

I confini incerti delle patologie e la tutela del terzo nel silenzio assenso fra (de)procedimentalizzazione e semplificazione

Enrico Guarnieri

SOMMARIO: 1. Ancóra sulla tutela del terzo nei casi di silenzio assenso? – 2. Alcune incertezze sulle “vicende patologiche” del silenzio assenso. – 3. (... *Segue*): illegittimità e procedimento. Il punto di vista del terzo. – 4. Riflessioni a margine della sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale. “Autotutela” e doveri di procedere. – 5. Alcune considerazioni conclusive sulla semplificazione per “silenzi”.

1. *Ancóra sulla tutela del terzo nei casi di silenzio assenso?*

A seguito della sentenza della Corte costituzionale del 13 marzo 2019, n. 45, nell'ambito dei Seminari Sassaresi di Diritto Amministrativo è stata offerta l'opportunità di riflettere in ordine alla tematica della tutela del terzo nei casi di silenzio assenso¹.

L'attribuzione del tema ha suscitato almeno due dubbi in merito allo svolgimento della relazione: vi erano (e vi sono) «clamori di novità»² per il terzo sul fronte del silenzio assenso? Poteva (e può) trarsi qualche suggerimento da una sentenza riferita esclusivamente alla s.c.i.a. (*infra* par. 4)? Dubbi, questi, peraltro aggravati dall'imbarazzo di dover trattare di un istituto la cui sistematizzazione è stata portata a compimento dalla migliore dottrina già negli anni '70 e '80³.

¹ Il presente scritto rielabora e sviluppa la relazione dal titolo “La tutela giurisdizionale del terzo nelle attività autorizzate con silenzio-assenso” tenuta il 24 maggio 2019 all'Università degli Studi di Sassari, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito dei Seminari Sassaresi di Diritto Amministrativo 2018/2019 su “Attività private a regime amministrativo e tutela del terzo: riflessioni dopo Corte cost. 45/2019”.

² Per riprendere la formula impiegata da F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.

³ Cfr. F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 173 ss., e A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

Ad ogni modo, oggi, parte delle conclusioni possono essere già da subito anticipate. Poco è cambiato tanto sul fronte delle certezze quanto su quello delle perduranti incertezze (*infra* par. 2 e 3.). Ma ciò che più rileva è che proprio il problema del terzo nei casi di silenzio assenso apre ad una riflessione ben più generale, alla quale normalmente si perviene trattando della tutela degli interessi sensibili nei casi di silenzio assenso endoprocedimentale: l'utilità della abdicazione all'adempimento, solo impropriamente ritenuto formale, dell'adozione del provvedimento (*infra* par. 5).

2. *Alcune incertezze sulle "vicende patologiche" del silenzio assenso*

Come per ogni ipotesi di silenzio della pubblica amministrazione, l'aspetto qualificatorio ha assunto anzitutto una valenza più pratica che teorica. A fronte di un modello processuale univocamente improntato alla tutela costitutiva, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha variamente cercato di giustificare la natura attizia del silenzio (inadempimento o significativo che fosse): e ciò era logico, perché era necessario identificare un atto contro cui versare l'azione impugnatoria.

Vero è però che ben prima della riforma del codice di rito del 2010 – l'“anno zero” della consacrazione del passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto – la suesposta ricostruzione del silenzio assenso è stata da più parti criticata. Scindendo l'atto dai suoi effetti e affermando che l'impugnazione non dovesse necessariamente cadere sul primo, ma potesse interessare anche i secondi, è stato così possibile garantire il terzo pur in mancanza di un provvedimento espresso⁴.

L'elaborazione dottrinale che ne è seguita non si è tendenzialmente dissociata da quelle conclusioni: con la conseguenza che oggi il silenzio assenso non è da considerarsi provvedimento tacito⁵, ma dichiarazione con valore legale tipico o valutazione legale tipica⁶.

⁴ A. Travi, *op. cit.*, 205 ss.

⁵ Per una qualificazione “attizia” del silenzio assenso cfr. A. Predieri, *Commento all'art. 7*, in *Casa e urbanistica nella legge 25 marzo 1982, n. 94*, a cura di A. Predieri, M.P. Chiti, Milano, 1982, 297 ss., spec. 315, secondo cui «il prodotto del meccanismo del silenzio-accoglimento è un provvedimento implicito»; in corrispondenza della disciplina recata dall'art. 20, l. n. 241/1990, ma in epoca antecedente al 2005, si v. M.E. Schinaia, *Notazioni sulla nuova legge del procedimento amministrativo e deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori e all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 184 ss., spec. 190; A. Pajno, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1994, 22 ss., spec. 50; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 154 ss.

⁶ Sulla distinzione delle due formule, riferibili rispettivamente agli studi di F.G. Scoca e di A. Travi, si v. A. Travi, *op. cit.*, 92 ss. La tesi dell'equivalenza è sostenuta anche da G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roveri Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 531 ss., spec. 716. Si v. anche V. Cerulli Irelli, *Modelli procedimen-*

A comprova dell'assunto è tradizionalmente evocata la modifica dell'art. 20 recata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80⁷. Il legislatore avrebbe rinunciato alla qualificazione attizia del silenzio assenso, essendo venuto meno il riferimento all'«atto di assenso illegittimamente formato» ed essendo stata impiegata una formula che valorizza l'equivalenza degli effetti⁸. Vi è però motivo di dubitare della piena consapevolezza del legislatore, tenuto conto che l'art. 21-*novies*, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, tuttora si riferisce al «provvedimento» che si è formato ai sensi dell'art. 20. E che vi sia una forte incertezza sul punto è possibile affermarlo considerando gli orientamenti giurisprudenziali più recenti: dall'analisi condotta, è dato rilevare che talvolta del silenzio assenso se ne afferma la natura di valutazione legale tipica e talaltra quella di provvedimento tacito di assenso⁹.

ali alternativi in tema di autorizzazioni, in *Dir. amm.*, 1993, 55 ss., spec. 68 s. *Contra*, G. De Minico, *Note sugli artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 1993, 267 ss., spec. 290 s., nonché S. Baccarini, *Silenzio della pubblica amministrazione e comportamenti legalmente tipizzati*, in *Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del XXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 1982*, Milano, 1985, 371 ss., secondo cui si sarebbe dinanzi «ad un fatto giuridico in senso stretto». Ai fini del presente scritto si consideri in particolare la tesi di A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99 ss., il quale, una volta rifiutata la teoria dell'equivalenza (165 ss.), definisce il silenzio assenso come «mero fatto giuridico assunto dall'ordinamento per ragioni di equità e di tutela, e destinato a produrre un effetto giuridico non equivalente all'efficacia di provvedimento bensì «minimale»» (181). Per quanto si dirà più oltre (specialmente in relazione ai profili dell'invalidità), può utilmente indugiarsi sull'interpretazione offerta dall'Autore. È condivisa la «ragion pratica» perseguita dalla teoria dell'equivalenza, ovvero «il concetto di garanzia» (191); sul piano teorico, però, l'Autore si discosta da quella dottrina sulla base di un'articolata argomentazione che, se ben si è inteso, può in sintesi essere ricostruita attorno alla scissione tra effetto ed efficacia giuridica (163 e 181 ss.). Nell'effetto dell'assenso non v'è l'efficacia del provvedimento, ma questa permane come termine di paragone per determinare la consistenza del primo, perché se «l'effetto del silenzio assenso non può non presentarsi che come fatto minimo o ridotto» esso è tale «rispetto alla efficacia del provvedimento» (184); e quel carattere minimale si risolve, da un lato, nell'impossibilità di cancellare il dovere di provvedere (185) e, dall'altro lato, nel non avere retroterra costitutivo ma soltanto di «mera legittimazione» dell'attività oggetto dell'istanza privata (186). Delle implicazioni della tesi – che, può anticiparsi, si sostanziano nella mancanza nel silenzio assenso del regime tipico del provvedimento – si dirà in nota 33.

⁷ N. Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2019, 329 ss., spec. 337 ss.; P. Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, 2018, 140.

⁸ Sul punto rimangono fondamentali le osservazioni critiche di A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 489 ss. L'Autore considera il problema dell'equivalenza fra fattispecie provvedimentale e silenzio assenso come un problema di insanabile diversità tra l'autonomia pubblica – «il preminente tratto che è proprio dei provvedimenti» (503) e che ne definisce contenuto ed effetti – e l'eterodeterminazione (*ex lege*) degli effetti nel silenzio assenso: «né può cambiare la sostanza della vicenda, l'analogia [...] di tali effetti con quelli che avrebbe prodotto il provvedimento mancante: perché, al contrario, è la previsione legislativa che li produce direttamente; quindi, una causa irrimediabilmente eterogenea rispetto ad un atto che potesse essere configurato espressione di autonomia» (508).

⁹ A titolo esemplificativo, si v., nel primo senso, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 2 luglio 2018, n. 1640, e Id., sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521. Nel secondo senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2019, n. 3268 e Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2018, n. 4033 (salvo indicazioni diverse, le sentenze citate nel presente contributo sono reperibili da www.giustizia-amministrativa.it).

Ciò posto, è bene evidenziare che nella peculiarità qualificatoria dell'istituto si annida in realtà tutt'altro problema, che ad oggi appare ancora irrisolto, ovvero l'applicazione dei canoni dell'illegittimità e dell'inesistenza tradizionalmente predicati per il provvedimento amministrativo¹⁰.

Le esigenze di chiarezza in relazione al profilo qui dapprima considerato si pongono sicuramente in termini dirimenti per il soggetto istante, l'incedere della cui attività, a seconda dell'estensione dell'area dell'inesistenza, sarà più o meno incerto; eppure, l'insicura definizione dei presupposti dell'inesistenza e dell'illegittimità del silenzio può essere foriera di implicazioni anche per il terzo. Anzitutto perché nell'un caso il terzo può esperire un'azione di mero accertamento volta a verificare la formazione del silenzio – se del caso, unitamente alla domanda di risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'attività esercitata in assenza del titolo – mentre nell'ipotesi dell'illegittimità, la reazione si “esaurisce” nell'impugnazione degli effetti illegittimi nel ristretto termine decadenziale di sessanta giorni. In secondo luogo, perché, per definire la strategia processuale e per non vedersi opporre la decadenza dall'impugnazione, il terzo deve avere certezza sui confini dell'una e dell'altra patologia.

Come si anticipava, il tema delle patologie (al plurale) non è affatto scontato, tenuto conto della tesi, autorevolmente sostenuta, favorevole ad una loro *reductio ad unum*: «mentre nel campo degli atti giuridici, oltre all'alternativa esistenza-inesistenza [...] opera l'alternativa validità-invalidità [...] nel campo dei meri fatti opera unicamente l'alternativa esistenza-inesistenza»¹¹. D'altronde, che l'illegittimità degli effetti fosse una “strana vicenda”¹² è circostanza in relazione alla quale si era già interrogata la dottrina favorevole alla tesi “dualista”.

