuna, l’obbligo di provvedere sulle istanze dei privati, indipendentemente dal loro grado di fondatezza o addirittura di ammissibilità o di ricevibilità*” e “*anche a fronte di istanze del tutto abnormi*”, bilanciando “*tale soluzione — potenzialmente gravosa per lo svolgimento dell’attività amministrativa — ... (con) la possibilità di motivare in maniera semplificata, laddove l’istanza risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata*” (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 febbraio 2018, n. 348; Id., Sez. III, 4 giugno 2014, n. 1412; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 14 giugno 2016, n. 6786; più recentemente Cons. St., Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4666, che esclude dall’obbligo di provvedere solo “*i casi limite di pretestuosità*”, non ulteriormente chiarendone la portata).

Sennonché, in base a un diverso orientamento, che coniuga condivisibilmente doverosità e semplificazione, la disposizione, lungi dall’affermare in via generalizzata la sussistenza di un obbligo di procedere e, quindi, di provvedere a fronte di qualsiasi domanda, si limita a rafforzare il primo periodo del comma 1 dell’art. 2, con la conseguenza che solamente quando sussiste l’obbligo di procedere (risultando colui che ha presentato la domanda titolare di una posizione qualificata e differenziata) la p.a. è tenuta a adottare un provvedimento espresso; ciò anche se l’istanza è manifestamente priva di quei caratteri che, nella prassi amministrativa, sono ritenuti i soli meritevoli di considerazione e di riscontro (TAR Lazio, Sez. III-bis, 12 gennaio 2017, n. 468; TAR Friuli Venezia Giulia, 15 novembre 2013, n. 594; N. POSTERARO, *Brevi note*; Id., *Considerazioni*; Id., *Domande*, 135).

Seguendo quest’ultimo orientamento, ai fini del secondo periodo del comma 1 dell’art. 2, a titolo esemplificativo, per istanza inammissibile può quindi inten-

dersi quella priva dei requisiti di forma, ma pur sempre presentata da un soggetto titolare di un interesse qualificato e differenziato, ovvero quella reiterativa di precedenti domande già esitate (TAR Sardegna, Sez. II, 1 aprile 2014, n. 246; argomenti *a contrario* anche in Cons. St., Sez. III, 19 aprile 2018, n. 2370 che, nel dichiarare l'obbligo di provvedere a fronte di una qualunque "istanza", procede a verificare e affermare la legittimazione del soggetto istante in quanto operatore di settore, escludendo di conseguenza il carattere emulativo o pretestuoso della domanda; in tale modo la nozione di inammissibilità, ai fini della disposizione in commento, verrebbe circoscritta rispetto al significato tradizionale — su cui M. MONTEDURO e R. VILLATA — che comprende tutte le ipotesi in cui, a vario titolo, la domanda non è *ab origine* esaminabile nel merito in ragione di preclusivi aspetti pregiudiziali, attinenti ai presupposti, come l'incompetenza dell'organo pubblico adito, o alle condizioni, come la legittimazione, o alla forma); per istanza irricevibile, quella presentata oltre il termine eventualmente previsto per la relativa proposizione, mentre diviene improcedibile l'istanza quando per fatti sopravvenuti (come a causa della mancata integrazione di documenti richiesta dal responsabile del procedimento) il procedimento si arresti; palesemente infondata, infine, è l'istanza che risulti manifestamente inaccoglibile.

6. *Rimedi alla violazione del termine per provvedere.*

6.1. *Rimedi preventivi e successivi.* Il legislatore ha previsto diversi strumenti per assicurare effettività alla garanzia dell'avvio e della conclusione del procedimento con un provvedimento ed entro tempi certi. L'inerzia della p.a. rappresenta, infatti, una disfunzione lesiva sia dell'interesse pubblico che di quello privato (lasciando il privato in una situazione di incertezza ed impedendogli di conseguire, se titolare di un interesse legittimo pretensivo, il bene della vita ambito qualora versi in una situazione che legittimi l'accoglimento dell'istanza) (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 39), per fronteggiare la quale sono predisposti rimedi sia preventivi che successivi.

Tramite i primi il legislatore previene il prodursi stesso di effetti pregiudizievoli connessi all'inerzia: si tratta delle ipotesi di silenzio significativo, per le quali l'ordinamento prevede che al silenzio serbato oltre la scadenza del termine per provvedere sia attribuito il significato legale tipico di assenso (c.d. silenzio assenso provvedimentale, v. *infra*) o di rigetto dell'istanza.

I rimedi successivi sono invece diretti a rimuovere gli effetti negativi dell'inerzia nelle ipotesi non riconducibili al silenzio significativo. Qualora al silenzio non sia attribuito alcun significato legale tipico, l'inerzia viene qualificata come silenzio inadempimento in quanto, a fronte di un'istanza, la p.a. ha omesso di svolgere il procedimento o, iniziandolo, di portarlo a conclusione con un provvedimento espresso, sia esso di accoglimento o di rigetto dell'istanza.

6.2. *Rimedi successivi: la generalizzazione del potere sostitutivo.* Uno dei rimedi successivi previsti dall'ordinamento è interno alla p.a. ed è funzionale non solo alla semplificazione e al buon andamento, ma anche a deflazionare il contenzioso (con una *ratio* anche di *favor* per il privato, rappresentando uno strumento

alternativo — seppure non avente efficacia sospensiva del termine per proporre ricorso al TAR — al dispendioso ricorso giurisdizionale avverso il silenzio): l'art. 2, comma 9-*bis*, inserito nella legge generale sul procedimento nel 2012, affida all'organo di governo dell'amministrazione il compito di individuare, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione (esclusi, quindi, gli organi di indirizzo politico-amministrativo), il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia (in difetto, il potere sostitutivo compete *ex lege* al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o al funzionario di più elevato livello). Decorso il termine per provvedere, il privato può pertanto rivolgersi al titolare del potere sostitutivo affinché, entro un termine dimezzato rispetto a quello originario, concluda il procedimento, attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario (comma 9-*ter*).

Nel 2021 il decreto semplificazioni-*bis* (d.l. 31 maggio 2021 n. 77, convertito dalla l. 29 luglio 2021 n. 108) ha integrato la disposizione con due previsioni dirette a rafforzare i poteri sostitutivi (F. CAPOREALE, 772): il potere sostitutivo, da un lato, può essere attribuito, oltre che a una persona fisica, a una complessiva unità organizzativa e, dall'altro lato, è attivabile, oltre che su istanza del privato, d'ufficio.

Legando le due novità e conferendo loro un senso unitario e coerente, la dottrina rileva che, poiché l'attivazione d'ufficio presuppone un costante monitoraggio della tempistica procedimentale, potrebbe essere individuata un'apposita unità organizzativa deputata al monitoraggio e titolare del potere/dovere di controllo e di conseguente esercizio del potere sostitutivo (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 41, che rileva ulteriormente come il modello organizzativo proposto dia attuazione ai principi di flessibilità e di elasticità organizzativa, "che rappresentano la sostanza più intima del principio costituzionale di buon andamento").

La scarsa disciplina del potere sostitutivo recata dalla legge sul procedimento amministrativo lascia aperte alcune questioni. In primo luogo, se l'eventuale investitura di un organo diverso da quello originariamente competente comporti un esautoramento della competenza di questa, in base ai principi tradizionali in tema di sostituzione amministrativa, oppure una concorrenza del potere in ossequio al principio dell'inesauribilità del potere amministrativo (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 44).

In secondo luogo, se valga anche per l'attivazione del potere sostitutivo con istanza privata il termine annuale entro cui permane l'obbligo di provvedere giudizialmente accertabile. Poiché la decorrenza del termine annuale incide solo sul piano processuale, senza che si produca alcuna vicenda estintiva dell'interesse legittimo pretensivo sotteso all'iniziativa procedimentale di parte (Cons. St., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2742), dovrebbe escludersene la rilevanza con riguardo al potere sostitutivo.

Nel termine annuale la richiesta di attivazione del potere sostitutivo e il ricorso avverso il silenzio possono concorrere. La mancata previsione di un rapporto di alternatività tra ricorso avverso il silenzio e istanza sollecitatoria — richiedendo esso una espressa previsione — riduce il potenziale di strumento deflattivo del contenzioso che il potere sostitutivo avrebbe potuto altrimenti svolgere.

Con finalità dissuasiva dell'inerzia, è poi previsto l'obbligo del titolare del potere sostitutivo di comunicare "senza indugio", in caso di ritardo, il nominativo

del responsabile ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, assumendo altrimenti la medesima responsabilità oltre a quella propria.

La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce, inoltre, elemento di valutazione della *performance* individuale, di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente. Il dirigente è quindi tenuto a predisporre un sistema organizzativo preordinato a efficienza ed efficacia.

Nei provvedimenti ad istanza di parte rilasciati in ritardo è prescritto che venga espressamente indicato il termine di conclusione del procedimento previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato (art. 2, comma 9-*quinquies*, inserito dall'art. 1, comma 1, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5). Viene così esplicitata l'entità del ritardo procedimentale non solo a fini di trasparenza, ma anche allo scopo di agevolare le verifiche del giudice in un eventuale giudizio risarcitorio (su cui *infra*) o contabile per responsabilità erariali.

Al quadro normativo descritto va collegata anche la disciplina della responsabilità erariale recata dall'art. 21 d.l. n. 76/2020 (conv. nella l. n. 120/2020): con previsione sperimentale e provvisoria (vigente fino al 30 giugno 2024, in base alla recente proroga disposta dal d.l. 22 aprile 2023, conv. dalla l. n. 74/2023) è stato previsto che “*la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta*” e che tale “*limitazione di responsabilità ... non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*”. La limitazione opera dunque solo in caso di condotta attiva, allo scopo di incentivare i pubblici dipendenti ad agire.

6.3. Rimedi successivi: il ricorso avverso il silenzio inadempimento. Decorso invano il termine di conclusione del procedimento, il silenzio inadempimento può ritenersi formato ed è possibile proporre, senza necessità di previa diffida, un ricorso per l'accertamento in sede giurisdizionale dell'obbligo di provvedere e del relativo inadempimento, diretto a indurre la p.a. a concludere il procedimento onde evitare di essere sostituita da un commissario di nomina giudiziale (sulla cui natura di ausiliario del giudice v. Cons. St., Ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8, rilevante anche per avere chiarito che, pur dopo l'insediamento del commissario *ad acta*, la p.a. conserva il potere di adottare il provvedimento tardivo, con conseguente concorrenza con il potere commissariale e inefficacia del provvedimento in ipotesi adottato per secondo).

L'azione avverso il silenzio — la cui disciplina è contenuta negli artt. 31 e 117 c.p.a., cui l'art. 2, comma 8, l. n. 241 rinvia — origina un rito speciale caratterizzato dall'essere diviso in due fasi: una prima fase necessaria di cognizione in camera di consiglio e una seconda (eventuale) fase di esecuzione (in cui, a seguito del persistere dell'inerzia allo scadere del nuovo termine assegnato dal giudice, la p.a. viene sostituita da un commissario *ad acta*). L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento, con il limite tuttavia di un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

Al ricorrere di specifiche condizioni, idonee a salvaguardare la riserva di amministrazione, il giudice adito può pronunciare sulla fondatezza della pretesa

dedotta in giudizio (art. 31, comma 3, c.p.a.): si tratta delle ipotesi in cui l'inerzia concerne un'attività vincolata o in cui non residuano margini di esercizio della discrezionalità e, in entrambi i casi, non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dalla p.a. (Cons. St., Sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 736). In tali ipotesi, il g.a. emana una sentenza di accertamento della fondatezza della pretesa azionata e di condanna della p.a. ad emanare il provvedimento richiesto; in tutte le altre ipotesi la sentenza ha ad oggetto l'accertamento dell'obbligo di provvedere e la condanna dell'amministrazione a provvedere genericamente (anteriormente all'estensione alla fondatezza della pretesa, avvenuta nel 2005, dei poteri cognitori e, conseguentemente, decisori del giudice, il g.a. — adito con il rito speciale all'epoca disciplinato dall'art. 21-*bis* l. n. 1034/1971, Legge T.A.R. — anche in caso di attività vincolata poteva solo condannare a concludere il procedimento: Cons. St., Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1).

La *ratio* sottesa alla fissazione delle elencate condizioni è ricavabile anche dalla non inclusione del rito avverso l'inerzia tra le ipotesi — tassative — di giurisdizione di merito elencate nell'art. 134 c.p.a. In mancanza di una giurisdizione di merito, il giudice del silenzio, anche al ricorrere degli elencati casi in cui è titolare di poteri cognitori e decisori più ampi, può unicamente condannare la p.a. ad adottare il provvedimento richiesto dopo aver valutato positivamente la fondatezza della pretesa, senza potersi sostituire direttamente alla p.a. adottando il provvedimento richiesto.

Solamente riferendo la condizione della non necessità di “*adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dalla p.a.*” anche al caso in cui venga in rilievo un'attività vincolata, la cognizione della pretesa risulta compatibile con la natura speciale e accelerata del rito (Cons. St., Sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 736). È comunque condivisibile l'interpretazione dottrinale che, allo scopo di evitare che una rigida lettura della norma circoscriva eccessivamente il potere giudiziario di apprezzamento della fondatezza della pretesa, ritiene che quest'ultimo possa essere esercitato ogniqualvolta gli adempimenti istruttori residui concernano accertamenti di fatti c.d. semplici (R. GAROFOLI, G. FERRARI, 614).

L'ipotesi in cui non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità (c.d. discrezionalità esaurita) ricorre quando la fattispecie concerne un potere discrezionale nell'esercizio del quale la p.a. ha però già espresso, nel caso specifico, il proprio giudizio valutativo (ciò risultando dal contenuto di un atto istruttorio), residuando soltanto lo svolgimento di attività vincolate in tutti i loro aspetti dalla legge (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 12 dicembre 2012, n. 2133).

Con specifico riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica, il potere del giudice di decidere della fondatezza dell'istanza dovrebbe arrestarsi a fronte di valutazioni tecniche opinabili che non siano già state svolte dalla p.a. (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 8 ottobre 2010, n. 18124).

Decorso il termine annuale dell'azione, il privato, a fronte della persistente inerzia della p.a., è legittimato — ove continuino a sussistere i presupposti — a ripresentare l'istanza (la previsione è da molti ritenuta superflua, stante la natura non provvedimentale ma comportamentale dell'inerzia della p.a.; la decorrenza del termine annuale incide solo sul piano processuale, senza che si produca nessuna vicenda estintiva dell'interesse legittimo pretensivo sotteso all'iniziativa procedimentale di parte: Cons. St., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2742).

Decorso il termine annuale permane, inoltre, in capo all'istante la facoltà di agire per il risarcimento del danno da ritardo, ai sensi dell'art. 30, comma 4, c.p.a., avendo il c.p.a. escluso che vi sia pregiudizialità tra azione di cognizione e azione risarcitoria. La tutela giurisdizionale avverso il silenzio serbato dalla p.a. è completata, infatti, dalla disciplina, nell'ambito dell'azione di condanna (art. 30 c.p.a.), della domanda di risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo. Il termine decadenziale di centoventi giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria non decorre fintanto che perdura l'inadempimento (trattandosi di illecito permanente), con la precisazione, però, che inizia a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

6.4. Rimedi successivi: responsabilità conseguente alla violazione del termine di conclusione del procedimento. Quale norma di chiusura del complessivo sistema di rimedi successivi avverso l'inerzia della p.a., l'art. 2-bis l. n. 241, inserito dalla l. n. 69 del 2009 (art. 7), disciplina il risarcimento del danno da ritardo, nonché l'indennizzo automatico e forfettario “*per il mero ritardo*” (quest'ultimo inserito nel corpo dell'articolo dal d.l. n. 69 del 2013, convertito in l. n. 98 del 2013).

Si tratta di due rimedi successivi diversi quanto a presupposti e natura giuridica.

L'art. 2-bis, rubricato “*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*”, dispone che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, della medesima l. n. 241 (vale a dire i “*soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*”) sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato dalla violazione dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento nei casi in cui all'inerzia della p.a. non è attribuito valore legale tipico di assenso o di rigetto dell'istanza. Con detta disposizione la responsabilità civile della p.a. conseguente alla violazione del termine di conclusione del procedimento ha trovato una prima disciplina positiva. Il c.p.a. ha poi disposto che l'azione, autonoma, di condanna di cui all'art. 30, comma 2, può riguardare il risarcimento del danno ingiusto derivante non solo dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa ma anche dal “*mancato esercizio di quella obbligatoria*”.

Ove vi sia un obbligo di procedere e provvedere entro un termine definito (“*ove il provvedimento consegue obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio...*”, come recita l'art. 2 l. n. 241), il danno da ritardo può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato d'ufficio. L'assunto trova conferma nella differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2-bis, dal momento che solo il secondo di essi (comma 1-bis, relativo all'indennizzo da ritardo, su cui *infra*) si riferisce in modo espresso e in via esclusiva al procedimento ad istanza di parte. Nei procedimenti avviati d'ufficio i presupposti affinché possa configurarsi un danno da ritardo sono la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (in difetto di previsione del secondo applicandosi il termine generale di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 241) e l'esistenza di una posizione di interesse legittimo (Cons. St., Sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358).

La formula “danno da ritardo” è di prassi utilizzata per comprendere fattispecie diverse, per presupposti e tipologia, di pregiudizio patito dal cittadino (G.

MARI, *La responsabilità*, 337). In una prima accezione essa presuppone unicamente il mancato rispetto, da parte della p.a. destinataria di un'istanza, della tempistica procedimentale in tutti i casi in cui all'inerzia della p.a. non è attribuito valore legale tipico di assenso o di rigetto; in questa accezione il danno da ritardo (c.d. "mero") prescinde dall'esito positivo o negativo del procedimento amministrativo, indipendentemente dal quale è configurabile. In una seconda accezione l'accogliibilità della domanda risarcitoria dipende dall'esito positivo dell'istanza (o dalla possibile previsione di detto esito), in quanto il danno viene identificato nel non aver potuto l'istante beneficiare dell'utilità connessa al bene della vita ambito di cui sia certa o accertabile la spettanza, a partire dal momento in cui il provvedimento richiesto avrebbe dovuto essere rilasciato.

Alle diverse accezioni di danno da ritardo è connessa la questione — che né la l. n. 241, né il c.p.a. risolvono in maniera esplicita — se sia risarcibile il mero danno da ritardo o se possa accedere alla tutela risarcitoria solo il danno derivante dal tardivo conseguimento del bene della vita finale di cui sia accertata la spettanza (nel secondo senso: Cons. St., Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7; Id., 3 dicembre 2008, n. 13; Id., 23 aprile 2021, n. 7).

Secondo un primo orientamento il danno da ritardo è risarcibile solo nel caso in cui il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento finale, risultando fondata l'originaria istanza, e il pregiudizio risarcito è quello derivante dal ritardo nel conseguimento del bene della vita cui l'interesse legittimo pretensivo si correla. Detta certezza sulla "spettanza" ricorre quando: 1.a) il privato abbia agito contro il provvedimento sfavorevole, ne abbia ottenuto l'annullamento e la p.a., riesercitato il potere, abbia rilasciato, ma con ritardo, il provvedimento favorevole; 1.b) il privato abbia agito contro il provvedimento sfavorevole, chiedendo non solo il relativo annullamento, ma anche la condanna della p.a. al rilascio del provvedimento richiesto, e il giudice amministrativo, non ostando la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, abbia accertato la relativa spettanza (Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3); 1.c) il privato abbia agito contro il silenzio della p.a. ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., ottenendo in esito il rilascio da parte della p.a. del provvedimento favorevole ambito; 1.d) il privato abbia agito contro il silenzio della p.a. e il g.a., ricorrendo le condizioni di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a. (su cui *supra*), abbia pronunciato sulla "fondatezza della pretesa"; 1.e) il privato abbia ottenuto un provvedimento legittimo e favorevole, ma in ritardo rispetto alla prefissata tempistica procedimentale. Nessun risarcimento potrebbe invece essere riconosciuto nel caso in cui il provvedimento tardivamente adottato sia negativo e legittimo o comunque divenuto intangibile per omessa tempestiva proposizione di gravame.