Ciò che più rileva è che nell'ondivaga giurisprudenza permangono numerose incertezze in relazione al profilo delle vicende patologiche del silenzio assenso: e, si badi, sono le stesse incertezze del passato, ma spesso sprovviste delle basi argomentative dell'elaborazione dottrinale.

Per la dottrina, infatti, l'ammissibilità dell'illegittimità del silenzio assenso si fonda(va) su di una complessa, ma convincente, scomposizione degli interessi pub-

¹⁰ Di recente, M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, 2019, 639 ss.

¹¹ A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 715 ss., spec. 731. Per B.E. Tonoletti, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 182, la tesi patrocinata da Sandulli raggiunge «il risultato di massima garanzia per la legalità e per l'interesse pubblico, dal momento che elimina in radice la possibilità che, attraverso il silenzio-assenso, si producano effetti giuridici contrari alla legge». Secondo 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*, 2015, 10, «se, nel caso del s.a., gli effetti derivano direttamente dalla legge, allora essi non possono essere considerati come il risultato di una illegittimità (da chiunque compiuta), perché la legge non può violare se stessa». Ma sul punto si v. anche *infra* nota 33.

¹² F.G. Scoca, *op. cit.*, 204.

blici. Da un lato, vi sono quelli relativi al traffico giuridico, ovvero quelli perseguiti direttamente dalla norma; dall'altro lato, vi sono quelli pubblici in senso proprio, ovvero in titolarità dell'amministrazione e dei quali la norma si disinteressa¹³.

Del tutto differente è l'approccio di una parte della giurisprudenza, che risulta fondato su postulati talvolta autoevidenti, talaltra non condivisibili (v. *infra*), e rispetto ai quali si vanno distinguendo solo le argomentazioni di alcune (invero poche) pronunce capaci di restituire un po' di chiarezza al sistema.

In tal senso è stato correttamente sostenuto che se vi è un parallelismo non di forma ma di sostanza fra silenzio assenso e fattispecie provvedimentale, o meglio se di quest'ultimo il primo ne produce gli effetti, «tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo»¹⁴, con la conseguenza che «come un provvedimento amministrativo può essere esistente ma invalido così la fattispecie del silenzio assenso può dirsi perfezionata nei suoi elementi costitutivi e, tuttavia, essere in contrasto con la normativa vigente»¹⁵. O, ancora, è stato affermato che se è previsto l'annullamento d'ufficio del silenzio assenso (cfr. art. 20, comma 3, l. n. 241/1990) allora è presupposto indefettibile (sebbene non esclusivo) che ricorra un'ipotesi di illegittimità¹⁶: altro è poi il problema di quali ne siano i presupposti.

Se la coppia inesistenza-illegittimità trova oggi conferme (ma si dirà a breve di alcune smentite), è opportuno identificarne sin d'ora i presupposti più attendibili e chiari, non potendosi trascurare che proprio la chiarezza della disciplina e dell'esegesi costituisce uno dei requisiti per misurare la buona riuscita della semplificazione amministrativa (*infra* par. 5).

¹³ Ivi, 204. Cfr. altresì R. Alessi, *Rilievi in ordine alle impugnative del comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 528 ss., spec. 534 ss.

¹⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, cit. Tesi questa che ricorda l'insegnamento di A. Travi, *op. cit.*, 185, secondo cui «se gli effetti del silenzio-assenso sono equipollenti a quelli di un provvedimento, devono essere passibili anche dello stesso ordine di qualificazione (in termini di legittimità o illegittimità)». Nello stesso senso, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, nonché Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210. Sembra aderire a questo orientamento anche il Tar Campania, Napoli, sez. II, 18 ottobre 2019, n. 4983, laddove, salvo alcuni incidentali richiami a giurisprudenza di segno contrario, si afferma che «la formazione del silenzio assenso su domanda di condono edilizio [presuppone] la completezza della domanda di sanatoria, accompagnata dall'integrale pagamento di quanto dovuto a titolo di oblazione, con la conseguenza che, in caso di incompletezza della domanda o (come nella specie) della documentazione inoltrata a suo corredo, il termine per il maturarsi del silenzio assenso inizia a decorrere soltanto dal momento in cui dette carenze sono state eliminate ad opera della parte interessata».

¹⁵ Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8 novembre 2018, n. 411.

¹⁶ Così, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, cit. Si deve poi aggiungere che se l'art. 21, comma 1-ter, l. n. 241/1990, fa salva la responsabilità del dipendente che non sia intervenuto tempestivamente in relazione ad un'istanza non conforme alle norme vigenti, ciò implica, nei casi di non conformità alla normativa, l'esistenza (e quindi al più un problema di illegittimità) del silenzio assenso. In dottrina, si v. F. Fracchia, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 429 ss., spec. 433, il quale peraltro osserva acutamente che nel campo del silenzio assenso «nessuno spazio è riservato dall'ordinamento alla figura dell'irregolarità» e che tale rigore (descritto dalla coppia inesistenza-illegittimità) è attenuato dai modelli di regolarizzazione dell'istanza irregolare e dall'istituto della sanatoria (435 s.).

Facendo seguito all'interpretazione dottrinale, per parte della giurisprudenza il silenzio assenso non si forma allorché l'istanza del privato sia incompleta, ovvero non sia presentata nei termini e secondo le modalità (vi è da aggiungere, intese in senso materiale/formale) indicate dalla legge¹⁷ o laddove l'istante non sia legittimato a chiedere il provvedimento richiesto o ancora quando l'istanza sia inoltrata ad un'amministrazione incompetente¹⁸. L'illegittimità (degli effetti) del silenzio è invece predicata in relazione ai casi di non conformità dell'istanza alla normativa vigente sotto il profilo sostanziale¹⁹. Insomma, mentre l'inesistenza atterrebbe essenzialmente al contenuto formale dell'istanza – si pensi alla mancata allegazione dei documenti richiesti dalla normativa di settore²⁰ – l'illegittimità degli effetti deriverebbe da un vizio del contenuto sostanziale della domanda (si pensi al caso in cui l'opera progettata contrasti con le prescrizioni della disciplina urbanistica).

Fra le ulteriori fattispecie che dovrebbero condurre a dichiarare l'inesistenza del silenzio assenso vi è anche quella relativa alle istanze contenenti dichiarazioni false e mendaci. D'altronde, l'istante che dichiara volontariamente una situazione difforme dalla realtà, avendo egli stesso violato il dovere di buona fede, non può fare affidamento né sulla stabilità degli effetti né sulla stessa esistenza del silenzio²¹. Per la dottrina da ultimo richiamata, con il seguito di altra parte degli interpreti²², la tesi sarebbe supportata anche dallo stesso dato positivo, ovvero dall'art. 21, comma 1, l. n. 241/1990²³.

Senonché, proprio a quest'ultimo riguardo, vi è da evidenziare il problema conseguente all'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 21-*novies* (articolo a cui fa rinvio il comma 3 dell'art. 20). Secondo il disposto del comma 2-*bis* i provvedimenti amministrativi, conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, «possono essere annullati dall'amministrazione

¹⁷ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 luglio 2018, n. 1646 e Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 753, secondo cui «l'art. 35, commi 1 e 3, l. 28 febbraio 1985, n. 47, nel disciplinare il procedimento per la sanatoria, prevede che la domanda di concessione edilizia sia corredata dalla prova dell'eseguito versamento dell'oblazione e che alla stessa debbano essere allegati i documenti che vengono specificamente indicati; da tale norma emerge come il silenzio assenso si possa formare soltanto in presenza di tutti i presupposti da essa indicati e, in particolare, in presenza di una documentazione completa degli elementi richiesti».

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7012.

¹⁹ Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8 novembre 2018, n. 411, cit., e Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, cit.

²⁰ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 5 settembre 2012, n. 3750, che richiama Tar Lazio, Latina, 19 dicembre 2008, n. 1865; si v. anche Tar Lazio, Latina, 5 agosto 2005, n. 652.

²¹ M. Occhiena, *L'«autorizzazione» edilizia tra semplificazione, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori*, *Foro amm. TAR*, 2002, 1853 ss., spec. 1864.

²² P. Otranto, *op. cit.*, 154 ss.

²³ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2018, 537, e F. Fracchia, *op. cit.*, 439.

anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1». Il problema non risiede tanto nel fatto che in caso di attestazioni false e mendaci il privato istante non possa beneficiare del breve termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere di autotutela, quanto piuttosto nel fatto che la disposizione fa riferimento al potere di annullamento: un potere ritenuto evidentemente inservibile dai sostenitori della tesi dell'inesistenza del silenzio nei casi di falsità e mendacio.

Le tesi dottrinali e giurisprudenziali sul punto sono duplici e coprono l'intero ventaglio di possibilità offerte dalla contraddizione fra il disposto dell'art. 21, comma 1, e quello dell'art. 21-*novies*, comma 2-*bis*: inapplicabilità del primo ed esercizio del potere di autotutela per causa della illegittimità²⁴; inapplicabilità del secondo e rimozione «in ogni tempo e senza i limiti derivanti da (insussistenti) esigenze di tutela dell'affidamento del privato»²⁵.

La contraddizione, per quanto attiene al silenzio assenso, appare risolvibile sotto un profilo ulteriore a quello tradizionalmente posto a giustificazione della perdurante applicabilità dell'art. 21, comma 1. Non che si voglia escludere che l'applicazione dell'art. 21, comma 1, risponda all'esigenza di sanzionare il privato che abbia dichiarato il falso, ma si ritiene che la questione vada risolta anche tenendo conto del profilo qualificatorio della fattispecie. Accettata la natura non provvedimentale del silenzio assenso e attesa la sua configurazione alla stregua di una valutazione legale tipica, l'art. 21-*novies*, comma 2-*bis*, risulterebbe inapplicabile per il sol fatto di riferirsi ai «provvedimenti amministrativi»: con la conseguenza che il rinvio che l'art. 20, comma 3, fa all'art. 21-*novies* – peraltro di precedente formulazione rispetto all'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 21-*novies* – deve operare entro il perimetro della sua compatibilità.

Ebbene, la chiarezza del riparto fra i presupposti della (in)esistenza e della (il)legittimità che si è cercato di restituire nelle brevi righe che precedono è in realtà minata (e quindi contraddetta), come si anticipava, da una giurisprudenza spesse volte incerta. E d'altronde che in giurisprudenza non vi sia affatto chiarezza sul punto è considerazione pacifica già dall'inizio del nuovo millennio, parte della dottrina avendo rilevato che «i repertori offrono un'ampia casistica che pare soffrire dell'organicità e, soprattutto, dell'uniformità di interpretazione necessarie per decretare il successo applicativo di un'interpretazione giurisprudenziale»²⁶.