Un diverso orientamento ritiene risarcibile anche il danno conseguente al mero ritardo nel provvedere, a prescindere dalla spettanza dell'utilità finale: quindi, il danno prodotto allorquando la p.a. (2.a) non provveda affatto o (2.b) provveda tardivamente in senso negativo con provvedimento legittimo.

Quest'ultimo orientamento — respinto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle già citate sentenze n. 7/2005, n. 13/2008 e n. 7/2021, su cui *infra* — è stato accolto, ma solo *incidenter*, nella sentenza Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 (nonché da Cons. St., Sez. IV, 7 ottobre 2019, n. 6740), oltre a essere seguito in precedenza da una giurisprudenza minoritaria (Cons. St., Sez. IV, 1 luglio

2015, n. 3258; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 28 novembre 2014, n. 473; Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2005, n. 875) ed evidenzia come nel modello di azione amministrativa introdotto dalla legge sul procedimento amministrativo possano assumere rilievo autonomo, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita finale (vale a dire al provvedimento ambito per soddisfare un proprio interesse), ulteriori posizioni soggettive collegate a norme che mirano a disciplinare il procedimento amministrativo secondo criteri di correttezza idonei a ingenerare, con l'affidamento del privato, un'aspettativa qualificata al rispetto di queste regole.

La selezione degli interessi giuridicamente rilevanti — e meritevoli di tutela risarcitoria, stante l'atipicità dell'illecito aquiliano valorizzata nella sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione — non può essere effettuata con riguardo al solo bene della vita finale, escludendo *a priori* la risarcibilità anche degli interessi tradizionalmente qualificati procedurali. Ciò implica un ripensamento del tradizionale assunto secondo cui, qualora la violazione dell'interesse procedimentale non si traduca in lesione dell'interesse al bene della vita finale (o tale lesione non sia immediatamente accertabile a causa del carattere discrezionale del potere esercitato), la risarcibilità dovrebbe essere esclusa per mancanza di un nesso di causalità tra illegittimità ed eventuale pregiudizio al bene finale dal momento che le norme violate nulla dicono sull'effettiva spettanza del bene della vita ambito. Nell'ambito degli interessi procedurali è possibile invece individuare, accanto a quelli che possono dare luogo a mere situazioni strumentali (da fare valere in sede di impugnazione del provvedimento lesivo), interessi aventi ad oggetto beni della vita distinti dal provvedimento oggetto dell'istanza e che, se lesi, possono dare luogo a un danno ingiusto (è il caso dell'interesse allo svolgimento dell'azione amministrativa in tempi certi, che si fonda sull'esigenza di certezza nei rapporti tra cittadino e p.a.: Cass., Sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333; Id., 26 gennaio 2007, n. 1754). Con il danno da mero ritardo si individuano, quindi, le fattispecie in cui l'oggettivo dato del superamento del termine legale di conclusione di un procedimento determina un pregiudizio: questa ricostruzione del pregiudizio sofferto prescinde del tutto da valutazioni circa la spettanza del bene della vita finale cui il privato tendeva con la presentazione dell'istanza alla quale l'amministrazione non ha dato riscontro (o ha dato riscontro con ritardo). Il fondamento della risarcibilità del danno da mero ritardo risiede *“nell'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa”* che *“sembra — nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del c.d. rapporto amministrativo — essere interesse meritevole di tutela in sé considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo”* (Cons. St., Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258). In particolare, *“proprio perché il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica, il ritardo nella conclusione del procedimento è stato considerato, di per sé, un costo”* (Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271; Id., 21 giugno 2013, n. 3408), in ragione della ricaduta che esso può avere sullo svolgimento di attività e iniziative economiche condizionate alla previa valutazione positiva, a prescindere dal fatto che il bene preteso risulti poi dovuto o meno, posto che l'incertezza sull'esito del procedimento, protratta oltre i limiti previsti dalla legge per la sua conclusione, impedisce o comunque

rende più complessa la predisposizione di programmi o scelte diverse e alternative (Cons. St., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2279; Id., 31 gennaio 2014, n. 468).

In merito alla rilevanza del fattore tempo come bene della vita autonomo, la dottrina, quindi, nel tratteggiare la trasformazione del modello di amministrazione verificatasi negli ultimi decenni — sintetizzabile nella formula “*dalla funzione al servizio*” —, ha evidenziato come essa abbia contribuito a modificare l'approccio alla tematica della responsabilità, in quanto il cittadino, dismessi i panni di spettatore passivo, diventa “*destinatario*” dell'esercizio, garantito e spesso anche partecipato, di una potestà (F. PATRONI GRIFFI, 2). La trasformazione rende doveroso individuare strumenti di responsabilizzazione dell'attività amministrativa, tra cui viene compresa la responsabilità civile in relazione alle ipotesi di malfunzionamento, di cui il danno da omessa o ritardata emanazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei cittadini costituisce una delle manifestazioni.

Il bene tutelato è individuato nella certezza dei tempi procedurali o nella certezza, sotto il profilo temporale, del rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino (F. PATRONI GRIFFI, 6). Vari interventi del legislatore hanno progressivamente valorizzato il tempo quale elemento imprescindibile dello svolgimento dell'azione amministrativa, quali, tra gli altri: l'ampliamento delle ipotesi di silenzio assenso provvedimentale o verticale (quale rimedio preventivo — generalizzato nel 2005 con le modifiche all'art. 20 l. n. 241 — all'inerzia della p.a. nei procedimenti ad istanza di parte) (*infra* paragrafo 7); l'attribuzione al g.a. investito di un ricorso avverso il silenzio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. del potere di conoscere della fondatezza della pretesa (seppure nei soli casi elencati dall'art. 31, comma 3, c.p.a.); la generalizzazione del potere sostitutivo con l'integrazione dell'art. 21 l. n. 241 ad opera della l. n. 190 del 2012; la previsione di un indennizzo automatico e forfettario (*infra* paragrafo 6.5); l'estensione del silenzio assenso anche ai rapporti tra pubbliche amministrazioni (c.d. silenzio assenso procedimentale o orizzontale), con l'art. 17-*bis* l. n. 241 introdotto dalla l. n. 124 del 2015 (*infra* paragrafo 9.3); la riscrittura della disciplina della conferenza di servizi ad opera del d.lg. n. 127 del 2016, che ne ha esaltato la funzione di strumento di decisione — e non solo di coordinamento — scadenandone lo svolgimento entro termini brevi e determinati e potenziando il ruolo dell'amministrazione procedente, legittimata a concludere la conferenza simultanea con determinazione positiva in base al criterio della prevalenza anche in presenza di dissensi c.d. qualificati (su cui si rinvia allo specifico capitolo di G. CONTE e S. TRANQUILLI); infine, da ultimo, i già citati decreti semplificazioni e semplificazione *bis* che hanno introdotto alcune modifiche e integrazioni alla l. n. 241 con il dichiarato fine (cfr. Relazione illustrativa del d.l. n. 76/2020) di “*garantire maggiore certezza e speditezza dell'azione amministrativa*”.

Collegate alla acquisita consapevolezza della “*dimensione economica*” del diritto amministrativo, queste trasformazioni evidenziano che “*il ‘fattore tempo’ assume un ‘valore ordinamentale fondamentale’ quale componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost.*” (Cons. St., comm. spec., n. 929/2016, cit.).

Pur a fronte di queste novità, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario in tema di danno da ritardo rimane fermo sullo schema dell'interesse legittimo

pretensivo all'utilità derivante dal provvedimento favorevole (bene della vita finale), trascurando di considerare la atipicità dell'illecito aquiliano chiarita dalla Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999 e il fatto che quest'ultima si era limitata a richiedere, ai fini della verifica dell'ingiustizia del danno, la lesione di interessi meritevoli di tutela, individuabili *"alla stregua del diritto positivo"* (M. CLARICH, G. FONDERICO, 67; M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene*; ID., *Gli incentivi*, 14).

L'orientamento che ritiene risarcibile il danno da ritardo a prescindere dalla spettanza del bene della vita finale non prescinde, tuttavia, dalla prova di effettivi danni consequenziali alla violazione del termine del procedimento. La lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ossia l'evento lesivo che identifica il *"danno ingiusto"* di cui all'art. 2043 c.c., viene individuata nella lesione del bene certezza; ciò non esonera dall'onere di provare, ai sensi dell'art. 1223 c.c., le conseguenze pregiudizievoli che, si asserisce, ne siano derivate (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 febbraio 2015, n. 2135), ossia il c.d. danno conseguenza. Le conseguenze pregiudizievoli ristorabili sono in tale caso limitate al c.d. interesse negativo (come, ad esempio, l'immobilizzazione dei capitali e la perdita di diverse occasioni favorevoli): il danno risarcibile, infatti, non è quello derivante dalla mancata emanazione del provvedimento favorevole e dalla perdita dei conseguenti vantaggi (interesse positivo), ma quello derivante dalla situazione di incertezza protratta oltre il termine (Cons. St., Sez. IV, 7 ottobre 2019, n. 6740).

In base a questo orientamento è pertanto possibile individuare nella medesima vicenda procedimentale due distinti interessi, aventi ad oggetto beni della vita diversi: l'uno avente ad oggetto il bene della vita finale; l'altro attinente alla definizione (quale ne sia l'esito) nei tempi predefiniti del rapporto amministrativo (Cons. St., Sez. IV, 7 ottobre 2019, n. 6740: *"con la presentazione di un'istanza all'amministrazione, ove la stessa sia fonte di un obbligo di provvedere, il cittadino (o l'impresa) farebbe valere non solo una posizione di interesse legittimo pretensivo ad ottenere il bene della vita richiesto con l'istanza, ma anche una autonoma pretesa ad ottenere nei termini stabiliti dalla legge una risposta conclusiva circa l'attribuzione o meno di quel bene"*).

Stante la diversità dei due interessi richiamati, la dottrina ha evidenziato la necessità di opportune distinzioni. Una cosa è chiedere il risarcimento del danno subito per avere avuto in ritardo o non avere avuto affatto il provvedimento richiesto, come un permesso di costruire (il danno emergente può consistere, in tale caso, nell'aumento dei costi di costruzione, se il permesso è stato rilasciato tardivamente; nella svalutazione del fondo, ove sopravvenga una diversa e più restrittiva destinazione urbanistica, qualora l'inerzia persista o venga rigettata tardivamente l'istanza): il danno è qui correlato alla spettanza del bene della vita (accertata con il tardivo rilascio o da accertare, a seconda di quale caso — tra quelli menzionati — in concreto ricorra). Altra cosa è chiedere il risarcimento del pregiudizio derivante dal mero ritardo nella definizione dell'istanza (come l'immobilizzazione di risorse e la perdita di diverse occasioni di guadagno): in tale caso oggetto dell'azione non è il bene finale e sarebbe improprio, ai fini del risarcimento, interrogarsi sulla spettanza o meno di esso (F. PATRONI GRIFFI).

Un argomento a sostegno della risarcibilità del danno da ritardo mero — ulteriore rispetto a quello della considerazione del tempo come bene della vita — è identificabile nella devoluzione delle controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del

termine di conclusione del procedimento amministrativo alla giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 133, comma 1, lett. *a.1*, c.p.a., di identico tenore dell'abrogato comma 2 del citato art. 2-*bis* l. n. 241). Poiché nella giurisdizione amministrativa esclusiva il g.a. conosce anche di diritti soggettivi (art. 113 Cost.), detta devoluzione potrebbe condurre a ritenere che il risarcimento sia ancorato al ritardo o all'inerzia della p.a. e indipendente dal contenuto del provvedimento finale; l'ingiustizia del danno conseguirebbe alla violazione dell'obbligo di concludere nel termine il procedimento, cui corrisponderebbe un diritto soggettivo a una risposta in capo all'istante. Il "*danno ingiusto*" rilevante *ex art. 2-bis* sarebbe correlato alla lesione di tale diritto, distinta e autonoma rispetto all'eventuale lesione dell'interesse legittimo pretensivo al provvedimento finale. Questa interpretazione consente di conciliare la citata devoluzione alla giurisdizione esclusiva *ex art. 133 c.p.a.* con quanto prevede l'art. 7, comma 4, c.p.a., quest'ultimo includendo nella giurisdizione amministrativa di legittimità — concernente interessi legittimi — le controversie relative a "*omissioni*", comprese quelle risarcitorie (anche se introdotte in via autonoma): la giurisdizione di legittimità viene in rilievo allorquando la situazione giuridica soggettiva sottesa alla domanda risarcitoria è l'interesse legittimo pretensivo al provvedimento finale, mentre la giurisdizione esclusiva viene in rilievo quando la situazione giuridica soggettiva azionata con la domanda risarcitoria è il diritto a una risposta tempestiva (a prescindere dalla spettanza o meno del bene della vita finale) (G. MARI, *L'azione di condanna*, 289; *Id.*, *La giurisdizione*, 20; N. POSTERARO, *Brevissime*).

La previsione della giurisdizione esclusiva è uno degli argomenti utilizzati, tra gli altri, anche dalla già citata pronuncia dell'Adunanza plenaria che ha condiviso — ma solo incidentalmente nel percorso motivazionale di una decisione avente diverso oggetto — la tesi favorevole alla risarcibilità del mero danno da ritardo (Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5): nell'occuparsi della questione della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica ancor prima dell'aggiudicazione, l'Adunanza plenaria ha citato quale ulteriore ipotesi di "*responsabilità da comportamento scorretto*" della p.a. quella relativa al danno da ritardo, "*che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo*": "*il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione*". La differenza con l'indennizzo da ritardo (espressamente dovuto per il "mero" ritardo, *infra* paragrafo 6.5) viene ravvisata, pertanto, non nel tipo di pregiudizio e nella situazione giuridica dedotta, ma nell'essere l'indennizzo un ristoro automatico, mentre nel danno da ritardo è onere del privato fornire prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che il privato non avrebbe altrimenti posto in essere. In termini più generali, l'Adunanza plenaria ha chiarito che la tutela del diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali impone alle pp.aa., anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, di rispettare le norme generali dell'ordinamento civile che

impongono di agire con lealtà e correttezza. In caso di violazione sorge in capo all'amministrazione una responsabilità da comportamento scorretto (distinta dalla responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo).

La rilevanza in termini generali per il nostro tema dei chiarimenti dell'Adunanza plenaria nella sentenza del 2018 da ultimo citata è stata peraltro discutibilmente ridimensionata e circoscritta dal Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358), secondo cui la ricostruzione dell'Adunanza plenaria “*presuppone di regola ... la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo*”.

Successivamente alla Plenaria del 2018 l'orientamento giurisprudenziale tradizionale è stato ribadito dal medesimo supremo consesso nella già citata sentenza n. 7 del 2021. La controversia verteva sulla domanda di risarcimento del danno causato dal rilascio tardivo di autorizzazioni uniche per impianti fotovoltaici; il ritardo aveva reso impossibile accedere al regime incentivante a causa di una sopravvenienza normativa, determinando i ricorrenti a rinunciare all'intero progetto in ragione della antieconomicità dell'iniziativa imprenditoriale in assenza di contribuzione pubblica. L'Adunanza plenaria ha indagato preliminarmente la natura giuridica della responsabilità della p.a., pervenendo a configurarla come extracontrattuale (così come Cons. St., Sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857; Id., Sez. II, 25 maggio 2020, n. 3318; mentre è minoritario l'orientamento che la qualifica come contrattuale o da contatto sociale, cui propendeva l'ordinanza di rimessione Cons. giust. amm. Sicilia, 15 dicembre 2020, n. 1136), essendo tale chiarimento necessario per escludere l'applicazione del canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c., non richiamato dall'art. 2056 c.c. Dalla descritta natura giuridica consegue che elemento centrale nella fattispecie di responsabilità è l'ingiustizia del danno, che, declinata nel settore relativo al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, implica che “*il risarcimento potrà essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi*”: “*Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige dunque la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza*”.

L'Adunanza plenaria n. 7/2021 si è soffermata anche sul rilievo dell'attivazione dei poteri sostitutivi di cui all'art. 21 n. 241/1990, in relazione al concorso del fatto colposo ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. e dell'art. 1227 c.c. La mancata sollecitazione — così come la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali — non ha rilievo come presupposto processuale dell'azione risarcitoria ex art. 2-bis l. n. 241, ma può assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento “*laddove si accerti « che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno » (così la sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, ...: § 7.2.2)*”. Più nel dettaglio, l'attivazione da parte del privato del potere sostitutivo “*è indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo di quest'ultimo al provvedimento espresso. All'opposto, in assenza di ulteriori iniziative del richiedente, potrebbe presumersi, salve diverse considerazioni che*

spieghino tale inerzia, che l'ulteriore decorso del tempo sia sostanzialmente indifferente per il privato, nell'ambito delle proprie autonome determinazioni".

Quanto al termine per la proposizione dell'azione risarcitoria, il c.p.a. applica all'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa un termine decadenziale di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (art. 30, comma 3); relativamente al danno derivante dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, il termine di centoventi giorni inizia a decorrere — nonostante venga in rilievo un illecito permanente — dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere (art. 30, comma 4). Rimane fermo che per le ipotesi poc'anzi individuate come di responsabilità da provvedimento (*sub* 1.a e 1.b) trova applicazione il comma 3 dell'art. 30 c.p.a., nonché il relativo comma 5 nella parte in cui prevede che, nel caso in cui sia stata avanzata domanda di annullamento del provvedimento, la domanda risarcitoria può essere proposta nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6.5. Rimedi successivi: indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte. Con l'intento di garantire effettività all'art. 2 l. n. 241 e di accrescere l'efficienza amministrativa tramite la minaccia di un ristoro patrimoniale automatico, cui consegue la responsabilità erariale del funzionario inadempiente, il c.d. "Decreto del fare" (d.l. n. 69 del 2013, convertito in l. n. 98 del 2013), all'art. 28, ha inserito un comma 1-bis nell'art. 2-bis l. n. 241, riconoscendo il diritto di ottenere un indennizzo "*per il mero ritardo*" in caso di inosservanza del termine nei procedimenti ad istanza di parte per i quali sussista l'obbligo di procedere e provvedere, ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici. La disposizione rinvia ad altra legge o a un regolamento delegato per la fissazione delle condizioni e delle modalità per la liquidazione dell'indennizzo.

L'indennizzo corrisposto, ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria, è detratto dall'eventuale maggiore somma indicata a titolo di risarcimento. La previsione — dettata per il caso in cui il g.a. sia chiamato a liquidare un risarcimento dopo la corresponsione dell'indennizzo — è finalizzata a evitare una locupletazione del privato in riferimento alla medesima vicenda (M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili*, 193).

All'indennizzo non è assegnata, quindi, una funzione conciliativa transattiva, dal momento che non comporta una rinuncia del danneggiato ad azionare pretese ulteriori di carattere risarcitorio. Ciò riduce la funzione deflattiva del contenzioso che, altrimenti, l'indennizzo automatico e forfettario potrebbe potenzialmente svolgere.

L'indennizzo da mero ritardo va distinto dal danno da ritardo: nei casi previsti, il titolo a ricevere l'indennizzo sorge per il solo fatto del superamento del termine, mentre nel danno da ritardo l'inosservanza del termine costituisce presupposto causale del danno ingiusto eventualmente cagionato con dolo o colpa della p.a., dovendo ricorrere nel caso concreto i presupposti della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 3 ottobre 2022, n.6111; Cons. St., Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638; Id., Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675).

Il medesimo d.l. n. 69 del 2013 reca poi una disciplina dettagliata su condizioni e modalità per l'ottenimento dell'indennizzo, contestualmente disponendo (al comma 10) che le disposizioni si applichino “*in via sperimentale*” ai procedimenti amministrativi “*relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa*”. La locuzione “*procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa*” è interpretata dalla giurisprudenza come circoscritta a quei procedimenti che siano direttamente e strettamente collegati all'inizio dell'attività imprenditoriale o direttamente strumentali alla sua continuazione, escludendo, invece, che qualunque procedimento amministrativo possa essere sussunto nell'ambito della norma soltanto perché iniziato da un'impresa o a essa connesso (Cons. St., Sez. IV, 24 marzo 2023, n. 3040). Se la scelta del legislatore sottende la considerazione del tempo come bene della vita quantomeno nelle attività imprenditoriali (dove il tempo è sempre un costo) (M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili*, 193), la limitazione a questi procedimenti ha suscitato dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 3 Cost.

Al decorso di diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione, l'art. 28 d.l. n. 69 del 2013, con previsione dal significato equivoco, assegna a un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, il compito di stabilire la conferma, la rimodulazione (anche relativamente a procedimenti esclusi) o la cessazione delle disposizioni recate dal medesimo art. 28, o, eventualmente, di stabilire il termine a decorrere dal quale le medesime disposizioni sono applicabili a procedimenti amministrativi diversi da quelli concernenti l'avvio o l'esercizio di attività di impresa.

La mancata adozione di tale regolamento solleva, come illustrato più avanti, varie questioni attinenti alla vigenza attuale del diritto all'indennizzo e, in caso affermativo, al relativo ambito oggettivo.

Le citate disposizioni recate dall'art. 28 del decreto del fare dispongono che la richiesta di indennizzo (riconosciuto nella misura di trenta euro per ogni giorno di ritardo, sino a un importo massimo di duemila euro) è subordinata alla diligente attivazione dei poteri sostitutivi previsti dall'art. 2 l. n. 241 (*supra* paragrafo 6.2) entro il termine “*perentorio*” di venti giorni dalla scadenza del termine per provvedere (TAR Lazio, Sez. I-ter, 7 luglio 2021, n. 8028; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 febbraio 2020, n. 884; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 24 gennaio 2020, n. 999).

L'eventuale condanna a carico della p.a. è comunicata alla Corte dei conti, ai fini del controllo di gestione, al procuratore regionale della Corte dei conti per le valutazioni di competenza, nonché al titolare dell'azione disciplinare.

L'azione giurisdizionale per contestare la mancata liquidazione — da proporre, anche in via autonoma, con il rito speciale avverso il silenzio disciplinato dall'art. 117 c.p.a. — è scoraggiata — con negativi riflessi sull'effettività del rimedio — dalla previsione secondo cui, in caso di inammissibilità del ricorso o di rigetto di esso in relazione alla inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza originante il procedimento amministrativo, il giudice condanni il ricorrente a pagare a favore del resistente una somma da due a quattro volte il contributo unificato (a prescindere, quindi, dal valore dell'affare). Viene in tale modo attribuito al g.a. un peculiare potere sanzionatorio amministrativo, con una previsione che, però, mal si coordina con la specificazione dell'obbligo di provve-

dere, seppure in forma semplificata, in capo alla p.a. anche nelle ipotesi di manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza e che conforta, quindi, i dubbi sull'ambito applicativo del provvedimento in forma semplificata (art. 2, comma 1, secondo periodo, l. n. 241) di cui si è riferito sopra al paragrafo 5 (A. COLAVECCHIO, 207; A. SQUAZZONI).

Come anticipato, la mancata adozione del regolamento alla scadenza del periodo di applicazione sperimentale della disciplina recata dall'art. 28 citato ha originato contrastanti orientamenti giurisprudenziali in ordine alla attuale vigenza del diritto all'indennizzo. Parte della giurisprudenza ritiene che, in mancanza del regolamento di cui al comma 9, il diritto all'indennizzo continui a sussistere in relazione ai soli procedimenti attinenti all'attività di impresa, escludendo una tutela indennitaria fruibile dal *quisque de populo* non imprenditore (Cons. St., Sez. IV, 8 settembre 2022, n. 7841; Id., 24 marzo 2023, n. 3040; TAR Sicilia, Catania, 4 agosto 2021, n. 2633). Altra giurisprudenza ritiene insussistente in ogni caso il diritto all'indennizzo in ragione, da un lato, della natura di norma temporanea, non confermata, dell'art. 28 citato e, dall'altro lato, della mancata approvazione del regolamento previsto dall'art. 2-bis l. n. 241/1990, da considerare "condicio iuris per l'assegnazione dell'indennizzo" (TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 8 maggio 2023, n. 1486; Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. I, 24 marzo 2021, n. 243 che, in ragione della mancanza del regolamento, sostiene la "intervenuta abrogazione" del comma 1-bis dell'art. 2-bis della l. n. 241 del 1990, traendone argomento, definito "illuminante", a sostegno anche della non risarcibilità del danno da ritardo mero).

7. Rimedi preventivi all'inerzia provvedimentoale: silenzio assenso provvedimentoale. Il silenzio assenso rappresenta un rimedio preventivo all'inerzia della p.a., poiché l'istante, se l'amministrazione non provvede espressamente nel termine di conclusione del procedimento, consegue automaticamente l'utilità richiesta con l'istanza. Il silenzio assenso si distingue, pertanto, dal silenzio inadempimento per gli effetti sostanziali collegati all'inerzia, consistenti nella produzione dell'assetto di interessi previsto in astratto dalla norma e concretamente voluto dal privato con la presentazione dell'istanza (F.G. SCOCA, *Il silenzio*, 239).

Si tratta di un istituto finalizzato alla semplificazione dell'attività amministrativa (P.L. PORTALURI, 1; M. CALABRÒ, 27; C. cost., 27 luglio 2005, n. 336), che trova dunque il proprio fondamento nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., di cui sono corollari l'efficienza e la tempestività dell'azione amministrativa. In sede consultiva il Consiglio di Stato (Cons. St., comm. spec., parere 13 luglio 2016, n. 1640) ha sottolineato come il "principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., vada letto 'in un'ottica moderna', che tenga conto dell'esigenza di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico"; "nella logica del primato dei diritti, i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati". Disincentivando la "fuga dalla decisione" (Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515) — collegando all'inerzia protratta oltre il termine

prescritto la perdita del potere di adottare un provvedimento tardivo di diniego ed equiparando l'inerzia a un assenso anche sotto il profilo di eventuali responsabilità —, il silenzio assenso va inoltre collegato al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.), evitando che l'arresto del procedimento si verifichi di fatto a causa di un comportamento "opaco" della p.a. procedente (Cons. St., comm. spec., n. 1640/2016).

Il testo originario dell'art. 20 l. n. 241 affidava a un regolamento governativo (da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. n. 400 del 1988) la determinazione dei casi in cui l'istanza diretta ad ottenere un atto di assenso, comunque denominato, si intendesse accolta in caso di mancata comunicazione di diniego nel termine stabilito. Nell'attuale testo dell'art. 20, come novellato dal d.l. n. 35 del 2005 convertito in l. n. 80 del 2005, l'istituto del silenzio assenso ha assunto invece carattere generale, tramite la previsione per cui: fatti salvi i casi di s.c.i.a. e le eccezioni previste, nei procedimenti a istanza di parte per il rilascio dei provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la p.a. non comunica all'interessato — entro il termine di conclusione del procedimento — il provvedimento di diniego o non indice una conferenza di servizi nei trenta giorni successivi alla presentazione della domanda (l'indizione della conferenza è idonea sempre e comunque a impedire la formazione del silenzio assenso, trovando applicazione la specifica disciplina di tale diverso strumento di semplificazione: G. VESPERINI, 83, e P.L. PORTALURI, 8). Il riferimento alla conferenza va coordinato, relativamente alla conferenza decisoria, con quanto prevede attualmente l'art. 14 l. n. 241 a seguito della riscrittura nel 2016 (d.lg. n. 127 del 2016): nei procedimenti complessi in cui la p.a. procedente necessita di più atti di assenso comunque denominati di altre amministrazioni o nei casi in cui l'attività del privato è subordinata a più atti di assenso di competenza di diverse amministrazioni, la conferenza di servizi è diventata modulo procedimentale ordinario e obbligatorio, da indire entro cinque giorni dalla presentazione dell'istanza.

La generalizzazione del silenzio assenso introdotta nel 2005 si inserisce nella tendenza sovranazionale alla sostituzione di atti permissivi espressi con la previsione del silenzio significativo (o della s.c.i.a.), o alla loro eliminazione, ove possibile, sì da ridurre gli ostacoli all'esercizio della libertà di iniziativa economica. In tale senso, il d.lg. n. 59 del 2010 (di attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno), al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica, anche sotto il profilo dell'incertezza temporale, delle procedure amministrative, dispone che regimi autorizzatori "*possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale*", nel rispetto, tra l'altro, del principio di proporzionalità (configurandosi il regime autorizzatorio come eccezionale rispetto alla libera prestazione) e, in via gradata, che nei casi in cui è previsto un regime autorizzatorio "*può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso*" solo al ricorrere di un — evidentemente più qualificato — motivo imperativo di interesse generale.

La generalizzazione del silenzio assenso nell'art. 20 l. n. 241 è comunque delimitata da alcune eccezioni. Le disposizioni dell'art. 20 non trovano applicazione: agli atti e procedimenti riguardanti alcuni "interessi sensibili" o "primari" (vale a dire collegati ai principi costituzionali di eguaglianza, solidarietà, tutela

della persona, della salute e della tutela del patrimonio culturale e dell'ambiente: M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, 811; G. SCIULLO, *'Interessi differenziati'*; G. MARI, *'Primarietà'*) espressamente elencati, quali 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 (per un esempio di procedimento giudicato rientrante nell'ambito della materia della salute: Cons. St., Sez. III, 2 marzo 2023, n. 2206); ai casi in cui la legge qualifica l'inerzia come rigetto dell'istanza (come, ad esempio, in materia di accesso ai documenti amministrativi *ex art.* 25 l. n. 241; sulla qualificazione, invece, come silenzio assenso dell'inerzia serbata dall'amministrazione invitata dal difensore civico a rimeditare il diniego illegittimamente opposto all'istanza di accesso v. N. POSTERARO, *Contributo*, 130); ai casi in cui la normativa eurounitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali (per fattispecie esemplificative: Cons. St., Sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4967; Cons. St., Sez. V, 10 maggio 2023, n. 4732); nonché agli atti e ai procedimenti individuati con uno o più decreti — ad oggi non adottati — del Presidente del Consiglio dei ministri (tale individuazione dovrebbe essere guidata, secondo la dottrina — G. MORBIDELLI —, da alcuni criteri impliciti nell'ordinamento idonei a ritenere rispettata la riserva di legge, per quanto relativa, in materia di procedimenti amministrativi: il silenzio assenso non potrebbe riguardare procedimenti involgenti valutazioni tecniche complesse, le quali non possono essere pretermesse — come conferma il vigente testo dell'art. 17 l. n. 241 —, o procedimenti che consentono una conformazione dell'attività mediante fissazione di prescrizioni e cautele, o involgenti comunque valutazioni ampiamente discrezionali, contrastando altrimenti con il principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. dal quale è ricavabile una sorta di riserva di ponderazione di interessi in capo alla p.a. che solo lo svolgimento di un'istruttoria procedimentale assicura: M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, 812; G. MARI, *'Primarietà'*).

La necessità di una rigorosa interpretazione di tali eccezioni è stata recentemente evidenziata dalla Cassazione (Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020, n. 13865) che ha escluso che la distinzione tra atti di concessione e atti di autorizzazione possa avere rilevanza al fine di escludere i primi dall'ambito applicativo dell'art. 20: sostenere tale esclusione significa *“ricavare da una norma espressa — il silenzio assenso come generalizzato potenziale esito del procedimento amministrativo — una norma inespressa, attraverso una tesi dogmatica, che non appare dotata di supporto quantomeno nella figura del silenzio assenso come novellata”*. L'orientamento che sostiene l'applicabilità ai soli procedimenti autorizzatori (cfr. Cons. St., Sez. II, 12 marzo 2020, n. 1788; Id., Sez. V, 7 giugno 2022, n. 4660) perviene invece a tale conclusione evidenziando che mentre con riguardo alle autorizzazioni il privato vanta una preesistente situazione giuridica protetta per esercitare la quale richiede alla p.a. la rimozione di un limite legale, senza effetti costitutivi della situazione giuridica dell'istante, nei procedimenti concessori l'interesse pubblico non è parametro di valutazione dell'attività, ma direttamente oggetto di una valutazione discrezionale (in argomento M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, 972; G. STRAZZA).

In relazione alle eccezioni espressamente previste e, in particolare, a quella relativa ad atti e procedimenti riguardanti interessi sensibili, si è posta la questione se la relativa previsione nell'art. 20 abbia avuto l'effetto di abrogare implicitamente disposizioni anteriori al 2005 che, in specifici settori attinenti a interessi sensibili,

prevedono forme di silenzio assenso. La giurisprudenza ha affrontato la questione del rapporto tra art. 20 e normativa precedente con specifico riguardo al silenzio assenso che la legge sulle aree naturali protette prevede per il nulla osta dell'ente parco prescritto per gli interventi in area vincolata (art. 13 l. n. 394 del 1991). Si sono registrati in passato, al riguardo, due opposti orientamenti del Consiglio di Stato: se in alcune pronunce è stato affermato che l'eccezione di cui al comma 4 dell'art. 20 relativa a procedimenti riguardanti il patrimonio paesaggistico e l'ambiente è riferita solo "*alle disposizioni del presente articolo*" (e quindi alla generalizzazione del silenzio significativo che la disposizione determina), escludendo pertanto le ipotesi di silenzio assenso previste da disposizioni precedenti (Cons. St., Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3047), in altre il conflitto tra norme è stato risolto sulla base del principio per cui la legge posteriore abroga quella anteriore incompatibile ed escludendo nella specie un rapporto di specialità tra norme (Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188). Sulla questione si è infine pronunciata l'Adunanza plenaria (Cons. St., Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 17; in senso adesivo, più recentemente Cons. St., Sez. IV, 6 marzo 2023, n. 2278) a favore della persistente operatività della previsione del silenzio significativo: l'art. 20, nell'escludere i procedimenti concernenti interessi sensibili dalla generalizzazione del silenzio assenso, esordisce riferendosi alle sole "*disposizioni del presente articolo*", in tale modo delimitando l'operatività dell'indicata eccezione ai soli casi suscettibili di ricadere nella prevista generalizzazione, non altrimenti disciplinati, senza estenderla a precedenti specifiche disposizioni che prevedano il silenzio assenso anche in procedimenti concernenti interessi sensibili. Sotto il profilo sostanziale, l'Adunanza plenaria ha escluso che nella specie ricorrano i presupposti dell'abrogazione "per incompatibilità" della previsione precedente, svolgendo considerazioni basate sulla peculiarità del nulla osta in questione, rilasciato previa verifica di conformità dell'intervento con le disposizioni del piano per il parco e del regolamento del parco (e, quindi, con un margine di discrezionalità tecnica ridotto): l'Adunanza plenaria, da un lato, ha osservato che nella giurisprudenza costituzionale non si rinviene un'indicazione in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore statale di prevedere il silenzio assenso anche in materia ambientale (al riguardo, però, si rinvia *infra* al par. 8), ma, dall'altro lato, ha specificato che il silenzio significativo è comunque ammissibile "*nei limiti chiariti nelle pronunce della Corte costituzionale*", vale a dire "*laddove (...) si tratti di valutazioni (con) tasso di discrezionalità non elevatissimo*". Nel caso specifico, quindi, la formazione tacita del nulla osta dell'ente parco è giudicata compatibile con "*i principi fondamentali volti a perimetrare il silenzio-assenso in materia ambientale*", in quanto la verifica di conformità prodromica al nulla osta "*non comporta un giudizio tecnico discrezionale autonomo e distinto da quello già dettagliatamente fatto e reso noto, seppure in via generale, mediante (gli)... strumenti del Piano per il parco e del Regolamento del parco*": in definitiva, nella significazione legale favorevole attribuita dalla legge al silenzio sull'istanza di nulla osta "*non vi è (...) una rinuncia alla cura concreta del prevalente interesse generale*".

A fronte della descritta generalizzazione del silenzio assenso, per esigenze di certezza la l. 7 agosto 2015, n. 124 ha delegato (art. 5) il Governo ad adottare decreti legislativi "*per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto (...) di silenzio assenso*", ai sensi dell'art. 20 l. n. 241 (oltre che di quelli oggetto di s.c.i.a. ai sensi dell'art. 19 l. n. 241). Come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede consultiva

(parere 4 agosto 2016, n. 1784), la delega ha avuto ad oggetto l'“*individuazione attiva e non meramente ricognitiva dell'esistente*”, da svolgere sulla base dei principi e criteri direttivi “*desumibili*” dall'art. 20 l. n. 241, nonché dei principi europei relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che spingono verso una riduzione degli oneri esistenti. Si è trattato, dunque, di un processo di individuazione dei procedimenti integrato con un'opera di semplificazione della relativa disciplina, che ha condotto al d.lg. n. 222/2016 (decreto c.d. SCIA 2) contenente una ricognizione (elaborata nella Tabella A allegata al citato d.lg.) delle attività private e dei relativi regimi giuridici circoscritta, però, alle sole materie dell'edilizia, dell'ambiente e del commercio. Il citato d.lg. n. 222 precisa che per le attività per le quali la Tabella indica il regime della previa autorizzazione è necessario un provvedimento espresso, salva l'applicazione del silenzio assenso *ex* art. 20 l. n. 241 “*ove indicato*”: ciò non ha implicato, peraltro, il superamento della generalizzazione del silenzio assenso codificata nel 2005 (con il ritorno al rapporto tra regola — provvedimento espresso — ed eccezione — silenzio assenso — sancito nell'originario testo dell'art. 20 l. n. 241), in quanto i criteri direttivi desumibili dall'art. 20 l. n. 241 hanno conservato il ruolo di criteri interpretativi e integrativi delle nuove norme e di parametri interposti di legittimità costituzionale di esse (E. SCOTTI, *Silenzio assenso*; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI).

Ai sensi del comma 2-ter nell'art. 29 l. n. 241 (aggiunto dalla l. n. 69 del 2009), le disposizioni sul silenzio assenso costituiscono espressione della potestà legislativa esclusiva statale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, con la conseguente prevalenza su disposizioni regionali divergenti (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 luglio 2012, n. 2083).

7.1. Formazione del silenzio assenso, consumazione del potere di provvedere e autotutela. Sin dalla sua iniziale previsione in alcune leggi di settore ancor prima della l. n. 241, la peculiare modalità di conclusione del procedimento rappresentata dal silenzio assenso ha sollevato un vivace dibattito in ordine alle condizioni necessarie per la relativa formazione, alla qualificazione giuridica dell'istituto e ai poteri che residuano in capo all'amministrazione successivamente al decorso del termine del procedimento.

In merito alle condizioni necessarie per la relativa formazione, secondo un primo orientamento il silenzio assenso si forma a seguito del decorso del termine stabilito dalla legge a condizione che l'istanza sia formalmente completa della documentazione prescritta (da ultimo Cons. St., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210) e sia idonea ad avviare il procedimento (vale a dire presentata da un soggetto legittimato, alla p.a. competente). Viene rilevato, infatti, che per la formazione del silenzio è necessario che la domanda “*sia corredata dalla indispensabile documentazione prevista dalla normativa, non implicando il meccanismo del silenzio assenso alcuna deroga al potere-dovere dell'amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 della Costituzione e presupponendo quindi che l'amministrazione sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio*”

dell'autorizzazione" (Cons. St., Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2019; Id., 29 dicembre 2009, n. 8831; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 dicembre 2014, n. 486, relativa alla mancata allegazione all'istanza di permesso di costruire della dichiarazione asseverata del progettista abilitato prescritta dall'art. 20 T.U. edilizia; più recentemente Cons. St., Sez. IV, 3 febbraio 2023, n. 1177, che ribadisce l'esclusione della formazione del silenzio assenso in mancanza della predetta dichiarazione asseverata; Id., Sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4690). Onere dell'istante, pertanto, è fornire alla p.a. i dati di fatto sulla base dei quali essa possa esercitare il potere di accertamento della sussistenza dei presupposti di legge, non potendosi configurare il silenzio assenso come una deroga al potere/dovere istruttorio (Cons. St., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774).

Ferma l'imprescindibilità dei requisiti formali indicati (elementi costitutivi della fattispecie), l'eventuale insussistenza dei requisiti sostanziali (vale a dire dei presupposti e requisiti, soggettivi ed oggettivi, prescritti dalla normativa di riferimento per lo svolgimento dell'attività oggetto dell'istanza e, in generale, per l'ottenimento del bene della vita finale) non impedirebbe, invece, la formazione del silenzio assenso, ma determinerebbe l'illegittimità dei relativi effetti per contrasto con le norme che disciplinano l'attività oggetto dell'istanza in quanto requisiti di validità della fattispecie silenziosa.