²⁴ 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 *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 987 ss., spec. 992, secondo il quale «la possibilità di colpire con la misura dell'annullamento dell'atto tacito formatosi in conseguenza di una istanza recante indicazioni e produzioni false e travisatorie postula infatti un ripensamento radicale del ruolo e della funzione dell'art. 21, comma 1».

²⁵ P. Otranto, *op. cit.*, 161, il quale richiama altresì G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss., spec. 161.

²⁶ M. Occhiena, *op. cit.*, 1860.

Appare sintomatica una vicenda giurisprudenziale nella quale il Consiglio di Stato “rimproverava” al Tar di «aver fatto malgoverno della giurisprudenza»²⁷. La vicenda è particolare, perché leggendo le pronunce si comprende che in realtà è proprio il Consiglio di Stato ad aver male interpretato le affermazioni pretorie.

In breve, una società presentava istanza per il rilascio del permesso di costruire e l'amministrazione competente per l'emanazione del suddetto provvedimento comunicava il diniego oltre il termine di conclusione del procedimento. Il Tar Calabria, forte del richiamo ad un precedente del Consiglio di Stato (sentenza n. 3805/2016), annullava il provvedimento di diniego perché adottato al di fuori delle forme e dei modi di cui all'art. 21-*novies*, l. n. 241/1990. La sentenza veniva impugnata e il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso del Comune sul presupposto che il provvedimento di diniego fosse stato legittimamente adottato stante la mancata formazione del silenzio assenso per difetto dei presupposti richiesti ai fini della conformità urbanistico/edilizia. E ciò veniva dichiarato sostenendo che il Tar avesse fatto «malgoverno della suddetta giurisprudenza, pure richiamata, omettendo di dare rilievo» ad un'affermazione contenuta nella stessa sentenza n. 3805 del 2016.

Senonché quel precedente controverso statuiva esattamente quanto in effetti compreso dal Tar, ovvero che si fosse in presenza di una mera illegittimità del silenzio e non già della sua inesistenza: «la necessità del possesso dei requisiti di volta in volta prescritti – perché possa parlarsi di legittimo provvedimento implicito di assenso – risulta dalla stessa l. n. 241 del 1990 [...]». Basterebbe ciò – ovvero il riferimento al «legittimo provvedimento» – per comprendere a chi fosse realmente imputabile l'errore interpretativo. Ma vi è di più. Il Consiglio di Stato ometteva di citare il passaggio più esplicito contenuto nel proprio precedente: «quanto sinora esposto comporta che, in difetto di condizioni e presupposti, il provvedimento implicito di assenso è illegittimo e, sullo stesso, l'amministrazione può esercitare i poteri di autotutela, e segnatamente il potere di annullamento, alle ordinarie condizioni previste dall'art. 21-*novies* l. 241/1990». Appare sinceramente superfluo dilungarsi oltre. Il Tar Calabria aveva fatto “buon governo” della giurisprudenza, trattandosi di un caso di illegittimità del silenzio assenso.

Al di là delle incomprensioni, che pure celano una aprioristica interpretazione della materia, che l'unitarietà giurisprudenziale sul punto sia lungi dal realizzarsi è un dato che può essere evidenziato considerando una recente pronuncia – inscritta in un ben consolidato orientamento – la cui estrema rilevanza è dovuta all'impossibilità di addivenire ad una differente decodificazione della statuizione tramite la quale il giudice amministrativo attrae (in termini perentori e definitivi) all'area dell'inesistenza anche le violazioni sostanziali: la formazione del silenzio

²⁷ Tar Calabria, Catanzaro, 29 maggio 2017, n. 865 e Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4273.

assenso, afferma infatti il Consiglio di Stato, presuppone anche la piena rispondenza dell'istanza ai «requisiti di legittimità normativamente fissati, *in primis* alla conformità urbanistica»²⁸. «Del resto», ammonisce il Consiglio di Stato, «il silenzio-assenso [...] non può essere utilizzato per assumere l'avvenuto rilascio di titoli contrastanti con la locale disciplina urbanistica»²⁹.

3. (... Segue): *illegittimità e procedimento. Il punto di vista del terzo*

Rispetto all'orientamento da ultimo esposto sorge un duplice interrogativo. Si è sicuri che, come afferma il Consiglio di Stato, il silenzio assenso sia «volto ad alleggerire gli oneri dell'amministrazione (contestualmente facilitando le iniziative dei cittadini)»?³⁰ E, ancora, se la semplificazione operasse realmente in modo bidirezionale (verso l'amministrazione e verso i cittadini), in ottemperanza ai doveri parimenti bidirezionali³¹ di buona fede e correttezza³² l'amministrazione non dovrebbe rigettare tempestivamente la domanda non conforme sul piano sostanziale, adottando previamente il preavviso di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990?

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529.

²⁹ Questo orientamento, che si contrappone a quello evidenziato *supra* nelle note 14-15 e 17-20, pare ad oggi essere quello maggioritario, così come emerge dai più recenti interventi pretori. In tal senso, cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 20 aprile 2020, n. 252; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2020, n. 634; Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; Tar Puglia, Bari, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 102; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 agosto 2019, n. 1422; Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, ove si afferma che affinché si formi il silenzio assenso è necessaria la «contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista». Talvolta il profilo della rilevanza della conformità sostanziale dell'istanza è enfatizzato in relazione all'incompletezza dell'istanza. Questo orientamento non rappresenta una «terza via», perché lì l'interessamento per i discostamenti sostanziali non si riferisce ad «attuali» divergenze rispetto alle prescrizioni normative, ma solo a quelle «potenziali» distonie che non potrebbero essere rilevate dall'amministrazione a causa dei *deficit* formali della domanda. In tal senso cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173, secondo cui perché il silenzio assenso si formi è necessario «che la domanda sia corredata dalla indispensabile documentazione pure prevista dalla normativa, atteso che il silenzio assenso non implica alcuna deroga al potere dovere dell'Amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 Cost. e presuppone quindi che essa sia posta nella condizione di poter esercitare il proprio potere quanto meno nel senso di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali affinché l'auto-rizzazione implicitamente connessa al decorso del tempo sia coerente alle previsioni di legge».

³⁰ Si consideri, peraltro, che per R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 160, il silenzio assenso costituisce un «emblematico e corrosivo punto di approdo di una semplificazione amministrativa costruita e progettata senso unico, secondo una sola direzione di marcia, nel segno dell'ottica sbilanciata della massima considerazione possibile per le attese e le aspettative del privato». Ma sul punto si v. *infra* par. 5.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351.

³² Recentemente riaffermati da Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. Per un'analisi volta a valorizzare l'estensione della pronuncia oltre l'ambito dell'evidenza pubblica si rinvia a F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 1555 ss.

La risposta negativa, qui non condivisa, segue l'orientamento da ultimo esposto: se l'istanza sostanzialmente errata non consente la formazione del silenzio assenso, allora l'amministrazione potrà adottare il preavviso di rigetto e l'atto di diniego anche oltre i termini di conclusione del procedimento.

La risposta positiva (dovere dell'amministrazione di opporre il diniego nei termini, a pena della formazione del silenzio assenso) riprende invece la diversa interpretazione del rapporto fra inesistenza e illegittimità esposta *supra* par. 2 e si fonda su un altro rapporto, quello di genere a specie, che intercorre fra la fattispecie provvedimentale e quella silenziosa, caratterizzate dall'essere modalità di conclusione del procedimento (equivalenza degli effetti) e che si differenziano pressoché unicamente sul piano della materialità dell'atto terminale.

Si consideri allora quanto segue. Al di fuori delle esclusioni di cui all'art. 20, comma 4, l. n. 241/1990, l'istanza privata (non conforme sul piano sostanziale alla normativa) dà origine ad un procedimento che può terminare o meno con un provvedimento espresso. Ebbene, a dar seguito alla giurisprudenza da ultimo citata, se l'amministrazione lasciasse decorrere il termine, si dovrebbe escludere tanto la formazione del silenzio assenso quanto la produzione degli effetti giuridici; al contrario, e del tutto curiosamente, se l'amministrazione concludesse il procedimento tramite l'adozione di un provvedimento comunque favorevole ("riproduttivo" del contenuto *contra ius* dell'istanza privata), questo sarebbe illegittimo, ma gli effetti sarebbero prodotti.

L'incongruenza è palese e consiglia di discostarsi da un siffatto indirizzo pretorio. Per farlo, certo, devono essere individuate altre ragioni, ma si tratta di un compito agevole perché di alcune di esse (se non di tutte) si è già detto: quelle coprono un ventaglio che va dai presupposti teorici – equivalenza quanto agli effetti tra fattispecie provvedimentale e silenzio assenso, con equiparazione dei regimi applicabili – fino alle considerazioni più "elementari", quale l'espressa previsione del possibile assoggettamento della fattispecie all'annullamento d'ufficio (*supra* par. 2).

Ciò che allora rimane da evidenziare è che quei rilievi sono essenzialmente obliterati dall'orientamento maggioritario. Lì, infatti, l'esclusione del regime dell'illegittimità non è giustificata dall'aderenza a robusti e, per quanto qui non condivisi, apprezzabili capisaldi teorici³³; né la giurisprudenza si interroga sul sostanziale svuotamento dell'annullamento officioso. Pare, invece, che la giustifi-

³³ Il riferimento è fatto alla tesi di A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso*, cit. (di cui si è detto *supra*, nota n. 5). Per l'Autore, infatti, mancando il regime giuridico tipico del provvedimento «mancano [anche] la legittimità, l'annullabilità [...]», che non sono correttamente invocabili per un mero fatto giuridico «al quale si addice una valutazione di esistenza o di inesistenza» (187). Non rimane neppure irrisolto il problema del rinvio agli atti in autotutela, giacché si afferma che l'amministrazione «può giovare di poteri interdittivi e repressivi, ma non di autoannullamento o di revoca» (188). Si noti, peraltro, che, se ben si è inteso, l'Autore è ben più generoso, di quanto non lo si sia qui, nei confronti della giurisprudenza che attrae all'area dell'inesistenza anche i discostamenti sostanziali delle previsioni normative, giacché quella rivelerebbe che «i vizi del

cazione sia fondamentalmente ancorata ad un *minus*. In tal senso, si consideri che quell'orientamento pretorio è radicato attorno ad un determinato provvedimento – il permesso di costruire – e, soprattutto, ad una ben specifica (interpretazione di una) disposizione, ovvero l'art. 20, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Il dato non è irrilevante perché consente di comprendere come sia articolato e “giustificato” il ragionamento dell'orientamento in parola: se l'istanza per il rilascio del permesso di costruire va presentata assieme alla dichiarazione di un progettista abilitato «che asseveri la conformità» del progetto alle prescrizioni urbanistiche, allora l'assenza di conformità implica la mancanza di uno dei presupposti della domanda funzionali alla formazione del silenzio assenso³⁴.

Tuttavia, vi è motivo di ritenere che quella disposizione (o, meglio, l'interpretazione di quella disposizione) non sia così determinante³⁵, perché già lo stesso art. 3, comma 2, d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300, vuole che l'istanza privata contenga le dichiarazioni sulla ricorrenza dei requisiti oggettivi e soggettivi variamen-

presunto silenzio assenso sono vizi non dell'atto, ma della domanda privata e dei presupposti normativi della fattispecie» (189).

³⁴ *Ex multis*, oltre a quanto citato in nota 29, cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 marzo 2020, n. 690; Tar Puglia, Bari, sez. III, 7 gennaio 2019, n. 11; Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 2019, n. 11003, dove è impiegata una ricorrente affermazione giurisprudenziale: «ai sensi dell'art. 20, comma 8, d.p.r. n. 380/2001, il silenzio assenso previsto in tema di permesso di costruire non si forma per il solo fatto dell'inutile decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'Amministrazione e dell'adempimento degli oneri documentali necessari per l'accoglimento della domanda, ma occorre altresì la prova della sussistenza di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi a cui è subordinato il rilascio del titolo edilizio, tra i quali rientra, dal punto di vista oggettivo, la conformità dell'intervento progettato alla normativa urbanistico-edilizia». Il percorso per giustificare la mancata formazione del silenzio assenso pare essere per certi versi paragonabile a quello che, in passato, è stato intrapreso dalla giurisprudenza per giustificare l'unica eccezione – inesistenza “del silenzio assenso” per sussistenza di vincoli di inedificabilità (Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 834, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1145) – alla regola generale rappresentata dalla formazione del silenzio assenso in materia edilizia «indipendentemente [...] dalla sua legittimità, e in particolare dalla conformità del progetto alla normativa urbanistica di cui al comma 5 dello stesso art. 8» (Tar. Basilicata, 14 novembre 1984, n. 301, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, 386, e similmente, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 1987, n. 588, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 455, con nota di A. Travi, *Sugli elementi costitutivi e sui requisiti di efficacia e di validità del c.d. silenzio-assenso*). La ragione dell'accostamento si fonda sul fatto che, come osservato da B.E. Tonoletti, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., quel risalente orientamento si basava (oggi verrebbe da dire, anch'esso) «sulla interpretazione, per quanto non condivisibile, di una norma positiva». E, se così è, può allora dirsi che, come in passato si è creduto che la disposizione di cui all'art. 8, d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, configurasse «l'edificabilità dell'area come requisito per la formazione del silenzio-assenso», oggi si crede che nell'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, il “requisito per la formazione del silenzio-assenso” sia la conformità *tout court* alla normativa di settore.

³⁵ Come non lo è la giustificazione fondata sulla *ratio* del meccanismo del silenzio assenso che «costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione» (Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113). Sul punto è allora bene evidenziare che proprio valorizzando il “senso” della normativa, il Tar Campania, Napoli, sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, cit., giunge a conseguenze opposte (come si è detto *supra* nota 14): «ove si ammettesse che il silenzio assenso non possa formarsi per difetto delle condizioni sostanziali, in concreto verrebbe svuotata di contenuto la previsione di legge, consentendo di fatto all'Amministrazione di poter provvedere in ogni tempo; ciò in spregio delle ragioni sottese alla norma, che da un canto tutelano l'interesse del privato e, d'altro canto, pongono l'esigenza di responsabilizzare la Pubblica Amministrazione, non tollerandosi la sua inerzia sull'istanza rivolta dall'interessato».

te richiesti dalla normativa di settore³⁶; e ciò che più conta è che la disposizione non ha impedito di ricondurre all'alveo dell'illegittimità i casi in cui il silenzio assenso si sia formato sulla base di istanze non conformi sotto il profilo sostanziale alle prescrizioni normative³⁷. Il che – è bene evidenziarlo – è stato sostenuto muovendo da saldi presupposti teorici³⁸, cioè con un approccio che la giurisprudenza maggioritaria, al contrario di quella minoritaria (*supra* par. 2), non ha saputo fare proprio.

L'incongruenza di cui sopra, in uno ai rilievi ora svolti, induce a riaffermare che, fuori dal caso del mendacio, le violazioni sostanziali dovrebbero essere sempre sanzionate con l'illegittimità, salvo non voler ammettere che nei casi di silenzio assenso il vero assente sia proprio il procedimento, con la conseguenza che l'inesistenza diverrebbe allora una sanzione per il privato a copertura dell'inadempimento amministrativo.

Ecco allora emergere il vero nodo della questione. Vi è un dato avvertito da più parti, ovvero che nei casi di silenzio assenso si riscontra spesso una totale inerzia dell'amministrazione³⁹; ma ciò, come tutte le percezioni, richiede qualche indizio a riprova.

Una prima testimonianza è ricavabile dal tenore di una reiterata statuizione giurisprudenziale formulata in relazione all'impugnabilità, da parte del terzo, del provvedimento postumo di assenso: «il provvedimento espresso che reitera

³⁶ Per chiarezza: «la denuncia e la domanda devono identificare le generalità del richiedente e le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere; inoltre, alla denuncia o alla domanda deve essere allegata una dichiarazione del richiedente che indichi la sussistenza dei presupposti, ivi compreso il versamento di eventuali tasse e contributi, e dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento di quell'attività. Quando la legge richieda particolari requisiti soggettivi, la denuncia e la domanda devono contenere anche i dati necessari per verificare il possesso o conseguimento dei requisiti stessi» (art. 3, comma 2, d.P.R. n. 300/1992).

³⁷ Per G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., infatti, «l'interessato con la propria domanda, deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti» (719), ma ciò non impedisce che ricorrano vizi di legittimità «rappresentati dalla difformità tra l'autorizzazione richiesta e le prescrizioni normative: ad es., se la licenza di agibilità richiesta non è conforme alle norme igieniche comunali il relativo assenso si forma comunque, ma è annullabile» (così anche Id., *Il silenzio amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2016, 265 ss., spec. 278 s.). Nello stesso senso, cfr. R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 337, nonché F. Basilica, F. Barazzoni, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 335.

³⁸ G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 721 e Id., *Il silenzio amministrativo*, cit., 278. Non esclude il regime dell'illegittimità anche A. Romano, *op. cit.*, 508 ss. Vero è che per l'Autore «nel caso del c.d. silenzio-assenso, non sarebbe assolutamente configurabile un sindacato giurisdizionale che abbia a oggetto la legittimità-illegittimità di un provvedimento», ma ciò lo si afferma perché un provvedimento «non c'è» (511). La legittimità, infatti, interesserebbe gli effetti (li ritenuti *ex lege*) e questi potrebbero essere annullati dall'amministrazione – laddove questa «riscontri la carenza di elementi di fatto o di requisiti soggettivi, solo sulla cui sussistenza il legislatore li aveva disposti» (508) – o dal giudice sulla base di una «verifica della reale sussistenza-insussistenza, in concreto, di quegli elementi oggettivi e di quei requisiti soggettivi che il legislatore ha preso a presupposto per la produzione degli effetti che è la sua disposizione a prevedere» (511).

³⁹ Per S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 211, «in tali ipotesi si è notato come, per quanto non dovrebbe essere così, la valutazione amministrativa (*rectius* il bilanciamento degli interessi) finisca in realtà per essere compiuta per la prima volta in sede di autotutela».

gli effetti del provvedimento implicito di assenso non costituisce atto meramente confermativo di quest'ultimo in quanto presuppone, con tutta evidenza, l'esperienza di un'autonoma istruttoria, i cui risultati devono confluire nella motivazione del provvedimento espresso»⁴⁰. L'affermazione è eloquente perché, a tacere del fatto che il decorso del termine dovrebbe esaurire il potere⁴¹, in sostanza ammette che nella vicenda che porta al silenzio assenso vi è di regola un *deficit* di istruttoria, tanto che ve ne è bisogno di una ulteriore per confermare (nei fatti) ciò che è già stato "voluto" dalla norma⁴².

Un ulteriore indizio della assenza (almeno tendenziale) del procedimento emerge dalla ipotesi di mancata formazione del silenzio assenso per incompletezza dell'istanza, essendo a tal fine sufficiente ripensare ad una coppia di disposizioni – l'art. 2, comma 1, ultima alinea, e l'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990 – la cui corretta applicazione dovrebbe di fatto rendere quell'inesistenza un caso di scuola, piuttosto che una costante giurisprudenziale⁴³. Ma si avverte già la confutazione, ovvero che il soccorso istruttorio dell'art. 6 opererebbe solo nel caso di istanze idonee a determinare l'avvio procedimentale⁴⁴ e tali non sarebbero quelle incomplete nelle ipotesi passibili di conclusione silenziosa; sennonché, fermo restando che la semplificazione può certamente implicare anche la responsabilizzazione dell'istante, non solo rimarrebbe comunque da spiegare perché la richiesta passibile di accoglimento per silenzio debba subire un trattamento diverso e deteriore rispetto al normale, ma per di più deve tenersi conto che l'art. 3, comma 3, d.P.R. n. 300/1992, prevede per le attività private sottoposte alla disciplina dell'art. 20, l. n. 241/1990, uno specifico caso di "soccorso" per le istanze irregolari o incomplete.

A ben vedere, che un procedimento (ed in particolare un'istruttoria) debba esservi è soluzione che può pianamente farsi derivare dai numerosi rinvii che l'art. 20 fa ad altre disposizioni della l. n. 241/1990: così, con riferimento alla possibilità che sia indetta una conferenza di servizi (comma 2), all'esperibilità di valutazioni tecniche *ex art.* 17, all'evenienza dell'acquisizione di informazioni o di cer-

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63, in *Foro amm.*, 2014, 69 e Id., 11 settembre 2013, n. 4507.

⁴¹ Questa è la tesi sostenuta da A. Travi, *op. cit.*, 147 ss. e da F.G. Scoca, *op. cit.*, 207.

⁴² Vi è infatti motivo di ritenere che, laddove fosse esperita realmente una previa istruttoria, l'unico procedimento che avrebbe (logicamente) senso riavviare sarebbe quello per l'adozione di provvedimenti in autotutela.