Il descritto orientamento distingue, pertanto, i requisiti per la formazione del silenzio significativo — al ricorrere dei quali la p.a. perde il potere di adottare il provvedimento di diniego tardivo — dalle condizioni di legittimità dei suoi effetti — il cui difetto consente alla p.a. di adottare determinazioni alle condizioni previste per l'autotutela caducatoria (Cons. St., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774; Id., 16 dicembre 2022, n. 11034; Id., 6 dicembre 2022, n. 10691; Id., 8 luglio 2022, n. 5746; Id., Sez. V, 27 giugno 2006, n. 4114; Id., Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7012; Id., Sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805). Del resto — si osserva — qualora i requisiti sostanziali venissero considerati elementi costitutivi necessari al perfezionamento del silenzio assenso, si *“vanificherebbe in radice la finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda”* (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210; TAR Lombardia, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521 che identifica, quindi, gli elementi essenziali *“nella presentazione della domanda (...) nei termini e secondo le indicazioni di legge”* e colloca, invece, *“nell'alveo dei requisiti di validità (...) la conformità alle prescrizioni urbanistiche”* con riguardo a una domanda di titolo abilitativo edilizio; Cons. St., Sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072 che condiziona la formazione del silenzio assenso alla completezza della documentazione sì da consentire lo svolgimento da parte della p.a. di una corretta ed efficace istruttoria; Id., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774; nonché Id., 6 dicembre 2022, n. 10691 e Id., 8 luglio 2022, n. 5746, che evidenziano come *“l'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe in contrasto con il principio di “collaborazione e buona fede” (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990)”*; le due sentenze da ultimo citate precisano anche che *“dai requisiti di validità — il cui difetto (...) non impedisce il perfezionarsi della fattispecie — va distinta l'ipotesi della radicale “inconfigurabilità” giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve*

essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore", corrispondenza che non ricorre, ad esempio, in caso di istanza di permesso di costruire presentata per un intervento di demolizione e ricostruzione risultato, però, già realizzato al momento della domanda). Pertanto, una volta che il privato nel presentare l'istanza abbia rispettato gli elementi formali richiesti dalla legge per attivare il conseguente potere dell'amministrazione, a questa si impone l'obbligo di provvedere tempestivamente, pena la formazione del silenzio-assenso, "in disparte dalla sussistenza dei presupposti giuridico-sostanziali per il rilascio del provvedimento favorevole. Non a caso, al ricorrere di tale ultima evenienza, che ovviamente l'ordinamento intende scongiurare, è assegnato all'amministrazione il potere (dovere) di intervento successivo da esercitarsi nel rispetto dei presupposti e dei requisiti tipizzati nell'art. 21-nonies l. 241/1990" (Cons. St., Sez. VI, 6 dicembre 2022, n. 10691; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 2 maggio 2023, n. 1018; Id., 27 marzo 2023, n. 710).

In base a un diverso orientamento giurisprudenziale, la mancanza delle condizioni sostanziali imposte dalla legge per lo svolgimento dell'attività e il rilascio del titolo impedirebbe la formazione del silenzio assenso, con la conseguenza che la p.a. rimarrebbe titolare del potere di adottare, anche dopo la scadenza del termine, il provvedimento di diniego e di intervenire senza limiti di tempo a reprimere l'attività avviata in quanto ritenuta priva di titolo abilitante (Cons. St., Sez. VI, 23 febbraio 2023, n. 1827; Id., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 8943; Id., Sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8498; Id., Sez. VI, 22 gennaio 2021, n. 666; Id., Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2218; Id., 10 maggio 2011, n. 2759; Id., Sez. V, 11 febbraio 1999, n. 145; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 11 ottobre 2004, n. 2223 secondo cui l'atto con cui la p.a. rende nota all'interessato la mancanza di requisiti, oggettivi o soggettivi, previsti per l'espletamento dell'attività va considerato non come atto di annullamento di un provvedimento tacitamente assentito, ma come accertamento negativo della formazione del silenzio assenso sulla relativa istanza; Cons. St., Sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529, relativa a un'istanza di permesso di costruire per un progetto contrastante con la destinazione urbanistica di zona prevista dal piano urbanistico, secondo cui *"la cristallizzazione del titolo a seguito dell'inerzia dell'Ente presuppone logicamente la sussistenza di tutti i requisiti per la legittima esplicazione dell'attività edificatoria, in primis la conformità del realizzando opus alla disciplina urbanistica"*, con la conseguenza che, *"allorché (...) il progetto sia oggettivamente contrastante con le previsioni pianificatorie, non vi è spazio logico, né, prima ancora, margine giuridico, per ritenere formato per silentium il titolo edilizio"*; Id., Sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 506; Id., Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113; TAR Lazio, Sez. II-bis, 16 settembre 2019, n. 11003; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 17 gennaio 2020, n. 133 che rileva che *"il provvedimento tacito non si può ritenere formato se mancano i presupposti per la realizzazione dell'intervento edilizio, in quanto l'eventuale inerzia della p.a. non può consentire al richiedente di ottenere un'utilità che gli sarebbe invece preclusa da un provvedimento espresso"*).

La questione delle condizioni necessarie per la formazione del silenzio assenso è collegata a quella relativa alla sua natura giuridica, su cui sono state elaborate diverse tesi, oscillando i vari orientamenti tra una lettura provvedimentale e una lettura fattuale dell'istituto (su cui M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, 969).

In base a una concezione attizia, nella fattispecie è ravvisabile un provvedimento tacito formatosi in virtù di un comportamento concludente della p.a. La tesi presuppone che il silenzio possa costituire una modalità di esercizio della funzione

amministrativa e rappresentare, quindi, una normale modalità di conclusione del procedimento amministrativo, valutabile in termini di legittimità o illegittimità al pari dell'atto espresso. Tale qualificazione implica che: allo scadere vano del termine procedimentale si forma il silenzio assenso e l'eventuale difetto dei presupposti e requisiti sostanziali (come poc'anzi intesi) determina l'illegittimità del provvedimento tacito, comunque esistente; l'eventuale provvedimento di diniego tardivo è illegittimo, potendo l'amministrazione, una volta formato il provvedimento tacito, intervenire solo in autotutela *ex art. 21-nonies* l. n. 241.

Un diverso orientamento ravvisa nell'inerzia un mero fatto giuridicamente rilevante, da cui l'ordinamento fa discendere la produzione di effetti equivalenti a quelli del provvedimento di accoglimento dell'istanza. In quanto fatto, esso è qualificabile come esistente o inesistente in base alla conformità a legge sia della domanda che dell'attività da svolgere; la conformità è dunque intesa come requisito di esistenza del silenzio assenso. Tale qualificazione implica che: il silenzio assenso non si forma in difetto dei presupposti e requisiti sostanziali e il provvedimento di diniego tardivo, eventualmente adottato, non è, per il semplice fatto della tardività, illegittimo.

Infine, in base a un terzo orientamento ricorre nella specie un comportamento legalmente tipizzato, in quanto la legge tipizza l'inerzia facendone conseguire, al ricorrere dei “*requisiti essenziali*” della fattispecie, i medesimi effetti del provvedimento espresso (Cons. St., Sez. VI, 6 dicembre 2022, n. 10691): gli effetti del comportamento legalmente tipizzato condividono il regime giuridico degli effetti del provvedimento espresso e di essi può predicarsi la legittimità o l'illegittimità (da ultimo Cons. St., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774). La riferita posizione diventa di complessa applicazione pratica allorquando distingue tra requisiti essenziali per la formazione del silenzio assenso (il cui ricorrere condiziona l'esistenza del silenzio assenso) e requisiti di validità (alla cui stregua valutare la legittimità o meno degli effetti del silenzio assenso formatosi), trattandosi di distinzione empirica e non fondata sulla legge (ad esempio, Cons. St., Sez. V, 5 ottobre 1987, n. 588, con riguardo alla concessione edilizia, considera requisiti essenziali la vigenza di uno strumento urbanistico che preveda l'edificabilità dell'area e requisiti di validità l'immunità della procedura da vizi e la conformità del progetto assentito alle norme). L'orientamento diventa di più agevole applicazione nelle più recenti pronunce dove sono ricondotte ai requisiti essenziali (o di formazione) la completezza formale (alla luce della normativa di riferimento) della domanda e la legittimazione dell'istante (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210; Cons. St., Sez. VI, 6 dicembre 2022, n. 10691). Tale orientamento implica che: il silenzio assenso si forma in presenza dei suddetti “*requisiti essenziali*” o formali, mentre i requisiti sostanziali (come già scritto, coincidenti con i presupposti e requisiti, soggettivi e oggettivi, indicati dalla normativa di riferimento per l'ottenimento del bene della vita oggetto dell'istanza) identificano “*requisiti di validità*”, la cui mancanza non impedisce il formarsi del silenzio assenso, ma determina l'illegittimità dei relativi effetti (**da ultimo Cons. St., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774**).

La tesi secondo cui il silenzio assenso si forma a prescindere dal ricorrere dei requisiti sostanziali (coerentemente con i principi costituzionali ed eurounitari in tema di certezza del diritto e di legittimo affidamento e con il *favor* per la sempli-

ficazione del sistema di controllo sull'esercizio di attività economiche: M.A. SANDULLI, *Le novità*) trova ora sostegno nell'art. 20, comma 3, l. n. 241 e in recenti interventi del legislatore nell'ambito della complessiva riforma Madia (l. n. 124/2015 e relativi decreti delegati, tra cui, in particolare, il d.lg. n. 126/2016) e nel Decreto Semplificazioni n. 76/2020 (appare invece corretto ritenere che i c.d. requisiti formali — attinenti alla completezza e tempestività della domanda, nonché alla legittimazione dell'istante —, ove chiaramente indicati dalla normativa di riferimento, siano essenziali per la formazione del silenzio assenso in quanto costitutivi dell'obbligo di procedere) (gli indici normativi, sottolineati dalla dottrina — M.A. SANDULLI, *Edilizia*; ID., *Silenzio assenso* — e dalle precedenti edizioni di questo contributo, sono menzionati anche da Cons. St., Sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072; Id., Sez. VI, 6 dicembre 2022, n. 10691 e Id., 8 luglio 2022, n. 5746).

Il citato comma 3 dell'art. 20 l. n. 241, come riscritto nel 2005 (l. n. 80/2005), dispone che “*nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*”, rispettivamente relativi alla revoca e all'annullamento d'ufficio: la disposizione presuppone che il silenzio assenso, nonostante il contrasto con la normativa di riferimento, si formi, pur dando luogo a effetti illegittimi suscettibili di essere rimossi tramite l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

La citata l. n. 124/2015 ha abrogato l'art. 21, comma 2, l. n. 241, il quale sanzionava chi desse inizio a un'attività ai sensi dell'art. 20 l. n. 241 “*in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*” con le medesime sanzioni previste per lo svolgimento di attività in carenza del titolo abilitante o in difformità da esso. L'interpretazione dell'art. 21, comma 2, non era agevole: la disposizione era invocata a sostegno della tesi secondo cui in carenza dei presupposti di legge il silenzio assenso non si forma e, quindi, l'attività è effettivamente svolta senza titolo e illecita (mentre forzata risultava l'interpretazione che, allo scopo di coordinare l'art. 21, comma 2, con l'art. 20, comma 3, l. n. 241, sosteneva la necessità di rimuovere preventivamente gli effetti del silenzio assenso mediante un provvedimento di annullamento d'ufficio al fine di poter poi esercitare il potere sanzionatorio di cui all'art. 21, comma 2).

L'art. 21, comma 2, risultava essere, quindi, la conseguenza di un non corretto coordinamento sistematico con l'art. 20, comma 3: la contraddizione, come rilevato dalla dottrina, tradiva, mortificandola, la finalità di semplificazione — “*che non può essere meramente formale e deve costituire un'effettiva garanzia di agevolazione delle attività economiche*” (M.A. SANDULLI, *Le novità*). Il silenzio assenso trasferisce infatti sul soggetto istante la responsabilità della verifica della sussistenza effettiva dei presupposti per la formazione del titolo (in argomento si rinvia *supra* al contributo di M.A. SANDULLI *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cfr., inoltre, ID., *Le novità*; E. BOSCOLO, 989); ne conseguiva che, vigente il citato art. 21, comma 2, colui che fruiva del silenzio assenso era esposto a rischi maggiori rispetto a colui che fruiva di un provvedimento espresso, garantito dai limiti e dalle condizioni che l'art. 21-*nonies* pone al potere di annullamento d'ufficio (oltre che da regimi sanzionatori più miti previsti da alcune discipline di settore, come l'art. 38 T.U.

edilizia, per il caso di annullamento dell'atto di assenso illegittimo rispetto al caso di svolgimento dell'attività in assenza di titolo abilitativo).

In considerazione delle criticità che l'interpretazione dell'art. 21, comma 2, presentava, la l. n. 124 del 2015, come anticipato, ne ha disposto l'abrogazione, dando sostegno alla tesi secondo cui i requisiti sostanziali non devono essere considerati costitutivi del silenzio assenso (in argomento M.A. SANDULLI, *Controlli*; ID., *Silenzio assenso*). Il relativo difetto determina, piuttosto, l'illegittimità degli effetti del silenzio assenso comunque formatosi, a fronte del quale la p.a. è legittimata a esercitare il potere di autotutela *ex art. 21-nonies*, ma non ad adottare un provvedimento di diniego tardivo (Cons. St., Sez. VI, 6 dicembre 2022, n. 10691 e ID., 8 luglio 2022, n. 5746; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 7 aprile 2016, n. 454). L'abrogazione dell'art. 21, comma 2, sottende, quindi, un complessivo ripensamento dell'assetto dei poteri sanzionatori e repressivi postumi delle attività avviate in carenza dei presupposti sostanziali, che vengono assorbiti nel potere di annullamento d'ufficio (M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, 977E. BOSCOLO, 997; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso*), su cui *infra*.

Il d.lg. n. 126/2016 ha poi inserito nel medesimo art. 21 l. n. 241 un'ulteriore e rilevante disposizione che presuppone che la non conformità alla normativa vigente non è ostativa alla formazione del silenzio assenso: il comma 2-ter stabilisce che *“la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'articolo 20”* 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”*.

Conferma ulteriormente la tesi il comma 8-bis dell'art. 2 l. n. 241, inserito dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, in virtù del quale il provvedimento tardivo rispetto ai termini di cui all'art. 20, comma 1, l. n. 241 è *“inefficace”*, fermo restando *“quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”*. Così disponendo, il legislatore, non solo ha esplicitato che la scadenza del termine fa venire meno il potere di rigettare l'istanza (sull'esaurimento del potere, M. TRIMARCHI, 283), ma, collegando espressamente l'inefficacia dell'atto alla mera tardività e non tecnicamente alla formazione del silenzio assenso, assume a presupposto che il silenzio assenso si forma per il mero decorso del termine, a prescindere dalla sussistenza dei requisiti sostanziali richiesti dalla legge per il legittimo conseguimento del bene della vita.

L'eventuale provvedimento tardivo di diniego è dunque inefficace. Come rilevato dalla giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, Sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171), *“La previsione della categoria giuridica dell'inefficacia è funzionale, nella prospettiva semplificatoria ed acceleratoria dei procedimenti amministrativi perseguita dal legislatore, a garantire la piena operatività delle norme che già qualificano il silenzio come assenso, con la finalità di evitare che esse possano essere aggirate dall'esercizio tardivo del potere in forma espressa; vengono così sostanzialmente trasformati i termini ordinatori di conclusione dei procedimenti per i quali sia previsto il silenzio-assenso in termini perentori in relazione all'esercizio del potere decisionale di “prima istanza”, che, decorso il termine e perfezionatosi l'atto tacito di accoglimento, deve intendersi consumato, fermo restando il potere di ritiro in autotutela”*.

In precedenza in ordine alla legittimità del provvedimento tardivo si registravano due differenti orientamenti giurisprudenziali: secondo un primo orientamento il provvedimento di diniego tardivo era annullabile, in quanto non conforme alla disciplina del potere di autotutela, *sub specie* di annullamento d'ufficio,

sotto il profilo dei presupposti sostanziali e procedurali prescritti dall'art. 21-*nonies* l. n. 241 (Cons. St., Sez. V, 28 novembre 2005, n. 6649; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 7 aprile 2016, n. 454); secondo altro orientamento, minoritario, il provvedimento era nullo (per carenza di potere: Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854).

Va peraltro considerato che recente giurisprudenza, attribuendo alla novella del 2020 una funzione non chiarificatrice ma innovativa della normativa, ritiene la comminatoria dell'inefficacia applicabile solo ai provvedimenti successivi all'entrata in vigore del decreto semplificazioni, predicando la mera annullabilità degli atti precedenti (TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 16 dicembre 2022, n. 1335; TAR Liguria, Sez. I, 5 luglio 2021 n. 631.).

Nella novella del 2020 l'espresso riferimento alla "inefficacia" lascia comunque aperta la questione della condizione giuridica dell'atto e, a monte, della causa di detta inefficacia, potendo astrattamente discutersi di provvedimento valido ma inefficace, oppure annullabile (ma, di contro, si può obiettare che il provvedimento annullabile produce di regola effetti sino alla relativa rimozione), oppure illegittimo — perché tardivo — e inefficace (ricorrendo la norma in via autonoma alla categoria dell'inefficacia: C.P. SANTACROCE, 72) oppure nullo (M. CALABRÒ, *Inefficacia*; in argomento cfr. M. MACCHIA, 179). Quest'ultima tesi è sostenuta da autorevole dottrina che ravvisa nella specie tre possibili cause della nullità tra quelle elencate dall'art. 21-*septies* l. n. 241, quali: la mancanza di un elemento essenziale (nella specie rappresentato da un'istanza pendente e non ancora esitata), il difetto assoluto di attribuzione e l'ipotesi residuale degli "*altri casi espressamente previsti dalla legge*" (G. CORSO, 16).

La tesi del silenzio assenso come comportamento legalmente tipizzato (e non atto tacito) e la distinzione tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto (solo la prima integrando il difetto assoluto di attribuzione: Cons. St., Sez. II, 14 gennaio 2022, n. 272; Id., sulla carenza di potere in concreto nella specie S. VERNILE, *Ragionevole durata*, 372) inducono a prediligere l'ipotesi della nullità testuale, difettando nella specie un provvedimento che abbia esitato l'istanza, seppure fittizio, e ricorrendo una carenza di potere in concreto.

È stato anche rilevato che l'istante dovrebbe prudenzialmente adire il giudice amministrativo entro 180 giorni dalla comunicazione di tale provvedimento, per sentirne dichiarare la nullità e/o accertarne l'inefficacia, ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a. (M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso*; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 16 dicembre 2022, n. 1335 secondo cui l'atto va contestato in via di azione entro il termine decadenziale di centottanta giorni). A ulteriore rappresentazione di un quadro normativo che resta complesso, viene osservato che il provvedimento tardivo potrebbe contestare alla radice e preliminarmente la riconducibilità della domanda inevasa alle ipotesi di silenzio assenso e che, in tale caso, il provvedimento dovrebbe essere considerato non inefficace, ma produttivo di effetti e pertanto necessariamente da impugnare nel termine decadenziale di sessanta giorni qualora lo si intenda censurare (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 47).

Una volta formato il silenzio assenso, escluso il permanere in capo alla p.a. del potere di provvedere in modo esplicito con un provvedimento di diniego, l'amministrazione, per rimuovere gli effetti del silenzio significativo contrastanti con la

normativa di riferimento, può dunque esclusivamente esercitare il potere di autotutela, ai sensi dell'art. 20, comma 3.