⁴³ Dal combinato disposto degli articoli richiamati deriverebbe infatti che a fronte dell'istanza privata incompleta il responsabile del procedimento dovrebbe attivare la procedura di soccorso istruttorio e laddove l'istante rimanesse inadempiente il procedimento dovrebbe essere concluso con un provvedimento "di rito" in forma semplificata. Si consideri ad esempio la controversia recentemente decisa dal Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 12 febbraio 2020, n. 337, ove si dà atto del fatto che solo in giudizio l'amministrazione intimata ha rilevato l'assoluta insufficienza e carenza della documentazione prodotta dall'istante.

⁴⁴ Si badi, l'osservazione nella sua portata generale è sicuramente corretta (in tal senso valga il rinvio a S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, 83).

tificazioni, nonché all'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* (comma 5)⁴⁵.

Ma non vi è contraddizione fra procedimentalizzazione e risoluzione legale della fattispecie concreta? D'altronde, il silenzio assenso sarebbe stato introdotto proprio al fine di porre rimedio all'inerzia amministrativa.

Ebbene, si tratta di intendersi sul significato dell'inerzia. Si crede di poter escludere l'antinomia se, come pare corretto, l'inerzia non sia da interpretare come totale inattività, ma solo come mancata adozione del provvedimento. E difatti anche laddove si condividesse la tesi della degradazione del dovere in onere di provvedere⁴⁶, ciò non escluderebbe l'obbligo di procedere: l'amministrazione infatti non saprebbe sin da principio se sia da adottare un provvedimento negativo, ma potrebbe determinarsi in tal senso (adempiendo quindi all'onere) solo nell'ambito e a seguito dell'espletamento di un procedimento⁴⁷.

Ciò che più rileva nell'economia dello scritto è poi che circoscrivere l'annullabilità del silenzio assenso ai soli casi di illegittimità sostanziale⁴⁸ significa anche dequotare i vizi procedimentali oltre quanto previsto dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990: con la conseguenza che l'assenza del procedimento, e in particolare dell'istruttoria, non sarebbe un fatto di cui dolersi, ma solamente una costante di cui prendere atto.

Del tutto condivisibilmente, è stato sostenuto che «il silenzio dovrebbe considerarsi legittimo nel caso di svolgimento del procedimento con mancanza solo del provvedimento conclusivo; non quando, invece, la pubblica amministrazione sia rimasta del tutto inerte»⁴⁹.

⁴⁵ Diffusamente sul punto, C. Benetazzo, *Silenzio-assenso e dovere dell'amministrazione di svolgere l'istruttoria: spunti di riflessione offerti da una fattispecie in tema di sanatoria di opere edilizie abusive, in federalismi.it*, 2011, 25, nonché F. Gambardella, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *Giustamm.it*, 2007, il quale parla, per l'appunto, di «doverosa istruttoria». Per E. Scotti, *Silenzio-assenso*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 686, nei procedimenti soggetti al regime del silenzio assenso resta «fermo il dovere primario di un corretto e fisiologico esercizio della funzione amministrativa fondato sull'acquisizione e sulla ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati». Si consideri poi che il comma 1 dell'art. 20 nella sua prima versione conteneva un riferimento alla «complessità del rispettivo procedimento».

⁴⁶ F.G. Scoca, *op. cit.*, 177. Sul punto, però, si v. la critica di A. Cioffi, *op. cit.*, 172, secondo cui «ancor più improbabile è che l'onere possa cancellare il dovere di provvedere – ché a eliminare quel dovere si toglie al potere il nesso con l'interesse pubblico – dacché, si sa, è il dovere che connette il potere amministrativo all'interesse pubblico specifico».

⁴⁷ Per S. Vernile, *op. cit.*, 36, «l'amministrazione è esonerata dall'adottare un provvedimento espresso, ma non certo dall'esercizio della funzione, nel senso della concreta valutazione della situazione di fatto e di diritto rappresentata nell'istanza».

⁴⁸ F.G. Scoca, *op. cit.*, 210 ss. Cfr. anche G. Morbidelli, *Il silenzio amministrativo*, cit., 278.

⁴⁹ M.P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1057 ss., spec. 1071. Si v. però F. Fracchia, *op. cit.*, 347 s., il quale, se non si va errando, afferma che la formazione del silenzio assenso può prescindere dallo svolgimento di un procedimento e che, anzi, la disciplina stessa del silenzio risulta «caratterizzata dall'assenza del tradizionale procedimento». Si consideri però

È chiaro che questa conclusione muove su binari e persegue la tutela di interessi in parte differenti rispetto a quelli dell'istante. Vero è che pure quest'ultimo potrebbe avere interesse allo svolgimento di un procedimento che, nella prospettiva della vincolatezza in concreto⁵⁰, argini l'amplissima discrezionalità dell'amministrazione in sede di determinazioni di secondo grado⁵¹; ma è altresì evidente che in caso di totale inerzia l'istante (di regola, e salvo quanto si è detto *supra*) vedrebbe comunque accolta la sua domanda.

La dimensione procedimentale, al netto della sua funzione di tutela dell'interesse pubblico, rileverebbe pertanto primariamente come strumento di contraddittorio e quindi di garanzia per il terzo⁵². Assunto, questo, che sarebbe forse revocabile in dubbio se il silenzio assenso fosse riferibile soltanto a poteri vincolati⁵³; ma è risaputo (anche se non unanimemente accettato) che il *trend* legislativo così come l'orientamento di una consistente parte della dottrina vanno nel verso opposto⁵⁴, quest'ultima talvolta avendo saggiamente valorizzato la distinzione tra il piano giuridico (che non consentirebbe di escludere il potere discrezionale dall'alveo applicativo del silenzio assenso) e quello dell'opportunità (che al contrario consiglierebbe di riferire il silenzio assenso ai soli poteri vincolati)⁵⁵.

che l. A. scrive nel 2002 mentre i rinvii agli istituti procedimentali, oggi recati dall'art. 20, l. n. 241/1990, sono stati introdotti dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

⁵⁰ In tema si v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 127 ss.

⁵¹ Il «problema» dell'annullamento d'ufficio è stato recentemente considerato fra i motivi di inefficacia del silenzio assenso da M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss., spec. 171.

⁵² Per P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo tra procedimento e processo*, Torino, 2018, 69 ss., la partecipazione procedimentale è informata al «modello della duplicità funzionale, di tipo sia garantistico che collaborativo, in un'ottica che privilegia la prima delle due funzioni».

⁵³ Secondo G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 722 ss., il silenzio assenso non è ammissibile nei casi in cui sussista un potere discrezionale dell'amministrazione, potendo invece operare solo a fronte di provvedimenti vincolati o, al più, nelle ipotesi caratterizzate dall'esercizio della discrezionalità tecnica; e, si badi, è per questa ragione che è possibile affermare che il silenzio assenso «toglie di mezzo l'istruttoria (seppur non necessariamente, perché non elimina la facoltà di compierla e di provvedere espressamente)». Ciò però non significa che un procedimento non vi sia, perché, come rileva l'Autore, dell'avvio del procedimento se ne deve comunque dare comunicazione ai terzi (648). Nello stesso senso, Id. *Il silenzio assenso*, cit., 276 s.

⁵⁴ In primo luogo, l'art. 20, a differenza di quanto previsto all'art. 19, l. n. 241/1990, nulla dispone in merito al carattere del potere, con la conseguenza che se la s.c.i.a. «copre il sub-settore delle autorizzazioni vincolate [...] il campo di elezione del silenzio-assenso coincide (non può che coincidere) con quello delle autorizzazioni discrezionali» (F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *op. cit.*, 450). Si v. anche M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 254, secondo cui il silenzio assenso «può applicarsi anche a provvedimenti discrezionali (quelli vincolati sono sostituiti di regola dalla segnalazione certificata di inizio attività)». In secondo luogo, si consideri che talvolta l'estensione della fattispecie silenzio ai poteri discrezionali è (seppur solo implicitamente) ammessa dallo stesso legislatore (così, in relazione al permesso di costruire di cui all'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2018, 149 ss.).

⁵⁵ A. Travi, *op. cit.*, 252 s. In tal senso anche P.G. Lignani, *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, secondo il quale «la maggiore o minore discrezionalità del provvedimento, invece, non è una caratteristica strettamente determinante in ordine alla possibilità di utile impiego del silenzio-assenso. S'intende che questo strumento trova il suo terreno d'elezione nel campo dei provvedimenti che implicano una mera verifica di presupposti documentabili (esempio: corrispondenza del progetto alle prescrizioni del piano regolatore),

Sennonché, se un procedimento deve esservi, non è detto che un provvedimento vi sia. Con la conseguenza che il terzo può trovarsi in quella medesima (o quantomeno equiparabile) situazione di incertezza che troppo spesso è evocata dal solo punto di vista dell'istante: il terzo infatti, in caso di conclusione silenziosa, non saprebbe (salvo successiva e parziale ricostruzione dell'istruttoria tramite accesso agli atti) né il motivo della reiezione delle sue ragioni né se una ponderazione effettivamente vi sia stata.

Non sorprende, quindi, che in dottrina sia stato sostenuto che la partecipazione attiva del terzo in seno al procedimento amministrativo escluderebbe la possibilità di una conclusione silenziosa⁵⁶. Il terzo sarebbe infatti titolare di una aspettativa procedimentale qualificata (un legittimo affidamento) all'adozione di un provvedimento espresso in cui si dia conto delle ragioni per le quali il suo punto di vista non è risultato determinante ai fini del diniego all'istanza altrui; con la conseguenza, tutt'altro che scontata, che la fattispecie silenziosa sarebbe passibile di annullamento⁵⁷.

Se non si va errando, la conclusione contraddice le premesse. Se la partecipazione del terzo obbliga l'amministrazione ad adottare un provvedimento espresso, il decorso del termine non consentirebbe neppure la formazione del silenzio assenso, ma implicherebbe solo una situazione di silenzio inadempimento, rilevante solo (o maggiormente) per il privato istante. Il dato legislativo, però, non pare consentire di percorrere neppure questa via mediana, se non altro perché è l'art. 20, comma 2, che allo stesso tempo "impone" di tenere conto delle situazioni giuridiche dei controinteressati, ma obbliga la conclusione esplicita solo laddove sia indetta la conferenza di servizi.

L'elaborazione dottrinale poc'anzi esposta, per quanto non ritenuta ammissibile nei suoi possibili risvolti applicativi, è però foriera di spunti di riflessione per le premesse da cui parte.

Invero, anche a non ammettersi che l'ingresso delle ragioni del terzo abbia potere preclusivo rispetto alla conclusione silenziosa, il fatto che il terzo abbia partecipato attivamente e non sia poi stato messo a conoscenza della valutazione delle sue allegazioni impone di saggiare la sussistenza di qualche ipotesi (o forma) alternativa di tutela. Ed è su questo piano che la sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019, pur se riferita alla s.c.i.a., può venire in soccorso.

ma non è incompatibile con situazioni nelle quali si esercita una certa discrezionalità (esempio: certi nulla-osta o licenze). Sta naturalmente al legislatore decidere se e quando convenga introdurre il silenzio-assenso anche in relazione ad atti discrezionali».

⁵⁶ R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1024 ss., spec. 1061 e, più di recente, P. Lombardi, *op. cit.*, 160.

⁵⁷ R. Ferrara, *op. cit.*, 1063.

4. *Riflessioni a margine della sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale. “Autotutela” e dovere di procedere*

Per comprendere le ragioni del collegamento (solo mediato) fra la sentenza della Corte costituzionale e il tema oggetto dello studio è necessario anzitutto esporre la questione di legittimità costituzionale, seppure nei suoi termini generali ma essenziali alle considerazioni che si andranno a svolgere⁵⁸.

La vicenda è ampiamente nota. Una volta risolto nel comma 6-ter dell'art. 19 il doppio problema della natura della s.c.i.a. (atto privato) e delle forme di tutela del terzo (azione ex art. 31 c.p.a.), residuava la questione (poi divenuta, per l'appunto, di legittimità costituzionale) relativa alla mancata previsione nel citato comma 6-ter di un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche spettanti alla pubblica amministrazione.

Due sono essenzialmente gli assunti del Tar rimettente ed entrambi si appuntano sui poteri postumi riconosciuti dall'art. 19 all'amministrazione destinataria della segnalazione certificata.

In primo luogo, il Tar esclude che il comma 6-ter si riferisca al potere da esercitarsi, ai sensi del comma 4, nelle forme e modi di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990; si badi, una conclusione questa giustificata dall'aderenza a quel tradizionale e maggioritario orientamento del giudice amministrativo che da sempre ha negato che sull'istanza di riesame si formi un silenzio rifiuto, sul presupposto che i poteri di “autotutela”, in quanto caratterizzati da ampia discrezionalità, sarebbero incoercibili dall'esterno⁵⁹.

⁵⁸ Per un'analisi esaustiva si rinvia a E. Frediani, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 579 ss.

⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3426; Id., sez. V, 22 gennaio 2014, n. 322; nonché con precipuo riferimento alla s.c.i.a., cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 23 ottobre 2015, n. 4998. È ampiamente noto in dottrina il dibattito sulla natura del potere di annullamento officioso e qui non può darsene pienamente conto. Basti ricordare che, il contrasto assestatosi attorno alla natura dell'annullamento d'ufficio, alternativamente descritta come obbligatoria (V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939) o siccome ampiamente discrezionale (G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939), in tempi recenti si sta ricomponendo attorno all'idea della necessità «di procedere quantomeno ad una prima sommaria delibazione, dalla quale semmai nascerà il procedimento d'ufficio» (G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 251 ss., spec. 252). Così, da un lato – scomponendo la condizione in astratto dei privati (i quali «in via generale, e in astratto, non hanno una vera e propria pretesa qualificata a vedere decise le proprie istanze di autotutela») dalle situazioni, evidenziate dalle istanze private, «in cui in concreto» l'amministrazione ha il potere-dovere di provvedere (sussistendo i presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990) – si è affermato che, gli interessati «possono censurare» la decisione dell'amministrazione di non provvedere ad annullare l'atto, perché «opinando diversamente, si dovrebbe ritenere che il potere in parola si risolve in una qualche sorta di mera facoltà: il che però cozzerebbe contro la segnalata doverosità dell'azione amministrativa» (G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 ss., spec. 331); dall'altro lato, ripercorrendo la tesi di A. Meloncelli, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, si è detto che la doverosità nell'*an* dell'*agere* non solo implica

Affermato che l'unico potere a cui fa riferimento il comma 6-ter dell'art. 19 è quello inibitorio, perché doveroso e vincolato, il Tar esclude però che il termine entro cui sollecitare l'amministrazione sia quello previsto dai commi 3 (60 giorni) e 6-bis (30 giorni, per la s.c.i.a. in materia edilizia), così come nega fondatezza alle altre molteplici tesi giurisprudenziali intervenute sul punto.

La questione di legittimità costituzionale giunta dinanzi alla Corte viene risolta in poche battute e per farlo, una volta negato il fondamento alla tesi del rimettente atta a riconoscere un «potere “in bianco”», il giudice delle leggi conferma la legittimità costituzionale dell'attuale impianto normativo, riconducendo le verifiche prescritte dal comma 6-ter ai poteri (e ai relativi termini già) disciplinati dai commi 3, 6-bis e 4.

A margine di queste premesse generalissime emerge un dato ben più rilevante per l'analisi qui condotta. Includendo fra i poteri astrattamente contemplati dal comma 6-ter non solo quelli inibitori dei commi 3 e 6-bis ma anche quello recato dal comma 4 – che per praticità il Tar definisce di “autotutela” – la Corte ha sovvertito il consolidato orientamento giurisprudenziale – già portato all'attenzione della Consulta dal giudice rimettente – per il quale non sussiste(va) un obbligo di procedere in relazione alle istanze di riesame ampiamente discrezionali.

Senonché, la Corte non ha giustificato l'assunto, se non attraverso autoevidenti (e pertanto non provanti) considerazioni. Ricercare per via interpretativa la giustificazione del non detto può apparire un esercizio oltremodo infruttuoso, ma si può ipotizzare che le ragioni della Corte risiedano sull'esigenza di bilanciare l'affidamento del segnalante con l'interesse del terzo. Insomma, poiché il termine di sessanta e trenta giorni sarebbe eccessivamente ristretto e siccome il terzo nei casi di s.c.i.a. risulta (almeno in principio) completamente estromesso, si è riconosciuto, per finalità “equitative”, il beneficio del termine di diciotto mesi⁶⁰ e con ciò anche l'obbligo dell'amministrazione di procedere sull'istanza volta ad attivare un potere caratterizzato dall'ampia discrezionalità garantita dal rinvio alle condizioni di cui all'art. 21-nonies⁶¹.

«il dovere di prendere in considerazione l'istanza di autotutela» ma comporta anche il «dare conto del fatto che l'ipotesi di riesame è stata valutata» (S. Tuccillo, *op. cit.*, 208). Per una ampia analisi del tema, cfr. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.

⁶⁰ Per L. Bertonazzi, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711 ss., spec. 722 s., le tempistiche della vicenda sostanziale e processuale impongono di affermare che «mai e poi mai è ipotizzabile un ordine giudiziale di provvedere ai sensi dell'art. 19, comma 3, cit.: è lo stesso legislatore, si noti, ad escludere matematicamente una siffatta eventualità»; sicché «le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter cit. coincidono con il potere inibitorio/repressivo di cui all'art. 19, comma 4, esercitabile in presenza delle condizioni di cui all'art. 21-nonies cit. perché così vuole il legislatore».

⁶¹ In questo senso il pt. 4 dell'ordinanza di remissione del Tar Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667.

Se queste sono le ragioni sottese al *revirement*, pare allora legittimo domandarsi se l'obbligo di attivazione in ordine all'istanza di riesame, riconosciuto esplicitamente nei casi di s.c.i.a., sia estendibile anche alle ipotesi di silenzio assenso.

La risposta può essere di segno positivo, ma a condizione che si argomenti a partire dalle innegabili differenze che intercorrono fra la s.c.i.a. e il silenzio assenso, perché non si può tacere del fatto che proprio sulla base di esse si può giungere a conclusioni del tutto contrarie a quelle qui proposte.

Nelle ipotesi di s.c.i.a. un procedimento è assente e il terzo, che non è neppure messo a conoscenza della segnalazione, subisce una lesione non per effetto dell'esercizio del potere, ma in virtù del mero avvio dell'attività privata. In questi casi la garanzia partecipativa del terzo controinteressato è recuperata solo *ex post*, in sede di sollecitazione all'esercizio dei poteri inibitori e di "autotutela", con la conseguenza che la doverosità di procedere, seppur a fronte di un «potere di merito»⁶², diviene quindi precisa risposta ad istanze di garanzia (o, come si diceva, equitative) a tutela del terzo.

Nelle ipotesi di silenzio assenso, invece, si è – o quantomeno si dovrebbe essere (v. *supra* par. 3.) – in presenza di fattispecie proceduralizzate, sicché il terzo può assumere la posizione di controinteressato procedimentale necessario, se facilmente individuato o individuabile (art. 7, l. n. 241/1990), o di intervenitore eventuale (art. 9), con la conseguente possibilità di spiegare sin da subito le prerogative riconosciutegli dall'art. 10. Tenuto conto della possibilità del terzo di rappresentare già nel procedimento il suo "punto di vista", assicurare il dovere di attivazione dell'amministrazione a fronte dell'istanza in autotutela potrebbe allora risultare una garanzia esorbitante. Così come potrebbe essere opposto il fatto che nei casi di silenzio assenso, diversamente dalla s.c.i.a., il terzo avrebbe comunque il diritto di impugnare gli effetti illegittimi, con la conseguenza che riconoscere la doverosità dell'avvio del procedimento di autotutela porrebbe il problema dell'elusione dei termini decadenziali di ricorso⁶³.

Ma sono proprio le controverse condizioni di generica "contestabilità" del silenzio, prima ancora di quelle relative alla sua impugnabilità, a fornire lo spunto per una conclusione differente.

A ricordarsi infatti degli incerti confini fra inesistenza e illegittimità del silenzio e finanche dell'orientamento che riconduce sostanzialmente alla prima tutte le vicende patologiche del silenzio (*supra* par. 2 e 3.), il problema dell'elusione del termine non sarebbe più tale. Problematico diviene semmai lo stato di incertezza in cui versa il terzo, il quale, nella controversa dinamica interpretativa

⁶² R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 642.

⁶³ Si consideri però quanto auspicato da R. Resta, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Foro amm.*, 1937, 121 ss., il quale si pronunciava «*de iure condendo*» a favore di un rimedio atto ad evitare il permanere di uno stato di fatto contrario al diritto.

dell'istituto, avendo magari legittimamente confidato nell'inesistenza del silenzio e avendo lasciato decorrere i termini di ricorso, in sede di azione di mero accertamento potrebbe comunque sentirsi opporre in uno all'esistenza del silenzio anche la decadenza dall'impugnazione. La doverosità dell'avvio del procedimento in *autotutela* si giustificerebbe allora in quanto strumento di garanzia a presidio delle esigenze di *tutela*. E proprio a questo riguardo non può tacersi di un recente orientamento che, ponendo correttamente l'accento sul passaggio «dall'autotutela alla tutela», ha avanzato vigorose critiche all'orientamento pretorio maggioritario che frena le pretese private di autotutela. L'interesse sull'articolato studio dell'Autrice va necessariamente circoscritto, per motivi di sintesi, ad alcune delle riflessioni condotte sul principale limite rappresentato dall'inoppugnabilità. Brevemente, non solo lì si dimostra che «il concetto di inoppugnabilità è tutt'altro che assoluto» e che la giurisprudenza ha via via elaborato ben più di una eccezione alla regola, ma si “conclude” ricordando «che l'inoppugnabilità è istituto che opera sul piano processuale e giustiziale» e che essa «non estingue affatto la posizione soggettiva sul piano sostanziale. L'interesse legittimo, cioè, persiste»⁶⁴.