Fino a recenti chiarimenti del legislatore non erano univoche le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza sulle modalità di esercizio del potere di annullamento d'ufficio, discutendosi, in particolare, se i presupposti e le condizioni dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* l. n. 241 (tra cui, *in primis*, la necessità che ricorrano ragioni di pubblico interesse diverse rispetto a quelle di mero ripristino della legalità violata) trovassero applicazione solo in ipotesi di rimozione di un provvedimento espresso. In alcune sentenze si leggeva che la funzione sollecitatoria cui si ispira l'istituto del silenzio assenso non può spingersi (pena il contrasto con l'art. 97 Cost.) sino a pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa, con la conseguenza che in sede di annullamento d'ufficio andava restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, le valutazioni che la p.a. avrebbe dovuto porre a fondamento dell'esercizio del potere amministrativo di primo grado (Cons. St., Sez. IV, 13 gennaio 2014, n. 1767). L'orientamento in parola rischiava di tradursi nella non effettiva praticabilità dell'istituto di semplificazione in questione, di fatto conducendo a ritenere che la formazione del silenzio assenso lasciasse comunque intatto il potere di amministrazione attiva (P.L. PORTALURI, 10).

È risultata preferibile, pertanto, la tesi che applica all'autotutela esercitata per rimuovere gli effetti illegittimi del silenzio assenso gli stessi limiti (ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole, ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati) di quella incidente sul provvedimento espresso. Il silenzio assenso è infatti idoneo a ingenerare nel privato un "affidamento" che trova conforto nel tenore letterale dell'art. 20, comma 3, l. n. 241 (Cons. St., Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, 979).

Tale conclusione ha trovato definitiva ed esplicita conferma con la l. n. 124 del 2015, il cui art. 6 è intervenuto sul testo dell'art. 21-nonies, comma 1, l. n. 241: nel delimitare il termine ragionevole di esercizio del potere di annullamento d'ufficio a un massimo di diciotto mesi (poi divenuti dodici) dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, il testo risultante dalle modifiche include espressamente anche "*i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20*" (ossia tramite silenzio assenso), così chiarendo l'applicazione anche al silenzio assenso dei presupposti e delle condizioni dell'art. 21-nonies (applicazione confermata ulteriormente nel già citato comma 8-bis dell'art. 2 l. n. 241, inserito dal d.l. Semplificazioni del 2020, il quale, nel sancire l'inefficacia del provvedimento tardivo, fa salvo "*quanto previsto dall'art. 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*").

Nonostante gli indubbi passi in avanti in punto di chiarezza della disciplina, il quadro normativo presenta persistenti profili di incertezza interpretativa.

L'art. 21, comma 1, l. n. 241, dopo aver ribadito, in chiave responsabilizzante, l'obbligo dell'interessato di dichiarare nella domanda *ex art. 20* (così come nella segnalazione *ex art. 19*) la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti, non ammette "*la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge e la sanatoria prevista dagli articoli medesimi*" per le attività avviate sulla base di dichiarazioni mendaci o false attestazioni. Il tenore letterale della disposizione potrebbe

lasciare intendere che al ricorrere delle predette circostanze il silenzio assenso non si formi, in tale modo però entrando in contraddizione con quanto attualmente prevede il comma 2-bis dell'art. 21-*nonies* — introdotto dall'art. 6 l. n. 124 del 2015 (su cui si rinvia allo specifico contributo sull'autotutela di M. SINISI) — ai sensi del quale il limite temporale massimo di dodici mesi per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è derogato qualora i provvedimenti amministrativi siano stati conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci “*per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*”: il legislatore, nel legittimare nei citati casi la p.a. ad annullare in via di autotutela anche oltre il predetto termine, assume evidentemente a presupposto che il silenzio assenso si sia formato nonostante una delle dichiarazioni o attestazioni risulti poi non veritiera (M. CALABRÒ, 47).

Non è chiaro poi se l'art. 21, comma 1, consenta di intervenire *ex post* sul titolo implicito senza limiti temporali, così come non è chiaro quale tipo di potere la norma consenta alla p.a. di esercitare (se si tratti di un potere diverso e ulteriore rispetto al potere di annullamento d'ufficio) (sulle difficoltà di coordinamento dell'art. 21, comma 1, e dell'art. 21-*nonies*, comma 2-bis, oltre al parere Cons. St., comm. spec., 4 agosto 2016, n. 1784, M. CALABRÒ, 47; M.A. SANDULLI, *Controlli*, nonché il contributo di M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, *supra*).

A ben vedere, peraltro, le due disposizioni — artt. 21, comma 1, e 21-*nonies*, comma 2-bis l. n. 241 — possono essere ricondotte a sistema considerando i vari interventi di riscrittura, da parte del legislatore, dell'art. 20 l. n. 241 cit.: l'art. 20 non contempla attualmente la sanatoria del silenzio formatosi illegittimamente, mentre il testo originario disponeva che, “*sussistendone le ragioni di interesse pubblico, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa*”. Con questo testo originario ben si coordinava l'art. 21, comma 1, che in caso di mendacio e falsità non ammette la prevista sanatoria dei vizi atta ad evitare l'annullamento dell’“atto di assenso illegittimamente formato”. Il combinato disposto delle due disposizioni, pertanto, lungi dal negare la formazione del silenzio assenso, la assumeva a presupposto anche in caso di falsità o mendacio. Sennonché, il testo dell'art. 20 è stato successivamente riscritto (dal d.l. n. 35/2005 conv. in l. n. 80/2005) senza che il legislatore procedesse opportunamente a modificare anche le pertinenti disposizioni dell'art. 21: nell'art. 20 è scomparso ogni riferimento alla sanatoria dei vizi, rimasto invece nel testo dell'art. 21, ed è stato esplicitato che i poteri esercitabili *ex post* dalla p.a. sono quelli di autotutela ai sensi degli artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies*.

Ne risulta, quindi, che: a prescindere dalla posizione che si voglia assumere sulla effettiva portata dell'art. 21, comma 1 (su cui si rinvia ai contributi di M.A. SANDULLI sulla s.c.i.a. e di M. SINISI sull'autotutela), con riferimento al silenzio assenso la disposizione non può essere citata a sostegno della tesi che nega la formazione del silenzio assenso in caso di falsità e mendacio; va ricondotta al paradigma dell'art. 21-*nonies* anche la reazione alla falsità e mendacio di cui all'art. 21, comma 1, non riguardando quest'ultima disposizione poteri ulteriori rispetto a quelli di intervento *ex post* alle condizioni dell'art. 21-*nonies* l. n. 241.

L'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, solleva un ulteriore problema interpretativo per i casi di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà false. La disposizione, infatti, nel prevedere una deroga al ricordato limite temporale di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio di provvedimenti conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato, fa salve le "sanzioni penali" e le "sanzioni previste dal Capo VI del testo unico di cui al d.P.R. n. 445 del 2000". Nel richiamato Capo VI del d.P.R. n. 445 del 2000, l'art. 75 prevede che, se in sede di controllo amministrativo emerge la non veridicità del contenuto di una dichiarazione sostitutiva, il dichiarante decade dai "benefici" conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

La misura, da intendere come operante *ex nunc*, è vincolata, prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante, attestandosi unicamente sul dato oggettivo della non veridicità, e non subordina la decadenza ad alcuna pregiudiziale penale, né al rispetto di alcun termine (Cons. St., Sez. III, 20 febbraio 2018, n. 1091; Id., Sez. V, 9 aprile 2013, n. 1933, che rileva che "la dichiarazione *non veritiera*" al di là dei profili penali, ove ricorrano i presupposti del reato di falso, nell'ambito della disciplina dettata dalla l. n. 445 del 2000, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione o comporta la decadenza dall'utilitas conseguita per effetto del mendacio", e che "in tale contesto normativo, in cui la *dichiarazione falsa o non veritiera* opera come fatto, perde rilevanza l'elemento soggettivo ovvero il dolo o la colpa del dichiarante"). Il c.d. "Decreto Rilancio" (d.l. n. 34 del 2020 convertito in l. n. 77 del 2020), all'art. 264, comma 2, lett. a), ha poi aggiunto un comma 1-*bis* nel citato art. 75, ai sensi del quale "La dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati...". La "revoca", avendo ad oggetto i benefici già erogati, si sovrappone all'annullamento d'ufficio, operante *ex tunc*, senza richiedere però i medesimi rigorosi presupposti, anche temporali, del secondo.

Nel rinviare al contributo di M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale, supra*, ci si limita qui a rilevare che le disposizioni citate stridono, nella misura in cui trovano applicazione a prescindere dalla colpa del dichiarante, con la recente tendenza del legislatore a garantire una maggiore stabilità dei titoli, generando un'incertezza che nello specifico caso del silenzio assenso è aggravata dalla mancanza di garanzia che l'istruttoria sia effettivamente svolta dalla p.a. L'esito è quello di un'eccessiva autoresponsabilità oggettiva del dichiarante (M.A. SANDULLI, *Controlli*; Id., *Edilizia*; Id., *Silenzio assenso*), come evidenziato, in termini generali non strettamente attinenti al silenzio assenso, da TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 30 gennaio 2020, n. 92 che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale del citato art. 75, comma 1, per contrasto con i principi di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza di cui all'art. 3, comma 2, Cost., dichiarata inammissibile da C. cost., 7 ottobre 2021, n. 190 (in argomento si rinvia ai contributi di M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale, supra*, e di M. SINISI, *infra*).

7.2. Silenzio assenso, dovere di provvedere e tutela dell'istante. Ulteriore questione collegata al silenzio assenso è se il silenzio possa rappresentare una forma fisiologica di manifestazione di volontà dell'amministrazione.

Al riguardo, secondo una parte della dottrina il silenzio assenso corrisponde, "sul piano sostanziale, ad un consenso silenzioso e, sul piano procedimentale, ad un modo

(*alternativo al provvedimento formale*) di conclusione del procedimento” (F.G. SCOCA, *Il silenzio*). Per altra parte della dottrina — che si riferiva, però, all’art. 20 l. n. 241 nella formulazione precedente alla generalizzazione del silenzio assenso introdotta nel 2005 — la fase decisoria viene a trovare in questi casi una soluzione alternativa (ma non fisiologica), che “*produce ex lege gli stessi effetti che avrebbe prodotto l’atto autorizzatorio richiesto*”, così rimediando a una patologia amministrativa (V. CERULLI IRELLI).

La trasformazione nel 2005 del silenzio assenso in istituto di carattere generale costituisce argomento rilevante a sostegno della prima ricostruzione, consentendo di ritenere che il silenzio assenso costituisca un’eccezione tipica — e, quindi, una legittima deroga (A. POLICE, 285) — all’obbligo di provvedere con provvedimento espresso di cui all’art. 2 l. n. 241. La situazione soggettiva della p.a. mutebbe, quindi, da “dovere” di provvedere in “onere” di provvedere, essendo l’amministrazione tenuta a provvedere in maniera espressa nei soli casi in cui intenda impedire il venire in essere dell’assetto di interessi astrattamente previsto dalla norma come compatibile con l’interesse pubblico e richiesto dal privato.

Sennonché, il Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. St., comm. spec., parere n. 1640/2016, cit.) ha sottolineato “*la natura “patologica” e la valenza fortemente negativa che connota il silenzio amministrativo ...*”, evidenziando che “*il meccanismo del silenzio assenso si basa su una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell’inerzia amministrativa, che viene stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio (...) la più grave delle sanzioni o il più efficace dei “rimedi”, che si traduce, attraverso l’equiparazione del silenzio all’assenso, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento*”. Il silenzio assenso sarebbe dunque un rimedio — posto a favore della posizione del privato — alla violazione del dovere (che non viene “dequotato” in onere), in chiave soddisfattiva dell’interesse privato (M. CALABRÒ, 37; Cons. St., Sez. VI, 6 dicembre 2022, n. 10691 e Id., 8 luglio 2022, n. 5746, che precisano che “*il silenzio-assenso non costituisce una modalità “ordinaria” di svolgimento dell’azione amministrativa, bensì costituisce uno specifico “rimedio” messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell’amministrazione*”; Id., Sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072).

Peraltro, a prescindere dalla tesi cui si aderisca in merito al *dovere di provvedere*, rimane fermo che la presentazione della domanda determina in capo alla p.a. il *dovere di procedere* a un’istruttoria adeguata, in esito alla quale, qualora emerga il difetto dei requisiti necessari per ottenere legittimamente il provvedimento, l’amministrazione ha il dovere di adottare tempestivamente il provvedimento negativo (incorrendo altrimenti nelle conseguenti responsabilità e, dunque, ponendo altrimenti in essere un comportamento anti-giuridico; in argomento, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774). La regola del silenzio assenso, quindi, non apporta modifiche alla struttura normale del procedimento, se non nella sua fisiologica definizione (M. D’ORSOGNA, R. LOMBARDI, 971), come dimostra, ad esempio, il richiamo dell’art. 10-*bis*, sul preavviso di rigetto, contenuto nel comma 5 dell’art. 20. Stante la differenza tra semplificazione e liberalizzazione, la semplificazione attuata con l’art. 20 “*non muta la 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*” (M. CALABRÒ, 41-43).

Alla questione se il silenzio assenso costituisca, o meno, un'eccezione tipica al dovere di provvedere espressamente è collegata quella se possa essere tutelato attraverso il ricorso avverso il silenzio della p.a. *ex* artt. 31 e 117 c.p.a. l'interesse del soggetto istante a ottenere un provvedimento espresso.

Il minoritario orientamento favorevole all'esperibilità del ricorso avverso il silenzio poggia sulla tesi secondo cui l'obbligo di provvedere convive con la possibilità di formazione del silenzio significativo, inteso come comportamento legalmente tipizzato che prescinde dalla sussistenza della volontà dell'atto, oppure, in termini più generali, poggia su esigenze di certezza nello svolgimento di attività economiche e di sicurezza sulla legittimità dell'attività da intraprendere (TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 11 luglio 2013, n. 2064; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 10 gennaio 2014, n. 200).

Risulta prevalente, però, la tesi che giudica inammissibile l'eventuale ricorso proposto, dal momento che l'oggetto del giudizio speciale è costituito dall'inerzia della p.a. non diversamente qualificata dalla legge (silenzio-inadempimento), mentre nei casi di cui all'art. 20 il problema dell'inerzia è risolto a monte dal legislatore (Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 15 marzo 2017, n. 3500).

L'orientamento trova ulteriore sostegno nella previsione dell'inefficacia del provvedimento tardivo (art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990) e nella conseguente consumazione del potere.

Secondo parte della giurisprudenza sarebbe proponibile, dinanzi al g.a., l'azione atipica di accertamento dell'intervenuta formazione del silenzio assenso (Cons. St., Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, che ritiene ammissibile tale azione, pur atipica, in quanto fondata sulle norme, immediatamente precettive, dettate dagli artt. 24 e 113 Cost.; Cons. St., Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; TAR Liguria, Sez. I, 25 giugno 2014, n. 1005; TAR Molise, Sez. I, 17 agosto 2016, n. 340; cfr., inoltre, Cons. St., Sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805 che, aderendo alla tesi secondo cui il silenzio assenso si forma indipendentemente dall'esistenza in concreto dei presupposti per il legittimo esercizio dell'attività, precisa che la sentenza di accertamento *“accerta unicamente la formazione del provvedimento implicito di assenso, nella presunzione iuris tantum della presenza dei presupposti richiesti ..., ma non accerta anche la legittimità di questo, posto che tale accertamento consegue solo all'esame di specifici motivi di ricorso afferenti alla legittimità del provvedimento implicito con riferimento al “merito” dello stesso”*).

Altra giurisprudenza ritiene che, decorso il termine per la formazione del silenzio assenso, debba essere riconosciuta rilevanza giuridica all'interesse ad avere un titolo autorizzatorio documentale del soggetto che abbia a tale fine presentato un'ulteriore motivata apposita istanza di rilascio del titolo cartaceo (avente natura ricognitiva e non costitutiva: M. CALABRÒ, 57): *“il fatto che l'effetto autorizzatorio discenda in modo diretto e immediato dal silenzio assenso non è 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 della stessa amministrazione”* (TAR Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 16 maggio 2016, n. 5789, relativa a una fattispecie in cui l'istanza di rilascio del permesso di costruire in forma cartacea era giustificata dall'esigenza di avere contezza del termine finale dei lavori e dell'esatta determinazione degli oneri di costruzione e di urbanizzazione dovuti, di avviare le pratiche bancarie e

finanziarie propedeutiche all'inizio dei lavori, di conservare copia del titolo in cantiere durante i lavori, di effettuare il trasferimento del bene; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 17 ottobre 2016, n. 4727; per una fattispecie in cui si evidenzia l'interesse a un provvedimento esplicito, siccome necessario per dimostrare il possesso di un requisito richiesto in una procedura di evidenza pubblica, quale l'iscrizione in uno specifico albo, cfr. Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 199, dove si legge che *“ai fini di integrare il requisito per la gara non era sufficiente che fosse trascorso quel termine per la formazione del silenzio assenso, in quanto il mero dato temporale 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, vale a dire su elementi soggettivi essenziali circa la qualità dell'aspirante al contratto pubblico”*).

Non si può del resto non tenere conto della frequente complessità del quadro normativo di riferimento per lo svolgimento di attività soggette ad autorizzazione. Ad esempio, nel settore edilizio la correttezza dell'auto-qualificazione della categoria di intervento edilizio e dell'auto-valutazione di conformità agli strumenti urbanistici e ai vincoli compiute dall'istante rappresenta questione spesso opinabile, in relazione alla quale il soggetto istante può avere interesse, per ragioni di certezza, a optare per il rilascio di un titolo edilizio espresso, anche negativo, da parte dei competenti uffici comunali (TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2019, n. 725).

La posizione di chi beneficia del silenzio assenso non è pienamente identica a quella del soggetto istante che abbia ottenuto un provvedimento espresso, e ciò tanto nei rapporti con la p.a. procedente — nulla garantendo che nel termine procedimentale un'effettiva istruttoria vi sia stata, con conseguente maggiore probabilità di un intervento in autotutela (M. CLARICH, *Manuale*, 249) — quanto nei rapporti con soggetti terzi, pubblici e privati — stante la non facile dimostrazione della formazione del silenzio assenso e quindi del possesso effettivo del titolo (M. CALABRÒ, 44, che trae da tale considerazione ulteriore conferma della ricostruzione del silenzio assenso quale sanzione avverso l'inerzia la cui previsione non fa venir meno il dovere di provvedere espressamente nel termine; M.A. SANDULLI, *Controlli*; ID., *Edilizia*; ID., *Silenzio assenso*; ID., *Addenda*; A. POLICE, *Dai silenzi significativi*, 34, che sottolinea anche la più efficace giustiziabilità del provvedimento espresso; M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 47).

Del resto, per la s.c.i.a. edilizia il legislatore ha previsto espressamente, all'art. 22, comma 7, T.U. edilizia, la facoltà del privato di richiedere il rilascio del permesso di costruire per interventi che sarebbero realizzabili con la mera presentazione della segnalazione, in tale modo valorizzando a livello normativo le esigenze di certezza di chi intraprende l'intervento. Anche la Corte costituzionale, nel censurare una legge regionale che, disallineandosi dai principi fondamentali di cui al citato T.U. in tema di d.i.a. (ora s.c.i.a.) alternativa al permesso di costruire, non prevedeva per alcuni interventi la facoltà di scelta tra d.i.a. e permesso di costruire (imponendo l'uso del primo titolo), ha evidenziato, richiamando il predetto art. 22, comma 7, che l'ordinamento statale attribuisce *“una particolare considerazione all'interesse del privato a munirsi di un assenso esplicito — anche a garanzia della migliore certezza delle situazioni giuridiche”* (C. cost., 3 novembre 2016, n. 231).

La rilevanza dell'interesse dell'istante ad avere certezza sulla formazione del silenzio assenso ha ricevuto esplicito riconoscimento con il decreto semplificazioni *bis* che, nel 2021, ha inserito nell'art. 20 l. n. 241 del 1990 un comma 2-*bis* ai sensi del quale, nei casi in cui il silenzio equivale a provvedimento di accoglimento, l'amministrazione è tenuta a rilasciare “un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda”. A prescindere dall'attestazione, restano fermi “gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso”, a conferma della natura meramente ricognitiva dell'attestazione (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 49).

La disposizione riprende, con alcune integrazioni, quella in precedenza introdotta dal decreto semplificazioni del 2020 con esclusivo riferimento alla materia edilizia. È stata infatti inserita nell'art. 20 T.U. edilizia (recante la disciplina del procedimento di rilascio del permesso di costruire) la previsione secondo cui, “fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego ...”. Il riconoscimento della rilevanza dell'interesse è, in tale caso, parziale in quanto l'attestazione attiene unicamente al *decorso dei termini*, mentre la disposizione non aiuta a fornire una risposta alla questione dei presupposti della formazione del silenzio assenso (in ciò tradendo l'obiettivo dichiarato nella Relazione illustrativa che attribuisce alle nuove norme il compito di fornire “certezza del formarsi del silenzio assenso”) e al quesito se sussista un obbligo di provvedere in maniera espressa in capo alla p.a. a fronte di una specifica istanza in tale senso dell'interessato.