Sotto il profilo della “stretta” illegittimità degli effetti del silenzio è opportuno invece tener conto delle considerazioni svolte in merito alla lesione dell'affidamento del terzo per il caso in cui, pur avendo egli partecipato attivamente al procedimento, questo si sia poi concluso con un silenzio dal valore legale di assenso (*supra* par. 3.). Se è considerazione tralatizia che l'impugnazione del silenzio assenso, soprattutto nei casi di potere discrezionale, sia difficoltosa per il terzo data l'assenza (fisiologica) della motivazione; se è corretto escludere che la partecipazione del terzo imponga necessariamente la conclusione provvedimentoale; allora potrebbe sostenersi che la posizione di legittimo affidamento del terzo a prendere cognizione delle ragioni della reiezione delle proprie allegazioni possa giustificare l'obbligatorietà di avviare, su istanza di parte, il procedimento di riesame anche nei casi di silenzio assenso⁶⁵. Pur laddove l'amministrazione ritenesse sussistenti le ragioni per confermare gli effetti legali già prodottisi, ciò consentirebbe al terzo di recuperare in un secondo momento la parte motiva rimasta precedentemente inevasa⁶⁶: se è consentito prendere a prestito una felice formula elaborata

⁶⁴ M. Allena, *L'annullamento d'ufficio, dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 96 e 99, ma più in generale 49 ss.

⁶⁵ Sul presupposto generale dell'inconfigurabilità di un obbligo ad avviare il procedimento ad istanza di parte nei casi in cui l'individuazione dell'interesse pubblico è legalmente rimessa all'amministrazione (come nell'ipotesi dell'autotutela decisoria), F. Trimarchi Banfi, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss., precisa che nei «rapporti giuridici multipolari, coloro i cui interessi sono rilevanti nella disciplina dell'attività hanno titolo, per ciò stesso, a pretendere l'attuazione di questa disciplina con tutti i mezzi che la legge conferisce all'amministrazione a questo scopo: non vi sono di regola poteri amministrativi riservati che possano essere opposti a questa pretesa» (35).

⁶⁶ La tesi qui proposta trova il conforto di S. Tuccillo, *op. cit.*, 210 ss., la quale, muovendo dal critico binomio assenza di provvedimento-termine di decadenza per il riesame, del tutto condivisibilmente afferma che

ta in tema di ADR, il tutto avverrebbe nell'ottica della «ricerca di una possibilità di permanenza e di convivenza proiettata nel futuro, piuttosto che dall'intento di stabilire chi abbia avuto ragione o torto nel passato»⁶⁷.

5. *Alcune considerazioni conclusive sulla semplificazione per "silenzi"*

La Corte costituzionale nella sentenza n. 45/2019 concludeva affermando «l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini [...] di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata». La statuizione è qui utile perché con essa la Corte pare aver voluto suggerire la previsione di un obbligo di comunicazione da adempiere nei confronti dei terzi (quantomeno di quelli facilmente identificabili)⁶⁸.

Si tratta di tutta evidenza di un esito che meriterebbe ben più ampia analisi, ma che ai limitati fini dello scritto consente di rievocare il tema dell'irriducibile tensione fra liberalizzazione/semplificazione, da un lato, e tutela del terzo, dall'altro. Un conflitto questo che mette in discussione solo il primo dei due termini della contesa, essendo sufficiente considerare che la copertura costituzionale recata dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. impedisce da sé che la conformazione in senso "efficientistico" dell'attività amministrativa – benché «funzione permanente»⁶⁹ e «imposta [...] dai principi generali dell'ordinamento costituzionale ed eurounitario»⁷⁰ – si risolva anche in una lesione della tutela del terzo⁷¹.

Per quanto si è detto nelle pagine che precedono non può esitarsi nell'affermare che la disciplina positiva e l'interpretazione giuridica assicurano formalmente una tutela al terzo.

«potrebbe allora ipotizzarsi, con riferimento alle fattispecie ad esito silenzioso, che l'istanza di autotutela faccia sorgere l'obbligo di procedere – o quantomeno di esplicitare le ragioni per le quali si reputa di non procedere – onde controbilanciare l'assenza del provvedimento espresso e ampliare il ventaglio delle tutele disponibili. Per questa via, considerata la mancanza del provvedimento espresso e la situazione di asimmetrie informativa dell'amministrazione, si potrebbe giungere al risultato di fare emergere la motivazione sottesa all'atto di assenso tacito o quantomeno di fornire una giustificazione alla sua assenza» (212 s.).

⁶⁷ M. Ramajoli, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557 ss., spec. 561.

⁶⁸ Sul punto però si v. L. Bertonazzi, *op. cit.*, 725 s.

⁶⁹ G. Piperata, *Lo sportello unico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 41 ss., spec. 43.

⁷⁰ M.A. Sandulli, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss., spec. 441 (si v. anche la giurisprudenza ivi citata).

⁷¹ Per F. Trimarchi Banfi, *Il "terzo" nel diritto amministrativo*, cit., la semplificazione modifica solo la posizione giuridica di chi intende svolgere l'attività regolata, mentre «la garanzia dell'interesse [dei terzi] resta impregiudicata» (42 s.), giacché «non vi è nulla nella disciplina della semplificazione che implichi la modificazione della situazione del terzo, il quale conserva le pretese che gli derivano dal regime pubblicistico dell'attività, del quale l'amministrazione è garante» (47).

Vero è però che la giurisprudenza e la dottrina non hanno fornito risposta univoca a quasi nessuno degli interrogativi di cui si è dato conto nell'elaborato, con la conseguenza che (non solo l'istante, come troppo spesso si tende a dire, ma anche) i terzi si trovano calati in una posizione di perdurante incertezza circa: i) la formazione del silenzio assenso, che dipende talvolta dalla sensibilità del giudice adito; ii) le ragioni sottese alla conclusione *per silentium* (totale inerzia o "scelta" volontaria); iii) l'esercizio del potere di riesame, in particolare con riferimento alla sua doverosità nell'*an* e alla "libertà" nel *quid*⁷². E già sotto questo aspetto, cioè dal punto di vista dell'operatore e dei terzi, può dirsi che non si è dinanzi ad una "buona" semplificazione se da essa non deriva alcuna certezza nell'applicazione e nell'interpretazione della disciplina di riferimento⁷³.

Vi è allora che le misure di semplificazione possono (e forse devono) essere valutate anche sotto il profilo dell'opportunità e quindi della loro utilità. D'altronde, se quelle si pongono nell'ottica dell'amministrazione di risultato⁷⁴, ebbero anche per quelle dovrebbe poter essere applicata la logica della valutazione delle *performance* propria di quel sistema⁷⁵.

In questa prospettiva deve essere evidenziato che il tema della tutela del terzo ha consentito di accentuare un dato, quello della necessità del procedimento, che normalmente è valorizzato in relazione alla ponderazione degli interessi sensibili nei casi di silenzio assenso endoprocedimentale. E non vi è chi non veda come sia strana questa vicenda in cui (in nome della semplificazione) l'amministrazione sia sgravata solo del dovere di adottare il provvedimento finale, ma sia al contempo obbligata (almeno formalmente) ad ottemperare a tutti gli adempimenti procedurali. Vero è che si sta vivendo l'epoca del «declino della decisione motivata»⁷⁶, ma ciò, se è consentito dirlo, è una patologia e non già un esempio su cui ergere un giudizio di valore.

⁷² M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 254 s.

⁷³ Come osservato da P. Otranto, *op. cit.*, 172, «se la semplificazione deve costituire anche uno strumento utile a superare la crisi economica [...] l'incertezza derivante dall'assenza del provvedimento amministrativo sembra incompatibile con i compiti affidati all'Amministrazione nello "Stato del mercato"». Sul legame fra semplificazione e competitività del Paese si vedano le riflessioni di T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.

⁷⁴ Per V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617 ss., l'idea della semplificazione è una «idea un po' complessa, che ha origine in una nuova concezione dell'amministrazione, tradizionalmente ignorata nella scienza giuridica, interessata piuttosto alla legittimità dell'azione amministrativa, anziché alla sua efficacia» (617).

⁷⁵ Secondo M. Cammelli, *Intervento*, in *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, a cura di G. Sciuillo, Bologna, 2008, 205 ss., «la semplificazione non può essere presa come bene 'in sé', ma va collegata agli obiettivi che si propone e valutata in termini di proporzionalità o, se si preferisce, di analisi costi-benefici» (205).

⁷⁶ Così come chiaramente ammesso da quella attenta dottrina che ha (ironicamente) ricordato l'assunto giurisprudenziale per il quale l'allargamento dei confini della motivazione *per relationem* avverrebbe «in omag-

Si impongono pertanto alcune considerazioni più generali sotto il profilo della semplificazione.

Nel Vocabolario Treccani la semplificazione è definita come «il fatto di semplificare» e quindi come l'effetto del «rendere semplice o più semplice»⁷⁷ o meno complicato. Nella tradizione giuridica, invece, della semplificazione non è agile fornire una definizione puntuale, o quantomeno unitaria⁷⁸, giacché essa non sfugge ad una pluralità di articolazioni⁷⁹.

Se della semplificazione amministrativa non è pertanto conveniente parlare in termini di essere, diverso è a dirsi in relazione al dover essere della semplificazione procedimentale, specie se il discorso viene condotto sul piano della differenziazione fra i profili della «complicatezza» e della «complessità»⁸⁰.

La complessità è «qualcosa di cui la nostra società non può fare a meno»⁸¹, perché è il carattere della realtà, è l'intreccio degli interessi pubblici e privati (e quindi anche di quelli in titolarità dei terzi) e per osmosi è il carattere della funzione amministrativa⁸². La complicatezza dell'amministrazione, invece, è il «bizantinismo» burocratico, ovvero il prodotto dell'eccessiva o carente (o comunque cattiva) normazione primaria e secondaria. In altre parole, mentre la com-

gio ad una visione... coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 Cost.» (M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss., spec. 908 s.).

⁷⁷ In *Vocabolario della lingua italiana. Il conciso*, Roma, 1998.

⁷⁸ Per A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di G. Sala, G. Sciullo, Napoli, 2017, 3 ss., la semplificazione deve essere intesa non come «mera tecnica», ma è anzitutto scelta «politica» in relazione all'introduzione di nuove gerarchie di interessi e al «riposizionamento» dell'amministrazione e della sua «strategia complessiva» (5 s.).

⁷⁹ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 156, descrive la semplificazione come fenomeno «plurimo e pluristrutturato» e come espressione «marcatamente polisemica, e dunque apprezzabile sul piano meramente descrittivo». La semplificazione amministrativa è tradizionalmente distinta dalla liberalizzazione, che è cosa differente perché essa «ove attuata, porta all'eliminazione totale o parziale della cornice pubblicistica di talune attività» (M.P. Chiti, *op. cit.*, 1066). A loro volta le misure di semplificazione amministrativa si distinguono a seconda dell'oggetto (organizzazione e/o procedimento) su cui gravano (imprescindibile è il riferimento a L. Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 385 ss., ma anche a E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss., spec. 341, il quale evidenzia lo stretto legale che intercorre fra la semplificazione dell'azione e quella dell'organizzazione, rimarcando che «la riduzione e l'accorpamento dei procedimenti corrisponda anche al riordino di molte amministrazioni e alla soppressione o trasformazione in soggetti privati di molti enti»). All'interno di tale bipartizione dal valore eminentemente descrittivo, vi è poi chi ha definito una scala valoriale identificando nella semplificazione procedimentale «la madre di tutte le semplificazioni» (M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss., spec. 690).

⁸⁰ In tema si v. M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. app.*, 2016, 758 ss., spec. 763 ss.; Id., *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss.

⁸¹ G. Arena, *Semplificazione normativa: un'esperienza e alcune riflessioni*, in *Le Regioni*, 1999, 851 ss., spec. 875.

⁸² Secondo F. Benvenuti, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1828 ss., «per questa capacità propria dello Stato e degli organismi intermedi di esprimere tutta intera la nostra vita sociale, già si manifesta come si sia in presenza di un fenomeno complesso».

plexità è il carattere della funzione, la complicatezza è il difetto della forma dinamica della funzione, ovvero del procedimento.

Da qui la constatazione che oggetto della semplificazione procedimentale dovrebbe essere la complicatezza e non già la complessità che è invece «un aspetto caratteristico e ineliminabile del sistema giuridico di una società democratica e pluralista, di cui si deve prendere atto e che si deve imparare a gestire in modo adeguato»⁸³.

Se questo è (o quantomeno dovrebbe essere) il senso della semplificazione procedimentale, occorre allora indagare su che piano operi il silenzio assenso.

Poiché il carattere della complessità è proprio del (ed è risolto dal) potere discrezionale, sarebbe opportuno comprendere una volta per tutte se il silenzio assenso riguarda effettivamente solo le ipotesi di attività vincolata: in tal caso non si porrebbe neppure il problema, perché la soluzione alla fattispecie reale complessa sarebbe già definita *ex ante* dal legislatore. Ma come si è visto, l'interpretazione dottrinale maggioritaria apre anche alle fattispecie discrezionali.

Ebbene, quando la semplificazione (e per essa il silenzio assenso) agisce nel campo delle funzioni caratterizzate da discrezionalità, intervenendo sulla parte terminale del procedimento, ovvero sul provvedimento – che nell'azione discrezionale regola l'intreccio della pluralità degli interessi e ne dà evidenza esterna – essa finisce per operare impropriamente. Solo apparentemente essa interviene sul piano della sola complicatezza (rimuovendo un adempimento formale), ma in realtà essa agisce indirettamente nell'alveo della complessità, perché quella rimozione attiene ad un atto che ha una valenza anche sostanziale.

L'azione discrezionale è un'attività necessariamente complessa e, al netto dei deprecabili bizantinismi burocratici (i quali introducono il diverso significato di “complicatezza”), se di semplicità *tout court* si vuol parlare, essa è nella migliore delle ipotesi una banalizzazione lessicale⁸⁴ o, nella peggiore, un'insidia ai caratteri peculiari del diritto amministrativo.

E proprio a quest'ultimo riguardo, vi è da dire che dietro al vessillo della semplificazione sono stati intrapresi inadeguati percorsi di riduzione a semplicità della complessità dell'*agère* amministrativo: l'idea della superfluità della legalità è andata evolvendo progressivamente allo sviluppo (e quindi alla generalizzazione) dell'azione *iure privatorum*⁸⁵ e della (in)attività per silenzi.

⁸³ M. Bombardelli, *Il silenzio assenso*, cit., 764.

⁸⁴ M.P. Chiti, *op. cit.*, 1067 e 1072.

⁸⁵ Nei *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, Fabio Merusi ammonisce del fatto che per liberarsi dai vincoli della legalità si è cercato di dissolvere il confine fra pubblico e privato, «inventandone di tutte: [...] si è tentato di distinguere fra atti imperativi di esercizio della sovranità e atti non autoritativi, per poi concludere che la legalità serviva solo per i primi e non per i secondi [...]» (11 s.).

Sul fronte del silenzio assenso il risultato prodotto è stato duplice. Su di un piano più prettamente materiale e concreto si è persa la motivazione, con conseguente complicazione del sistema di tutela; sul piano della teoria generale, si è assistito invece allo smarrimento della legalità e della doverosità dell'azione amministrativa: caratteri resi impalpabili dall'assenza di qualsiasi forma di evidenza della conduzione e della conclusione dei procedimenti⁸⁶.

Si tratta di una prospettiva coerente con la lettura, per così dire, micro del fenomeno dell'amministrazione di risultato⁸⁷. Una lettura secondo la quale il risultato, lungi dal descrivere una più complessiva prospettiva di responsabilizzazione della p.a.⁸⁸, corrisponderebbe all'*output* delle solitarie vicende di attività amministrativa puntuale; con la conseguenza che, in nome della cosiddetta «ansia di provvedere»⁸⁹ e della «massima considerazione possibile per le attese e aspettative del privato»⁹⁰, il valore dell'amministrare viene risolto nella economicità e celerità della risposta, ovvero nell'esigenza contingente di garantire comunque un esito⁹¹.

Sennonché, come è stato correttamente osservato, la semplificazione può porre le basi per un'amministrazione più efficace ed efficiente, ma ciò non implica anche che essa debba immediatamente fornire «positivo rilievo dei risultati sostanziali dell'amministrazione»⁹². È superfluo insistere sul fatto che le vicissitudini del silenzio assenso hanno seguito invece una parabola differente, ovvero quella in cui lo strumento coincide con il fine: le costruzioni teoriche volte ad aumentare le garanzie di tutela per i terzi (e per gli interessi pubblici) sono parte della dimostrazione.

Insomma, per dirla con Cassese, «se vogliamo, continuiamo pure a parlare di amministrazione di risultati. A condizione, però, di essere avvertiti che – a rigo-

⁸⁶ In tal senso, R. Politi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e riflessi sulla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 92 ss., spec. 105.

⁸⁷ Cfr. M. Gioiosa, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, 162 ss. Più in generale sul legame fra semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato si v. F. Figorilli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004, 210 ss.; M.A. Sandulli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, ivi, 231 ss.

⁸⁸ Per M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss., riferirsi all'amministrazione di risultato significa «riconoscere all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque la possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali» (109).

⁸⁹ Espressione formulata da E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, cit., 344, il quale sottolinea che «la legge, disciplinando la semplificazione, vuole garantire il raggiungimento di un risultato, indipendentemente dalle «resistenze» o dalle «difficoltà» che nel corso del procedimento possano configurarsi» (342).

⁹⁰ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 160.

⁹¹ Secondo F. Figorilli, *op. cit.*, 211, l'idea che il risultato sia espressione dell'ansia di provvedere «coincide con l'intento prevalente del legislatore di far fronte ad una situazione di emergenza», più oltre identificata nel «malfunzionamento degli apparati pubblici» (217).

⁹² M.P. Chiti, *op. cit.*, 1067.

re – la formula è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò [...]. Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata»⁹³.

A chiusura, sia consentita una postilla.

Nella locandina del Seminario compariva l'opera "Tre per tre (Ognuno è l'altro o nessuno)" di Giulio Paolini. Un'immagine, si diceva in quella sede, alquanto appropriata perché delle tre figure ivi rappresentate, ve ne è una, più defilata, anzi isolata, che rappresenta chiaramente la posizione del terzo nelle ipotesi di s.c.i.a. e di silenzio assenso. Vi è poi però che l'opera raffigura lo stesso soggetto in tre ruoli diversi: modello, pittore e osservatore. Non credo sia un caso che l'unicità del tema dell'incontro, cioè il regime amministrativo delle attività private, fosse declinato secondo le tre fattispecie della s.c.i.a., del silenzio assenso e del provvedimento espresso. Ora, se mi è consentito, mi piacerebbe poter immaginare e descrivere lo studioso del silenzio assenso come se fosse il ritrattista: ritrae (aspirando che il risultato sia) il modello, ovvero la vicenda provvedimentale.

⁹³ S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941.

I confini incerti delle patologie e la tutela del terzo nel silenzio assenso fra (de)procedimentalizzazione e semplificazione

L'articolo analizza in prospettiva critica l'istituto del silenzio assenso per identificare, e cercare di risolvere, alcuni dei limiti applicativi che si oppongono alla piena tutela del terzo. In particolare, l'attenzione sarà dedicata dapprima alle forme di invalidità (inesistenza e illegittimità), dando conto dell'alto grado di incertezza applicativa; in secondo luogo, valorizzata la dinamica procedimentale, sarà proposto un collegamento con alcune delle implicazioni derivanti dalla sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale, seppur riferita alla s.c.i.a. La connessione si rivelerà funzionale a individuare per i soggetti terzi un regime di tutela "rafforzato" a fronte di una disciplina che, nel perseguire la semplificazione, non si è rivelata affatto neutra per le posizioni dei soggetti privati coinvolti.

The uncertain boundaries of pathologies and the protection of third parties in tacit consent amid (de)proceduralisation and simplification

The article aims to analyse the so-called 'tacit consent' in order to identify (and to seek a solution for) some issues which impede a full protection of the interests of third parties. Firstly, particular attention will be paid to invalidities (their non-existence and unlawfulness) and to the uncertainties in their jurisprudential application. Secondly, once the procedural scheme is enhanced, a connection will be proposed with judgement no. 45/2019 of the Italian Constitutional Court. Although the judgment is referred to the so-called 'S.C.I.A.' (the certified report of the start of activity), the link will be useful to establish a strengthened protection for third parties, before regulations which, in its pursuit of simplification, have proved to be far from harmless for all the private parties involved.