La disposizione inserita nel 2021 nella legge generale sul procedimento amministrativo è più dettagliata e collega esplicitamente (tramite la congiunzione “*pertanto*”) al decorso del termine l’“*intervenuto accoglimento della domanda*”, fornendo argomento ulteriore — a quelli indicati nel par. 7.1 — a favore della formazione del silenzio assenso a prescindere dal ricorrere dei presupposti sostanziali per la legittimità del provvedimento tacito (sul rapporto tra la disposizione del T.U. edilizia e quella recata dalla legge generale sul procedimento cfr. TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 26 novembre 2022, n. 15822, secondo cui alla domanda di permesso di costruire rimasta inevasa si applicherebbe esclusivamente la prima in quanto disciplina speciale e autosufficiente, con la conseguenza che l'attestazione comunale “*ha ad oggetto il mero decorso del tempo e l'insussistenza di richieste istruttorie inevase e di atti di diniego senza alcun riferimento all'avvenuta formazione del silenzio assenso*” e non è surrogabile da una autodichiarazione del privato prevista, invece, dalla disposizione della legge n. 241 e illustrata nel prosieguo).

Il comma 2-*bis* dell'art. 20 l. n. 241 non prevede un adeguato sistema sanzionatorio in caso di inottemperanza all'obbligo di rilasciare l'attestazione (col probabile esito che esso rimanga non onorato: M.A. SANDULLI, *Addenda*). A fronte di tale lacuna, non risulta soddisfacente rispetto alle esigenze di certezza la surrogabilità, decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, dell'attestazione con una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà sottoscritta dal privato *ex art.* 47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La previsione, sebbene consenta — in combinato con le modifiche recate dal decreto semplificazioni agli artt. 2 e 71 d.P.R. n. 445/2000 che impongono ai privati di accettare le autocertificazioni — di confezionare

un atto spendibile nei rapporti con i terzi, desta preoccupazione alla luce della posizione di estremo rigore mostrato dalla giurisprudenza sulle autodichiarazioni (su cui il contributo di M.A. SANDULLI, *La semplificazione della procedura documentale mediante dichiarazioni sostitutive*): sul privato è trasferita la responsabilità di autodichiarare l'“*intervenuto accoglimento*” della domanda, con tutti i rischi (di indebita confusione tra falsa dichiarazione e errore di diritto) evidenziati nel citato contributo di M.A. SANDULLI e aggravati dalla mancanza di un definitivo chiarimento da parte del legislatore sulla irrilevanza ai fini della formazione del titolo della conformità alla normativa sostanziale dell'oggetto della domanda (M. RAMAJOLI, *I silenzi*, 51).

Come evidenziato dalla dottrina (M.A. SANDULLI, *Addenda*; ID., *La “trappola”*; ID., *Edilizia*), la possibilità di autodichiarazione rischia di tradursi in una “trappola” per chi, senza intento fraudolento, in un contesto normativo notoriamente incerto e complesso (tanto che, come illustrato nel par. 6.2 ed evidenziato da M.A. SANDULLI, *Addenda*, il legislatore nel 2020 ha ridotto l'ambito delle responsabilità dei dipendenti pubblici), oltre ad avviare l'attività ritenendo formato il silenzio assenso, dichiara ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000 che la sua istanza è stata implicitamente accolta, restando esposto, nell'ipotesi in cui l'amministrazione o un giudice ritenga invece che il silenzio assenso non si sia formato per mancanza di uno dei requisiti necessari, non solo alle sanzioni per l'esercizio di un'attività equiparata a quelle svolte senza titolo (art. 21, comma 1), ma anche alle conseguenze previste per aver reso una dichiarazione non veritiera.

7.3. Silenzio assenso e preavviso di rigetto. La giurisprudenza ritiene che la formazione del provvedimento tacito non possa essere impedita — formandosi il provvedimento favorevole per volontà della legge — dalla avvenuta comunicazione del preavviso di rigetto *ex* art. 10-*bis* l. n. 241 (Cons. St., Sez. III, 5 novembre 2014, n. 5455).

A tale conclusione si perviene anche seguendo l'orientamento che qualifica il silenzio assenso quale rimedio, in un'ottica sanzionatoria, al ritardo della p.a. Risulta minoritario l'orientamento che, implicitamente assumendo a presupposto la natura provvedimentale del silenzio significativo, ritiene che il preavviso introdurrebbe un elemento di complicazione nel processo decisionale che deve costituire oggetto di espressa valutazione (Cons. St., Sez. IV, 17 dicembre 2008, n. 6237); la successiva inerzia della p.a. perderebbe, cioè, quel carattere di univocità reputato indispensabile per il maturarsi del silenzio significativo.

8. Semplificazione e inerzia della p.a.: limiti all'applicazione degli istituti di semplificazione in relazione ad attività discrezionali e a interessi primari. Il silenzio assenso ha ricevuto l'esplicito avallo della Corte costituzionale, per la quale “*al legislatore non è affatto preclusa, sul piano costituzionale, la qualificazione in termini di silenzio-assenso del decorso del tempo entro il quale l'amministrazione competente deve concludere il procedimento e adottare il provvedimento*” (C. cost., ord. 30 settembre 2011, n. 258). L'affermazione, svolta espressamente “*in linea di principio*”, va però ridimensionata alla luce di altre pronunce in cui vengono fissati limiti alla previsione del silenzio assenso. L'istituto di semplificazione è ammesso, infatti, in pro-

cedimenti connotati da un limitato tasso di discrezionalità o da attività vincolata, contribuendo alla celerità e tempestività dell'azione amministrativa (C. cost., 15 novembre 1988, n. 1033): nel caso di atti dovuti, l'intervento della p.a. è in funzione di controllo della sussistenza dei requisiti prescritti dalle norme recanti una disciplina dell'attività cui i privati possono autonomamente conformarsi; nei casi di attività limitatamente discrezionale, il silenzio assenso si giustifica per il rilievo attribuito a esigenze di celerità e semplificazione dell'azione amministrativa, aventi per il giudice costituzionale valore di "*principio fondamentale di diretta derivazione comunitaria*" (C. cost., 27 luglio 2005, n. 336).

Il limite connesso al contenuto discrezionale dell'atto è stato formulato dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare, con riguardo a procedimenti complessi concernenti l'adozione e la successiva approvazione di piani urbanistici. La Corte costituzionale, mentre ha giudicato legittima la previsione in una legge regionale del silenzio assenso in caso di inerzia regionale in fase di approvazione di un piano attuativo avente carattere meramente esecutivo rispetto al contenuto del piano comunale generale (C. cost., 17 dicembre 1997, n. 404), ha invece censurato ipotesi di silenzio assenso in procedimenti caratterizzati da "*elevata discrezionalità*", come quelli relativi a programmi integrati d'intervento, abilitati a contenere previsioni in contrasto con quelle degli strumenti urbanistici sovraordinati (C. cost., nn. 393/1992, 408/1995, 26/1996).

Si discute, inoltre, sulla compatibilità con la Costituzione di previsioni di silenzio assenso in procedimenti riguardanti interessi sensibili (per tali tradizionalmente intendendo la tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio, dei beni storico-artistici e della pubblica incolumità e, in generale, interessi a rilevanza costituzionale). Recentemente il Consiglio di Stato ha evidenziato come dalla giurisprudenza costituzionale non sia evincibile un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, "*limitandosi (essa) ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale*" e sancendo la preclusione per il legislatore regionale di introdurre ipotesi di silenzio assenso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge statale nei procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili (Cons. St., comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640; Cons. St., Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 17).

Pertanto, in alcune delle pronunce della Corte costituzionale il riferimento all'incompatibilità tra silenzio assenso e interessi sensibili è stato comunque svolto come supporto motivazionale o incidentalmente.

Nella sentenza n. 307/1992 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che consentiva lo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi senza autorizzazione al ricorrere di determinate condizioni, non solo per lo specifico contrasto con la legge statale, ma — seppure a mero supporto — in quanto la normativa nazionale e quella comunitaria, "*secondo l'interpretazione giurisprudenziale, escludono anche la possibilità di una autorizzazione implicita o tacita e il ricorso all'istituto del silenzio assenso proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti (artt. 32 e 9 della Costituzione)*". Nella già citata sentenza n. 26/1996, in tema di approvazione regionale di programmi integrati di riqualificazione, la Corte, sulla base del rilievo che l'approvazione regionale cui si applicherebbe il silenzio assenso sostituirebbe anche le autorizzazioni di competenza regionale in tema di vincoli idrogeologici,

forestali e paesaggistici, ha evidenziato come per il profilo ambientale “*opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita mentre il silenzio dell'amministrazione preposta a vincolo ambientale non può avere valore di assenso*”; alcune delle norme richiamate dalla Corte costituzionale, al fine di ricavarne il predetto principio, sono tutt'ora vigenti, quali, tra le altre, gli artt. 16, comma 3, 17, comma 2, l. n. 241 del 1990 (su cui *infra*). Nella sentenza n. 194/1993, in tema di stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi, la Corte, pur rilevando un contrasto con l'art. 117 Cost., nell'iter argomentativo ha escluso la legittimità di una disposizione regionale che prevedeva il silenzio assenso “*in una fattispecie nella quale, attesa la natura degli interessi protetti e le finalità da raggiungere, cioè la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente protetti (artt. 9 e 32 della Costituzione) e stante l'obbligo dell'osservanza di direttive comunitarie ..., sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi per evitare danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati*” (considerazioni analoghe si leggono nella sentenza n. 437/1992).

Più recentemente, la Corte costituzionale nella sentenza 28 novembre 2022, n. 236 ha dichiarato l'illegittimità di una legge regionale nella parte in cui, con riguardo ad aree gravate da usi civici — e, conseguentemente, da vincolo paesaggistico *ex lege* ai sensi dell'art. 142 d.l.g. n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) —, prevedeva che nei procedimenti di liquidazione, di affrancazione di fondi e di legittimazione di occupazioni *sine titulo* il silenzio dell'amministrazione competente equivallesse ad assenso, rilevando che “[u]na tale semplificazione di procedimenti che necessitano, per il loro contenuto e il loro incidere su beni di rilievo paesaggistico, ambientale e culturale, di controlli effettivi, non surrogabili con il mero trascorrere del tempo, determina la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.”.

Un limite all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso allorquando vengano in rilievo procedimenti attinenti a interessi sensibili può trarsi più chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale che si è occupata di valori costituzionalmente primari (G. SCIULLO, *Interessi differenziati*, il quale, rilevata la mancanza di una definizione degli stessi, osserva come nella categoria la Corte costituzionale abbia incluso la tutela del paesaggio, della salute e dell'ambiente; in argomento G. MARI, *Primarietà*; F. MARTINES). La Corte costituzionale (sentenza n. 196/2004, in tema di condono edilizio) ha specificato che la ‘primarietà’ (intesa come “*insusctibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici*”: C. cost., 27 giugno 1986, n. 151), se non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, origina però la necessità che tali valori siano sempre presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni.

In altri termini, la ‘primarietà’ degli interessi che assurgono alla qualifica di ‘valori costituzionali’ implica l'esigenza di una loro compiuta ed esplicita rappresentazione nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative. In particolare, per le decisioni amministrative la “*compiuta ed esplicita rappresentazione*” richiede che, nello svolgimento del procedimento amministrativo, gli interessi vengano assunti in sede istruttoria,

considerando tutti gli elementi di fatto che li connotano, e in sede decisionale, con valutazione della loro oggettiva consistenza (G. SCIULLO, *Interessi differenziati*).

La doverosità della “*compiuta ed esplicita rappresentazione*” si pone in contrasto con la previsione di forme di silenzio assenso.

Anche il giudice europeo ha affermato in diverse occasioni che, se il procedimento coinvolge interessi di particolare complessità, il silenzio con valore di accoglimento non consente la realizzazione di indagini preliminari o successive e di controlli, necessari per un'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti (C UE, 28 febbraio 1991, causa 360/87, Commissione c. Repubblica italiana; Id., 19 settembre 2000, C-287/98, Linster). Per quanto il giudice comunitario abbia rilevato il contrasto con specifiche previsioni di direttive che in casi particolari non hanno ammesso l'esercizio tacito del potere, da tali pronunce è ricavabile il principio generale per cui dove è necessaria un'espressa valutazione amministrativa per garantire effettività alla normativa comunitaria il silenzio assenso non può operare (F. SCALIA, 14). La previsione del silenzio assenso darebbe adito al rischio che l'amministrazione non svolga quell'attività istruttoria imposta per la tutela di particolari valori e interessi (C UE, 28 febbraio 1991, cit.; Cons. St., Sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591).

Nonostante tali indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria, il legislatore, nell'ambito della già citata riforma Madia complessivamente intesa (l. n. 124/2015 e relativi decreti delegati), si è discostato dall'impostazione tradizionale basata sul riconoscimento di una tutela rafforzata degli interessi sensibili nel procedimento che si concretizzava nella previsione di un regime di specialità nell'uso degli strumenti di semplificazione previsti nella l. n. 241 (regime di specialità che ha suggerito la qualificazione di tali interessi come “*differenziati*”: G. SCIULLO, *Interessi differenziati*).

Tradizionalmente gli istituti contemplati nel Capo IV, rubricato “*Semplificazione dell'azione amministrativa*”, della l. n. 241 — quali la conferenza di servizi (art. 14 e ss.), l'attività consultiva (art. 16), l'acquisizione di valutazioni tecniche (art. 17), la s.c.i.a. (art. 19) e il silenzio assenso (art. 20) — hanno ricevuto nella disciplina generale dei procedimenti relativi a interessi sensibili un'applicazione prudente e in alcuni casi (come il silenzio assenso provvedimentale o verticale di cui all'art. 20) sono stati del tutto esclusi. Tale cautela è dovuta alla necessità di evitare che, nell'intento di accelerare i tempi di svolgimento del procedimento o di impedire l'effetto paralizzante di comportamenti omissivi di amministrazioni chiamate ad esprimere pareri o valutazioni tecniche, si produca il sacrificio di apporti istruttori o decisionali all'interno di procedimenti che investono interessi di rilievo costituzionale.

Diversamente da questa impostazione tradizionale, la riforma Madia è intervenuta in maniera incisiva anche sulla disciplina sostanziale e procedurale degli interessi sensibili. Il riferimento è: al silenzio assenso orizzontale tra pp.aa. (*infra*, par. 9.3), applicabile *ex art. 17-bis* l. n. 241 anche nel caso in cui l'atto di assenso — di una p.a. su uno schema di provvedimento predisposto da altra p.a. — che non sia pervenuto nei termini sia di competenza di amministrazioni preposte a interessi sensibili; alla riscritta disciplina della conferenza di servizi (caratterizzata dalla previsione del silenzio assenso in caso di mancata partecipazione o partecipazione non collaborativa o costruttiva anche di amministrazioni preposte a interessi sensibili, dal fatto che il dissenso di una p.a. preposta a un interesse sensibile

non è più ostativo alla conclusione positiva della conferenza simultanea sulla base del criterio della prevalenza, nonché dalla figura del rappresentante unico in conferenza) (G. SCIULLO, *Interessi differenziati*; P. CARPENTIERI).

Quella che è stata definita come una fuga in avanti nella “guerra di logoramento” degli interessi sensibili, sempre più parificati a quelli ordinari (F. DE LEONARDIS), è la conseguenza del combinato operare di due fattori: 1) la trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino (M.R. SPASIANO)) a bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati (D. D'ORSOGNA; M. BOMBARDELLI); 2) l'attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di “*primarietà*” associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi.

Quanto al primo fattore, l'obiettivo della semplificazione amministrativa e l'evoluzione che il relativo processo ha subito sono associati alla attuale congiuntura economica negativa: l'esigenza di efficienza della p.a. richiede una revisione dei modelli dell'azione amministrativa, comportando la crisi economica una riduzione delle risorse disponibili nel settore pubblico; inoltre, l'obiettivo della competitività del ‘sistema Paese’ richiede che sia garantita la conclusione dei procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e rapidi, cioè la tempestività dell'azione amministrativa, poiché il fattore tempo è una variabile essenziale della programmazione finanziaria privata di cui è necessaria la ragionevole prevedibilità (inerzia e ritardi rappresentano un imprevisto, impedendo l'inizio dell'attività programmata o la riprogrammazione degli investimenti in caso di non spettanza del bene della vita). In tale contesto, la funzione della semplificazione è sciolta dai suoi naturali termini di relazione, divenendo un bene isolato rispetto agli interessi sostanziali alla cui garanzia proporzionata dovrebbe essere strumentale l'esercizio semplificato del potere amministrativo (P. MARZARO, *La semplificazione sproporzionata*). Quanto al secondo fattore, le novità sul trattamento procedimentale degli interessi sensibili poggiano sulla recente evoluta declinazione dell'attributo di “*primarietà*” ad essi associato, inteso non più in modo astratto e aprioristico come primazia in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali. La combinazione dei due fattori ha condotto il legislatore a scelte alla cui base vi è la considerazione della semplificazione come interesse da valorizzare cercando un nuovo equilibrio nel bilanciamento con gli interessi sensibili.

Va però considerato che la “*primarietà*” — ancorché intesa non più come prevalenza in astratto, ma come impossibilità di subordinazione in astratto ad altro valore o interesse — si traduce comunque, seppure più limitatamente, nell'esigenza di una “*compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte (...) amministrative*” (C. cost., n. 196/2004, cit.). L'interesse primario, anche se in questa evoluta declinazione non è sottratto al bilanciamento in concreto da parte del potere legislativo ed esecutivo con altri principi — tra cui quello allo sviluppo economico, protetto dall'art. 41 Cost. e dalla normativa eurounitaria —, è tuttavia connotato da uno *status* speciale

che si compendia nella garanzia della “*considerazione necessaria*” (G. SCIULLO, *Gli interessi sensibili*. G. MARI, *Primarietà*).

È alla luce di tali considerazioni che vanno interpretate — ove sussistano i margini di una interpretazione costituzionalmente orientata — e valutate le norme orientate alla semplificazione (con riguardo all'interpretazione dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 *infra* par. 9.3).

9. Silenzi endoprocedimentali. Mentre il silenzio provvedimentale attiene all'atto conclusivo del procedimento amministrativo, il silenzio procedimentale attiene alla mancata adozione di un atto endoprocedimentale nel termine prestabilito (su tale distinzione B. TONOLETTI, 174). A fronte di questa seconda evenienza, per prevenire l'arresto dell'*iter* procedimentale l'ordinamento ha predisposto — disciplinandoli nella l. n. 241 — alcuni rimedi, quali il silenzio facoltativo, il silenzio devolutivo e il silenzio assenso endoprocedimentale.

9.1. Silenzi facoltativi e devolutivi nell'ambito dell'istruttoria. Sino a una recente modifica, l'art. 16 (“*Attività consultiva*”) l. n. 241 prevedeva una forma di silenzio facoltativo, stabilendo che in caso di vano decorso del termine entro cui rendere un parere obbligatorio fosse in “*facoltà*” della p.a. richiedente (e, quindi, del responsabile del procedimento) procedere indipendentemente dall'espressione del parere; il parere obbligatorio era dunque un atto endoprocedimentale a richiesta obbligatoria, ma ad acquisizione necessaria solo entro i termini previsti, decorsi i quali diveniva un contributo ad acquisizione facoltativa. Sussisteva, invece, un vero e proprio obbligo di procedere prescindendo dal parere in caso di mancato rilascio, nel termine massimo, di pareri facoltativi.

Mentre in caso di pareri obbligatori l'esigenza di tempestività del provvedimento non poteva a priori comportare il sacrificio della completezza dell'attività amministrativa, in caso di pareri facoltativi, non essendo essi normativamente ritenuti fondamentali al fine di mettere l'amministrazione decidente nelle condizioni di adottare provvedimenti legittimi, era prevista la relativa prescindibilità in caso di ritardo (in argomento M. OCCHIENA, N. POSTERARO, 52).

La richiesta di parere — anche quando esso sia obbligatorio — non comporta, del resto, la sospensione del termine di conclusione del procedimento (l'art. 2, comma 7, l. n. 241 non richiama, infatti, l'art. 16, ma unicamente l'art. 17 in tema di valutazioni tecniche).

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (Decreto semplificazioni) ha espunto la decritta forma di silenzio facoltativo, estendendo a tutti i pareri — indistintamente, facoltativi od obbligatori essi siano — l'obbligo della p.a. procedente di procedere prescindendo dall'apporto consultivo non reso nel termine, allo scopo di accelerare la conclusione del procedimento (e, quindi, attribuendo in astratto prevalenza alle esigenze di semplificazione e accelerazione dell'attività amministrativa rispetto alla garanzia di assunzione di provvedimenti finali di qualità, ossia frutto di un'adeguata ponderazione degli interessi, cui la richiesta di pareri — consistenti in atti di apprezzamento e di giudizio — è diretta) (C. VIDETTA, 127).

La scadenza vana del termine per rendere il parere non comporta, però, la consumazione del potere consultivo: mancando nel citato art. 16 un'espressa

previsione di decadenza, il decorso del termine ha il solo effetto di obbligare la p.a. procedente a concludere il procedimento senza attendere il parere (in argomento V. PARISIO, *La funzione*, 820). L'eventuale parere tardivo che intervenga a procedimento concluso è comunque inefficace, non potendo più svolgere la funzione propria di introdurre valutazioni nel procedimento (esso, tuttavia, potrebbe stimolare interventi in autotutela della p.a. procedente).

Diversamente, qualora il parere tardivo sia reso a procedimento non ancora concluso, la p.a. procedente non può non tenerne conto (M. OCCHIENA, N. POSTERARO, 53). Tale conclusione trova conforto nella mancata menzione dei pareri tardivi tra gli atti sanzionati con l'inefficacia nel comma 8-*bis* dell'art. 2 l. n. 241/1990, inserito dal Decreto semplificazioni nel 2020.

Dall'ambito applicativo dell'art. 16 vanno esclusi i pareri vincolanti, in considerazione della relativa natura di atti di volizione — che li rende assimilabili agli atti di codecisione —, e non di giudizio (in argomento V. PARISIO *La funzione*, 818; Cons. St., comm. spec., n. 1640/2016, cit.), svolgendo essi una funzione determinante, conformativa, sul contenuto del provvedimento finale. Non mancano, tuttavia, interpretazioni diverse secondo cui i pareri vincolanti sono comunque manifestazioni di giudizio — rientranti quindi nell'attività consultiva — cui è la legge a riconnettere peculiari effetti di vincolo nei confronti dell'organo decidente; gli effetti del vincolo si producono pertanto *ex lege*, mentre il parere mantiene la natura di atto preparatorio, come tale da ricondurre alla disciplina dell'art. 16 citato (M.G. DELLA SCALA, 533).

Il primo degli orientamenti citati trova supporto nell'attuale testo dell'art. 14, comma 2, l. n. 241 che menziona i “*pareri*” tra gli atti di assenso comunque denominati la cui plurima necessità impone di indire la conferenza di servizi decisoria.

L'art. 16 non trova applicazione (ai sensi del comma 3) in caso di pareri da rilasciarsi da parte di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini. L'eccezione alla regola generale della prescindibilità è giustificata dalla preminenza dei valori indicati, la cui tutela costituisce un limite alla piena applicazione dell'istituto di semplificazione amministrativa (*supra* par. 8). Lo stallo del procedimento può essere ovviato in tali casi attraverso il rimedio del ricorso avverso il silenzio (ma le norme di settore potrebbero prevedere ulteriori rimedi all'inerzia), dalla giurisprudenza giudicato ammissibile anche in caso di silenzio endoprocedimentale (TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 28 gennaio 2010, n. 46: “*l'esclusione del rimedio (...) determinerebbe un irreparabile vulnus agli interessi di coloro che siano soggetti alla potestà amministrativa che provocherebbe il sospetto di incostituzionalità del precetto per violazione dell'art. 24 Cost. Pertanto, l'unica interpretazione è quella costituzionalmente orientata*”, nel senso di ritenere che le disposizioni sul rito speciale avverso il silenzio inadempimento vadano interpretate estensivamente, ricomprendendo anche gli atti endoprocedimentali esclusi dalla disciplina dei primi commi degli artt. 16 e 17 l. n. 241/1990).

Delle valutazioni tecniche si occupa il successivo art. 17, il quale prevede una forma di silenzio devolutivo (o sostituzione indiretta, agendo l'autorità decidente in via sostitutiva attraverso la sollecitazione di un organo o ente terzo) consentendo (*rectius* imponendo) al responsabile del procedimento di rivolgersi, in caso di inerzia della p.a. consultata, ad altri organi dell'amministrazione pubblica o a

enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti o a istituti universitari. Diversamente da quanto previsto dall'art. 16, in tale caso l'inerzia comporta la surrogazione dell'organo inadempiente (N. AICARDI), avendo il legislatore considerato imprescindibile — in ogni caso e quale che sia l'interesse pubblico coinvolto — l'apporto della tecnica ai fini del corretto completamento dell'istruttoria. La distinzione tra pareri e valutazioni tecniche, per quanto possa in concreto non essere agevole, dal punto di vista teorico è fondamentale per comprendere la diversa disciplina: se entrambi si collocano in una fase antecedente a quella di formazione della decisione, i pareri si inseriscono nel procedimento a chiusura dell'istruttoria, avendo la relativa acquisizione la funzione di procurare elementi per valutare le risultanze dell'istruttoria stessa; le valutazioni tecniche involgono, invece, l'accertamento di presupposti specifici o fatti rilevanti per la completezza dell'istruttoria (M. OCCHIENA, N. POSTERARO, 39; V. PARISIO, *La funzione*, 817; C. BARBATI, 63; C. VIDETTA, *La riforma*, 123; in giurisprudenza cfr. TAR Toscana, Sez. I, 16 gennaio 2020, n. 36).

L'art. 2, comma 7, l. n. 241 attribuisce alla richiesta di valutazione tecnica portata sospensiva del termine finale di conclusione del procedimento principale. La sospensione impedisce anche la formazione del silenzio assenso, come chiaramente indicato dall'art. 20 che richiama l'art. 2, comma 7.

Il vano decorso del termine per rendere la valutazione tecnica non determina la decadenza del potere; ne consegue che la valutazione tecnica tardiva non è, in ragione della sola tardività, illegittima. La valutazione tardiva che intervenga prima che l'organo investito in via suppletiva si pronunci è dunque valida ed efficace: ritenere che l'investitura dell'organo in via suppletiva esautorì il potere (con conseguente obbligo del responsabile di attendere comunque la definizione del subprocedimento da parte del secondo organo adito) mortificherebbe, infatti, l'obiettivo di accelerazione sotteso al rimedio.

La previsione del silenzio devolutivo è delimitata dalle medesime eccezioni relative agli interessi sensibili previste dal già citato art. 16, con previsione secondo alcuni ultronea dato che il rimedio surrogatorio sarebbe comunque idoneo a salvaguardare gli interessi sensibili coinvolti (N. AICARDI, 846)

9.2. Silenzio assenso in conferenza di servizi. Rinviando per la completa trattazione della conferenza di servizi allo specifico contributo, è però opportuno menzionare, tra i rimedi all'inerzia endoprocedimentale, la forma di silenzio assenso endoprocedimentale che gli artt. 14-bis e 14-ter l. n. 241 prevedono sia nella conferenza di servizi semplificata che in quella simultanea, rispettivamente per l'ipotesi di mancata comunicazione della determinazione o di comunicazione di una determinazione priva dei requisiti prescritti (dall'art. 14-bis, comma 3), nella prima, o di mancata partecipazione o partecipazione non collaborativa, nella seconda.

Il silenzio assenso endoprocedimentale non incontra eccezioni, nemmeno relativamente agli interessi sensibili. La mancata eccezione ha sollevato un vivace dibattito, traducendosi il rimedio nella sottrazione di interessi costituzionalmente rilevanti alla relativa rappresentazione e valutazione concreta in seno alla conferenza. Il sacrificio della rappresentazione e valutazione di tali interessi si scontra con la già citata giurisprudenza costituzionale (*supra* par. 8) che dalla primarietà a essi riconosciuta sul piano costituzionale fa discendere la necessità di una loro

rappresentazione nei concreti bilanciamenti operati sia dal legislatore che dall'amministrazione.

Le perplessità in ordine alla prevalenza assicurata alla conclusione del procedimento rispetto ad altri, pur costituzionalmente rilevanti, interessi sono tali da aver portato attenta dottrina a prospettare un'interpretazione costituzionalmente corretta del silenzio assenso tale per cui l'inerzia non avrebbe il significato di una tacita valutazione di non contrarietà alla luce dell'interesse sensibile curato, ma avrebbe l'effetto di non precludere alla p.a. procedente di assumere la determinazione conclusiva della conferenza; in tale modo, l'amministrazione procedente sarebbe comunque tenuta a inserire nella complessiva valutazione finale la rappresentazione e la valutazione di tale interesse (G. SCIULLO, *'Interessi differenziati'*: il quale osserva che si tratterà di una valutazione *"allo stato degli atti"*, operata sulla base degli elementi emersi nell'istruttoria e nel corso dei lavori della conferenza, e sulla base di un livello di conoscenze in ipotesi non all'altezza di quello che l'amministrazione rimasta silente avrebbe assicurato).

Tale soluzione conduce al miglior equilibrio possibile tra efficienza dell'azione amministrativa — che non tollera situazioni paralizzanti — e sua efficacia (intesa come equilibrato apprezzamento di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti nella situazione concreta), ma rischia di non essere idonea a fornire all'interesse sensibile una tutela che, per essere adeguata e proporzionata, richiede il rispetto dei principi di competenza e di specializzazione. Il dato letterale rende inoltre complesso ammettere questa valutazione da parte della p.a. procedente: per entrambi i tipi di conferenza la nuova disciplina contiene l'espressa e incondizionata clausola di equivalenza all'assenso *"senza condizioni"* (artt. 14-bis, comma. 4, e 14-ter, comma 7, l. n. 241/1990); nella conferenza asincrona il comma 5 dell'art. 14-bis dispone che alla scadenza del termine di durata dei lavori della conferenza l'amministrazione procedente adotta la determinazione di conclusione positiva entro cinque giorni lavorativi *"qualora abbia acquisito esclusivamente atti di assenso non condizionato, anche implicito"* (pur essendo il termine meramente sollecitatorio, il tenore letterale sembra escludere che l'amministrazione procedente, a fronte del silenzio di quella preposta alla cura dell'interesse sensibile, possa procedere a una compiuta ed espressa valutazione di tale interesse prima di assumere l'atto conclusivo; analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo alla conferenza simultanea sulla base del tenore letterale del comma 7 dell'art. 14-ter) (G. MARI, *'Primarietà'*, 321). Depone, inoltre, a favore della equivalenza a una valutazione positiva l'espressa qualificazione di *inefficacia* delle determinazioni delle amministrazioni convocate rese oltre il termine assegnato in caso di conferenza asincrona o successivamente all'ultima riunione in caso di conferenza simultanea, contenuta nel comma 8-bis dell'art. 2 l. n. 241 inserito dal Decreto Semplificazioni n. 76 del 2020: la previsione *"mira a risolvere il problema degli 'atti tardivi' e a garantire la piena efficacia della regola del silenzio assenso"* (Relazione illustrativa).

Ulteriore perplessità che la previsione del silenzio assenso solleva origina dalla constatazione che nelle ipotesi di conferenza indetta ai sensi dell'art. 14, comma 2 secondo capoverso, l. n. 241 — vale a dire nelle ipotesi in cui *"l'attività del privato è subordinata a più atti di assenso, comunque denominati da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche"* e dunque di procedimenti autonomi ma reciprocamente connessi rispetto all'attività o al risultato —,

per il tramite della previsione dell'immediata obbligatorietà della conferenza semplificata — che però, in quanto asincrona, reale conferenza non è difettando la contestualità —, si introduce indirettamente, nella sostanza, il silenzio assenso provvedimentale anche su provvedimenti riguardanti interessi sensibili, in contraddizione con quanto previsto dall'art. 20, comma 4, l. n. 241. La differenza di disciplina non può ritenersi giustificata per il solo fatto che nella conferenza si sia al cospetto, in virtù del coordinamento procedimentale, di una decisione pluristrutturata e, dunque, il silenzio sia — solo — 'formalmente' procedimentale e non provvedimentale (G. MARI, *'Primarietà'*, 323).

9.3. Silenzio assenso tra *pp.aa.*

9.3.a. Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione. L'art. 17-bis l. n. 241, inserito dalla l. n. 124 del 2015, art. 3 (Legge Madia) nel capo IV sulla "*Semplificazione dell'azione amministrativa*" della l. n. 241, ha introdotto il "*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*" (così l'originaria rubrica dell'articolo), quale istituto di applicazione generale, stabilendo che nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso entro trenta giorni dal ricevimento dello "*schema di provvedimento*" da parte dell'amministrazione procedente; decorso inutilmente il termine, l'assenso si intende acquisito.

Il Decreto semplificazioni del 2020 (che ha inserito il già più volte citato comma 8-bis nell'art. 2 l. n. 241) sancisce l'inefficacia dell'eventuale atto di assenso tardivo.

La locuzione "*provvedimenti (...) amministrativi*" utilizzata dal legislatore consente di includere nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 17-bis qualsiasi esplicazione di potere pubblico suscettibile di estrinsecarsi nell'adozione di un atto nominato, in grado di incidere unilateralmente sull'altrui sfera giuridica, a prescindere dal profilo soggettivo (e, quindi, dalla pluralità o determinatezza dei destinatari incisi), dagli effetti producibili (se espansivi o limitativi dell'altrui sfera giuridica) o dagli interessi pubblici tutelati (Cons. St., Sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559, che quindi ritiene la norma applicabile anche agli atti amministrativi generali).

La disposizione del 2015 ha generalizzato una forma di silenzio assenso procedimentale (definito silenzio assenso *orizzontale*), mentre il silenzio assenso provvedimentale, relativo all'inerzia amministrativa nei procedimenti ad istanza di parte e rilevante nei rapporti verticali tra p.a. e privati (per questo definito silenzio assenso *verticale*), continua ad essere regolato dall'art. 20 della l. n. 241 (*supra* par. 7) con le relative peculiarità (tra cui, ai sensi del comma 4, l'esclusione dalla generalizzazione del silenzio significativo degli atti riguardanti alcuni indicati interessi sensibili, esclusione che, si anticipa, non è prevista dall'art. 17-bis) (sull'applicabilità dell'art. 17-bis al solo silenzio assenso orizzontale P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso*, 92; C. cost., 22 luglio 2021, n. 160).

Gli istituti del silenzio assenso provvedimentale e di quello procedimentale, per quanto rispondano ad analoghe esigenze di semplificazione e di trasparenza dell'azione amministrativa, sollevano a livello di sistema problematiche diverse, relative, rispettivamente, all'equilibrio tra tutela della legalità e dell'interesse pubblico e garanzia dell'affidamento dei cittadini, da un lato, e salvaguardia dell'integrità delle competenze e delle attribuzioni delle amministrazioni, dall'altro lato.

Alla disposizione che ha introdotto il silenzio assenso tra pp.aa. è stata riconosciuta dal Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. St., comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640) “*portata sistematica*” e “*valore di principio*”, assimilabile per impatto, nell'ambito della complessiva riforma Madia entro cui si colloca, alle modifiche apportate all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 (in tema di annullamento d'ufficio): come queste ultime identificano una nuova regola generale che riforma i rapporti della p.a. con i privati, ponendo limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini allo scopo di consolidare — con la previsione del limite temporale massimo di diciotto mesi (poi ridotti a dodici) per l'annullamento d'ufficio di autorizzazioni — le situazioni soggettive dei privati in ossequio ai valori della trasparenza e della certezza, così l'art. 17-*bis* esprime una seconda regola generale, relativa ai rapporti interni tra pp.aa. in tutti i casi in cui il procedimento è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata perché la legge prescrive che la decisione finale dell'amministrazione procedente sia preceduta dall'assenso di altra p.a. La disposizione, infatti, introduce un rimedio preventivo all'inerzia endoprocedimentale, impedendole di avere l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale, così concorrendo all'obiettivo di favorire la conclusione tempestiva dei procedimenti amministrativi, attuando il valore costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e il principio della trasparenza (v. anche Cons. St., Sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559, cit.).

La disposizione incide sui tempi dell'azione amministrativa, con la previsione di un termine unico di 30 giorni. Il secondo meccanismo di semplificazione, collegato al termine unico, consiste nella equiparazione del silenzio all'assenso, con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento, “*in un'ottica di stigmatizzazione dell'inerzia*” e in una visione del silenzio significativo quale sanzione o rimedio (Cons. St., comm. spec., n. 1640/2016, cit.; Cons. St., Sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293).

L'art. 17-*bis* è applicabile a tutte le pp.aa., ivi inclusi regioni ed enti locali. La disciplina del silenzio assenso è riconducibile, infatti, alla potestà legislativa esclusiva statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni, *ex* art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. (in argomento C. cost., 27 giugno 2012, n. 164). L'art. 29, comma 2-*ter*, l. n. 241, nella parte in cui riconduce ai livelli essenziali delle prestazioni le disposizioni concernenti, tra l'altro, il silenzio assenso, utilizza una formula idonea ad abbracciare sia il silenzio nei procedimenti ad istanza di parte *ex* art. 20 sia il silenzio tra amministrazioni (sebbene l'art. 17-*bis* sia sopravvenuto, esso mira infatti ai medesimi obiettivi di semplificazione e di accelerazione cui è finalizzato il silenzio assenso provvedimentale). Nell'ambito di applicazione vanno incluse — come indicato nel citato parere n. 1640/2016 — anche Regioni a statuto speciale e Province autonome di Trento e Bolzano, in quanto il limite dei livelli essenziali delle prestazioni costituisce un'applicazione del principio di uguaglianza (C. cost., 20 luglio 2012, n. 20) e in quanto tra i limiti previsti negli statuti speciali alla

potestà legislativa primaria degli enti ad autonomia speciale vi è quello delle grandi riforme socio-economiche o dei principi generali dell'ordinamento, cui il Consiglio di Stato ha ricondotto l'istituto in esame (in argomento C. cost., 27 luglio 2005, n. 336; Id., 24 luglio 2012, n. 207).

Estremizzando le esigenze di semplificazione dei procedimenti amministrativi, il silenzio assenso previsto dall'art. 17-*bis* è applicabile, come anticipato, anche quando l'atto di assenso sia richiesto a un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini: l'unica mitigazione, a tutela di tali interessi sensibili, è rappresentata dalla previsione di un termine maggiore (su cui C. cost., 27 dicembre 2018, n. 246), pari a 90 giorni (salvi però i termini diversi — in ipotesi anche più brevi — previsti da disposizioni di legge o dai provvedimenti di cui all'art. 2 l. n. 241) (C. VIDETTA, 143). Costituiscono espressa eccezione al silenzio significativo solo i casi in cui l'ordinamento eurounitario richiede l'adozione di provvedimenti espressi.

L'estensione del silenzio assenso orizzontale agli interessi sensibili solleva perplessità (tra i primi commentatori F. DE LEONARDIS), da un lato, in relazione alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia da cui è possibile trarre argomenti contrari al silenzio assenso quando gli interessi coinvolti siano di rango costituzionale (*supra* par. 8) e, dall'altro lato, per l'incoerenza con quanto previsto per il silenzio assenso provvedimentale dall'art. 20, comma 4, l. n. 241. Si tratta di perplessità respinte dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (parere n. 1640/2016 cit.) che, riguardo alla giurisprudenza costituzionale, ha evidenziato come da essa non sarebbe evincibile un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, "*limitandosi (essa) ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale*" e a sancire la preclusione per il legislatore regionale di introdurre ipotesi di silenzio assenso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge statale nei procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili. In argomento si rinvia peraltro a quanto osservato, in chiave critica, *supra* al paragrafo 8. Sulla seconda perplessità, concernente l'incoerenza rispetto a quanto previsto per il silenzio assenso provvedimentale, si rinvia al paragrafo successivo e all'interpretazione dell'ambito di applicazione del silenzio assenso procedimentale ivi proposta.

9.3.b. Delimitazione della fase procedimentale di applicazione: fase decisoria.

Conseguenze. Il silenzio assenso previsto dall'art. 17-*bis* interviene nella fase *decisoria* del procedimento, come è dato evincere dal riferimento testuale allo "*schema di provvedimento*" — quale oggetto di trasmissione all'amministrazione chiamata a esprimere l'assenso —, nonché dal necessario coordinamento con quanto previsto dagli artt. 16 e 17 l. n. 241 relativi ad atti consultivi e valutazioni tecniche da acquisire nella fase istruttoria (v. *supra* par. 9.1) (P. MARZARO, *Il coordinamento*).

Il Consiglio di Stato, nel più volte citato parere n. 1640/2016, ha chiarito che "*il riferimento allo schema di provvedimento implica che si sia già chiusa la fase istruttoria, dovendosi ritenere che siano proprio le risultanze dell'istruttoria a consentire all'amministrazione procedente l'elaborazione dello schema di decisione sul quale l'amministrazione interpellata esprimerà il proprio assenso*". Pertanto, l'istituto in esame "*è destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza co-decisoria*". Tra gli

atti aventi valenza co-decisoria vengono espressamente menzionati dal Consiglio di Stato i pareri vincolanti (tradizionalmente esclusi, come osservato al paragrafo 9.1, dall'ambito di applicazione dell'art. 16 l. n. 241).

A tale ultimo riguardo non mancano, tuttavia, interpretazioni divergenti fornite dalla giurisprudenza, come si darà conto più avanti.

Il silenzio assenso *ex art. 17-bis* non trova applicazione, pertanto, ai pareri non vincolanti e alle valutazioni che nell'ambito dell'istruttoria in procedimenti a struttura complessa l'amministrazione procedente debba acquisire da altre amministrazioni.

Allo scopo di evitare che il silenzio significativo si traduca in una rinuncia alla cura nel caso specifico dell'interesse assegnato alla p.a. rimasta inerte, in ipotesi anche interesse sensibile, il Consiglio di Stato, nel parere n. 1640/2016 cit., ha evidenziato che, *“quanto alla fase decisoria”, “anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente”*. La precisazione, cauta e non ulteriormente sviluppata (sulla cui *“ambiguità”* P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili*, 438), potrebbe far intendere, come sostenuto (G. SCIULLO, *Interessi differenziati*), che la qualificazione *ex lege* in termini di silenzio assenso procedimentale dell'inerzia non sia pienamente equipollente a una esplicita valutazione dello schema di provvedimento in termini positivi in relazione all'interesse curato, ma abbia esclusivamente l'effetto di non precludere all'amministrazione procedente di adottare il provvedimento previa rappresentazione e ponderazione da parte della stessa amministrazione procedente dell'interesse non rappresentato dalla p.a. che ne ha cura (configurandosi, quindi, una fattispecie di silenzio devolutivo).

Sennonché, proprio la prevista applicabilità di tale silenzio assenso anche agli interessi sensibili dovrebbe condurre a una diversa interpretazione che tenga conto della giurisprudenza costituzionale, esaminata nel paragrafo 8, in tema di *‘primarietà’* e di garanzie per l'interesse primario in cui essa si traduce (identificate nella compiuta ed esplicita rappresentazione dell'interesse nel procedimento). Tale diversa interpretazione conduce a delimitare rigorosamente l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 17-bis, così da giustificare il diverso trattamento degli interessi sensibili rispetto a quanto previsto per il silenzio assenso provvedimentale (relativo ai rapporti verticali tra p.a. e istante) dall'art. 20 l. n. 241 e da assicurare la rappresentazione degli interessi nel procedimento, evitando che l'istituto di semplificazione si trasformi in una generalizzata previsione di silenzio devolutivo in spregio dei principi della competenza e della specializzazione (principi il cui rispetto relativamente agli interessi sensibili, implicanti principalmente valutazioni espressive di discrezionalità tecnica, si impone affinché rappresentazione e ponderazione possano definirsi *“compiute”* come prescritto dalla Corte costituzionale).

Tali considerazioni inducono a ritenere che il silenzio assenso procedimentale, poiché attiene ai soli casi in cui una p.a. debba acquisire l'assenso di altra amministrazione su uno *“schema di provvedimento”* predisposto dalla prima, riguardi le ipotesi in cui debba essere formulata una valutazione sul contenuto di un atto nel corso dell'istruttoria per la preparazione del quale la rappresentazione e la ponderazione dell'interesse curato *anche* dalla seconda amministrazione (dotata di un potere di co-decisione) sono già state svolte (G. MARI, *Primarietà*).

In base a questa interpretazione, l'istituto non è applicabile, oltre che nei procedimenti a struttura complessa di cui si è detto, anche nei procedimenti collegati relativi a provvedimenti di assenso autonomi funzionali a consentire lo svolgimento di una medesima attività e costituenti l'esito di distinte valutazioni di amministrazioni competenti a curare distinti interessi (cfr. M. CLARICH, *Manuale*, 256: “*si parla di procedimenti collegati (o connessi) in tutti i casi in cui una pluralità di procedimenti, da avviare in sequenza o in parallelo, sono funzionali ad un risultato unitario*”; in caso di procedimenti collegati in sequenza “*la conclusione di quello antecedente con un provvedimento autonomo è condizione per l'avvio di quello successivo in vista del risultato finale*”; in caso di procedimenti collegati in parallelo, “*il collegamento ... è di tipo funzionale, nel senso che la conclusione positiva di ciascuno di essi è necessaria per l'avvio di una determinata attività o l'ottenimento di un certo risultato*”). Inoltre, l'atto di assenso comunque denominato non può ritenersi acquisito per *silentium* quando abbia ad oggetto profili e interessi pubblici sottratti alla valutazione dell'amministrazione procedente e devoluti ad altra amministrazione, dotata di competenza e specializzazione specifiche (Cons. St., Sez. III, 20 giugno 2018, n. 3783). Detta interpretazione restrittiva garantisce che l'istruttoria sia effettiva e completa e tutti gli interessi coinvolti siano rappresentati e valutati.

In definitiva, in base all'interpretazione fornita, l'art. 17-bis troverebbe applicazione nei soli casi di cogestione o di potere decisorio attribuito a due diversi apparati pubblici entrambi competenti a curare il *medesimo* specifico interesse (in tale senso Cons. St., Sez. III, 20 giugno 2018, n. 3783: “*la compartecipazione decisionale di plurime Amministrazioni, cui allude l'art. 17-bis ... presuppone, da un punto di vista sostanziale, l'attribuzione congiunta alle stesse della tutela di un comune interesse pubblico e, da un punto di vista procedimentale, l'esercizio condiviso della stessa: l'amministrazione da interpellare, ai fini dell'adozione del provvedimento finale, non partecipa quindi alla fase istruttoria del procedimento ... sul presupposto che essendo unico l'interesse pubblico da tutelare ed unitariamente affidato alle Amministrazioni coinvolte, l'acquisizione dei fatti rilevanti per la sua corretta e compiuta valutazione è stata (presumibilmente) già operata dall'amministrazione procedente, che sulla base delle sue risultanze ha appunto confezionato lo 'schema di provvedimento'*”; in senso contrario alla tesi qui sostenuta Cons. St., Sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293, secondo cui “*la presenza di una fase co-decisoria necessaria di competenza di plurime amministrazioni denota come l'istituto in esame, di regola, sia applicabile qualora la decisione finale sia idonea ad incidere su plurimi interessi pubblici, ciascuno assegnato alla cura di un'amministrazione differente*”, ne consegue che nel meccanismo dell'art. 17-bis l'amministrazione procedente debba valutare, in caso di inerzia dell'amministrazione chiamata a rendere l'assenso, i vari interessi coinvolti nell'esercizio del potere, ivi compreso l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito; sulle perplessità che tale lettura della disposizione solleva si è già riferito *supra*).

Seguendo l'interpretazione fornita, trova allora giustificazione il diverso trattamento degli interessi sensibili previsto dagli artt. 20 e 17-bis l. n. 241, in termini, rispettivamente, di esclusione e di inclusione dall'ambito di applicazione dell'istituto di semplificazione, risultando altrimenti incomprensibile il motivo per cui il meccanismo del silenzio assenso nei confronti delle amministrazioni sensibili, mentre non può operare nei procedimenti su istanza di parte, sia invece applicabile in caso di inerzia endoprocedimentale (la spiegazione è che in tale secondo

caso vi è comunque un'amministrazione legalmente competente alla cura dell'interesse sensibile che prende in considerazione tale interesse, coerentemente con la giurisprudenza costituzionale in tema di interessi primari riferita al paragrafo 8).

L'art. 17-*bis* non trova inoltre applicazione nei procedimenti a iniziativa di parte che si svolgono presso una determinata amministrazione competente a ricevere la domanda del privato, ma rispetto ai quali la competenza sostanziale è di altra amministrazione, non potendo nella specie tecnicamente essere ravvisato un rapporto di co-decisione tra pp.aa. Il riferimento è allo sportello unico, quale istituto di semplificazione già previsto in edilizia o in caso di avvio di attività produttive, e attualmente generalizzato dall'art. 19-*bis* l. n. 241.

Così individuato l'ambito oggettivo di applicazione del silenzio assenso *ex* art. 17-*bis*, è necessario chiarire il rapporto con l'ambito oggettivo della conferenza di servizi.

L'art. 14, comma 2, l. n. 241 prescrive l'immediata obbligatorietà della conferenza di servizi decisoria quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di "più" atti di assenso, comunque denominati, resi da amministrazioni diverse e quando l'attività del privato sia subordinata a "più" atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse.

In base alla ricostruzione fornita poc'anzi dei procedimenti cui trova applicazione l'art. 17-*bis*, la possibile sovrapposizione tra i due istituti — silenzio assenso tra pp.aa. e conferenza di servizi — riguarda le ipotesi di conferenza di servizi uni-procedimentale, vale a dire le ipotesi in cui vi è una sola p.a. procedente e le pp.aa. convocate non sono chiamate a svolgere una competenza finalizzata all'emanazione di un provvedimento distinto. Stando al tenore letterale dell'art. 14, comma 2, citato, l'art. 17-*bis* trova applicazione quando la p.a. procedente deve acquisire l'assenso di una sola altra amministrazione, mentre l'obbligo di indire la conferenza di servizi sussiste quando devono essere acquisiti assensi da parte di "più" (almeno due) amministrazioni.

L'art. 17-*bis* non chiarisce se la p.a. il cui assenso si sia formato in via tacita sia titolare del potere di autotutela. Chiarimenti al riguardo sono stati forniti dal Consiglio di Stato nel già citato parere n. 1640/2016, per il quale la soluzione varia tenendo conto della distinzione tra due fasi: *a*) la fase compresa tra la formazione del silenzio assenso e l'adozione del provvedimento finale e *b*) la fase successiva all'adozione del provvedimento. Nella prima fase, ammettere il potere dell'amministrazione, il cui assenso è stato acquisito *per silentium*, di intervenire in autotutela significherebbe consentirle di eludere il rimedio predisposto all'inerzia, potendo questo essere neutralizzato da un ripensamento unilaterale fino all'adozione del provvedimento finale. Nell'ottica del principio di leale collaborazione tra amministrazioni, il Consiglio di Stato ha però evidenziato che la p.a. concertante può segnalare a quella procedente ragioni di legittimità o di opportunità che precluderebbero l'adozione del provvedimento finale, potendo in tale caso l'amministrazione procedente decidere comunque di avvalersi del silenzio assenso e di adottare il provvedimento finale, "*assumendosene la responsabilità*". Tale ultima indicazione è superata in ragione della — già illustrata — qualificazione espressa di inefficacia della determinazione tardiva relativa all'atto di assenso, contenuta nel comma 8-*bis* dell'art. 2 l. n. 241 inserito dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (qualificazione che è

finalizzata, secondo quanto illustrato nella Relazione illustrativa, a risolvere il problema degli atti tardivi e garantire efficacia alla regola del silenzio assenso).

Nella seconda delle indicate fasi trova applicazione il principio del *contrarius actus*, per cui — come previsto per la conferenza di servizi (art. 14-*quater*, comma 2, l. n. 241) — l'esercizio del potere di autotutela deve seguire il medesimo procedimento dell'atto oggetto di riesame, condotto dalla p.a. precedente e con invio dello schema di provvedimento all'amministrazione chiamata a rendere il proprio assenso.

L'art. 17-*bis*, al comma 2, dispone poi che, in caso di mancato accordo tra le "amministrazioni statali" coinvolte nel procedimento finalizzato all'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunta dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. In tale parte la disposizione si riferisce al caso in cui l'amministrazione chiamata a rendere il proprio assenso non rimanga inerte, ma comunichi nel termine il proprio dissenso sullo schema di provvedimento o una proposta di modifica (Cons. St., comm. spec., n. 1640/2016, cit.: la norma "disciplina un meccanismo sostitutivo che presuppone il dissenso espresso, che, dunque, non si applica per definizione nelle ipotesi di silenzio assenso che costituiscono l'oggetto specifico dell'art. 17-*bis*").

La descritta modalità di superamento del dissenso non trova applicazione nelle ipotesi in cui dissenziente sia una p.a. non statale, per le quali nulla è previsto. Del resto, risulta difficile ammettere un intervento sostitutivo unilaterale dello Stato in mancanza della previsione di forme di coinvolgimento delle amministrazioni dissenzienti (P. MARZARO, *Leale collaborazione*, 20).

Come osservato dalla dottrina (P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili*, 436; ID., *Leale collaborazione*, 20), la disposizione si collega alla genesi dell'art. 17-*bis*, pensato in origine per le fattispecie degli atti di concerto o comunque frutto di una codecisione che coinvolgessero due amministrazioni statali, come decreti interministeriali attuativi di disposizioni primarie; l'inserimento nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione dell'attuale comma 3 ne ha ampliato l'oggetto e determinato la conseguente citata lacuna.

La disposizione, presupponendo la possibilità che si configuri un mancato accordo e predisponendo un meccanismo di superamento del dissenso per pervenire alla decisione finale, ha anche originato un orientamento del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. VI, n. 7293/2022) secondo cui l'art. 17-*bis* troverebbe applicazione alle sole ipotesi in cui l'amministrazione precedente non sia vincolata a recepire le modifiche richieste, con conseguente esclusione, tra le altre, delle fattispecie in cui l'atto di assenso abbia natura di parere vincolante: la disposizione, quindi, presupporrebbe "un potere decisionale distribuito tra plurime Amministrazioni, tutte abilitate ad intervenire sul contenuto del provvedimento finale, suscettibile di essere adottato solo previo accordo tra le parti pubbliche co-decidenti" (nel caso di specie il Consiglio di Stato ha escluso l'applicazione del silenzio assenso procedimentale all'inerzia della soprintendenza competente a rendere un parere vincolante nel procedimento di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 d.lg. n. 42 del 2004).

Non pare tuttavia possibile attribuire alla previsione del rimedio — applicabile per le ragioni dette ai soli casi di dissenso espresso tra amministrazioni statali

— l'effetto di delimitare l'ambito di applicazione del silenzio assenso procedimentale: il rimedio al dissenso trova applicazione qualora la tipologia di assenso richiesto abbia un'efficacia non vincolante e dunque tale da poter far sorgere un mancato accordo e una stasi non altrimenti superabile; in caso di efficacia vincolante, invece, non sussistono in radice le premesse per il configurarsi di un "mancato accordo".

9.4. Silenzio dell'amministrazione proponente nei rapporti con l'amministrazione richiedente. Il citato d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ha integrato anche il testo dell'art. 17-bis l. n. 241, disciplinando, con finalità di accelerazione e semplificazione dei procedimenti, un'ulteriore fattispecie di inerzia relativa a decisioni pluristrutturate, diversa rispetto a quella — esaminata nel paragrafo precedente — serbata da una p.a. chiamata ad esprimere un atto di assenso su uno schema di provvedimento predisposto dall'amministrazione procedente.

La disposizione introdotta nel 2020 riguarda le c.d. "*decisioni su proposta*" (su cui E. CASETTA, 564; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, 373) e prevede un rimedio successivo all'inerzia dell'amministrazione proponente.

Viene in primo luogo fissato un termine per la trasmissione della proposta: quando per l'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, l'amministrazione proponente ha un termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta per trasmettere la proposta (art. 17-bis, comma 1, secondo periodo). Il termine può essere interrotto una sola volta per esigenze istruttorie rappresentate dall'amministrazione proponente.

In secondo luogo, a rimedio dell'eventuale inerzia è previsto che, decorso vanamente il predetto termine, è facoltà della p.a. decidente procedere prescindendo dalla proposta (che si tratti di facoltà e non obbligo pare desumersi dal tenore letterale: "*può comunque procedere*" è la formula usata, diversa dal "*procede*" utilizzato con riguardo ai pareri dall'art. 16, comma 2, l. n. 241).

Qualora l'amministrazione decidente proceda prescindendo dalla proposta, lo schema di provvedimento da essa predisposto deve essere trasmesso, unitamente alla documentazione, all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta, al fine di acquisirne l'assenso "*ai sensi del presente articolo*" (ai sensi, cioè dell'art. 17-bis). Si realizza in tale modo, in caso di inerzia, una modifica del ruolo della p.a. proponente: essa, se ordinariamente è competente a formulare una proposta, che è atto necessario perché la decisione possa essere assunta e determinativo del relativo contenuto (potendo l'amministrazione decidente, in esito alla propria valutazione di merito della proposta, soltanto rifiutare l'adozione dell'atto: V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, 373), in caso di inerzia assume un ruolo successivo che si esprime nella formulazione di un atto di assenso o dissenso rispetto allo "*schema di provvedimento*" predisposto, in tale caso, dall'autorità decidente.

L'ampliamento delle fattispecie disciplinate dall'art. 17-bis spiega perché il d.l. n. 76 del 2020 abbia contestualmente modificato la rubrica dell'articolo, da "*Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*" a "*Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche*".

Diversamente dal silenzio assenso tra pp.aa. poc'anzi esaminato, in caso di inerzia dell'amministrazione proponente è espressamente esclusa l'applicazione

della forma di semplificazione alle ipotesi in cui la proposta sia di competenza di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini. Il differente regime giuridico può trovare una giustificazione nel fatto che la proposta, atto avente un contenuto valutativo e con cui una p.a. indica il contenuto da dare al provvedimento da emanare, costituisce esito di un procedimento svolto presso la p.a. cui il potere di proposta è imputato: l'applicazione del rimedio ai c.d. interessi primari non garantirebbe, quindi, quella “*compiuta ed esplicita rappresentazione*” che la giurisprudenza costituzionale richiede per tali interessi (*supra* par. 8).

GIURISPRUDENZA

di NICOLA POSTERARO e GIORGIO CAPRA

1. SULLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA RITARDO MERO

Cons. St., Sez. IV, 7 ottobre 2019 n. 6740

IL DANNO DA RITARDO È RISARCIBILE A PRESCINDERE DALLA SPETTANZA DEL BENE DELLA VITA

La ritardata conclusione del procedimento può incidere negativamente sull'impegno di risorse, così come può comportare la rinuncia ad altre opportunità o ad avvalersi di altre circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita. La convenienza economica di determinati investimenti e di determinate scelte di vita, in sostanza, può certamente risentire dell'inerzia amministrativa. Il Collegio, di conseguenza, ritiene che il danno da ritardo sia astrattamente risarcibile a prescindere dalla spettanza del bene della vita richiesto con l'istanza pretensiva.

Fatti: una società presentava istanza alle amministrazioni competenti, al fine di ottenere una autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica alimentato da fonte eolica. Le amministrazioni non provvedevano nei termini di legge, violando le disposizioni di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990.

Doglianze: la società ricorreva al giudice e affermava di avere subito un ingentissimo danno patrimoniale (sotto forma di danno emergente e di lucro cessante) a causa del mancato rispetto, da parte delle amministrazioni adite, dei termini finali di conclusione del procedimento.

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

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

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