



**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**

di

***Cristiana Benetazzo***

*(Ricercatore di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Padova )*

28 dicembre 2011

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive sul tema oggetto del presente scritto: l'indagine sulla sussistenza (o meno) di un dovere in capo alla p.A. di rispettare, anche nelle ipotesi di silenzio-assenso, i principi che regolano lo svolgimento dell'istruttoria. – 2. Le caratteristiche strutturali del silenzio-assenso e i limiti di applicazione dell'istituto nella disciplina generale del procedimento. Decorso del termine e potere di provvedere. Silenzio-assenso e autotutela. – 3. La questione della natura giuridica del silenzio-assenso: l'iniziale qualificazione del silenzio-assenso come comportamento concludente. La qualificazione del silenzio-assenso come fenomeno diverso dall'atto amministrativo: a) il silenzio assenso come valutazione legale tipica; b) il silenzio-assenso come finzione giuridica. – 4. Silenzio-assenso e dovere di provvedere. Il dibattito sulla applicabilità al silenzio-assenso dei principi che regolano l'istruttoria. – 5. Argomenti di ordine testuale, sistematico e logico-giuridico dimostrano che, anche nelle ipotesi di silenzio-assenso, non viene meno il dovere in capo alla p.A. di svolgere l'istruttoria: fondamento di tale ricostruzione sull'art. 20 della legge n. 241/1990 (come riformulato dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005) – 6. (segue): precisazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale e di quella comunitaria sull'ambito di applicazione delle disposizioni in tema di silenzio-assenso.

1. – La decisione annotata costituisce l'occasione per tornare su un tema classico del diritto amministrativo, il silenzio-assenso della p.A., la cui disciplina è stata profondamente "rivisitata", a seguito delle riforme operate dalle leggi n. 15 <sup>(1)</sup> e n. 80 del 2005 <sup>(2)</sup>. Tali testi normativi, come è noto, modificando le disposizioni relative al termine di conclusione del procedimento e all'ambito di applicazione del silenzio-assenso, hanno, da un lato, previsto la possibilità di impugnare il comportamento omissivo della p.A. protrattosi oltre il termine conclusivo senza necessità di previa diffida; dall'altro, generalizzato <sup>(3)</sup> l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso, in tutti i casi in cui la p.A. non emani, entro il termine stabilito, un provvedimento espresso.

L'attenzione della dottrina si è appuntata principalmente sulle previsioni del nuovo art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, relative al silenzio-inadempimento della p.A. <sup>(4)</sup>; e ciò, com'era naturale attendersi, dal momento che esse hanno posto fine ad un dibattito giurisprudenziale risalente <sup>(5)</sup>, facendo definitivamente chiarezza in merito alle ipotesi di inerzia della p.A.

---

<sup>(1)</sup> Legge 11 febbraio 2005, n. 15.

<sup>(2)</sup> Legge 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>(3)</sup> Salve le eccezioni di cui si dirà tra poco.

<sup>(4)</sup> Cfr., tra i tanti, M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in *Giust. Amm.*, 2005, pp. 602 ss.; R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 158 ss.; G. GUCCIONE, *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a.: la necessità della diffida ad adempiere e la recente riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); S. COGLIANO, *Il silenzio della pubblica amministrazione – Disciplina e profili processuali: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, p. 3857 ss.; A. CORSARO, *Il sindacato del giudice amministrativo sul silenzio della P.A. dopo la legge n. 80 del 2005* (nota a Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 4 novembre 2005, n. 726), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, p. 3412 ss.; C. COSTAGLIOLA, *Il silenzio della pubblica amministrazione come novellato dalla l. n. 80 del 2005 ed il sindacato del giudice amministrativo: il cammino della giurisprudenza* (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 6 luglio 2006), in *Giur. merito*, 2006, p. 2520 ss.; M. GIARDETTI, *Poteri cognitori del g.a. in materia di silenzio inadempimento*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. MASCIA, *Novità nel giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: superamento della diffida e giudizio sulla fondatezza della domanda* (nota a T.A.R. Toscana, Sez. I, 20 giugno 2005, n. 3044), in *Giur. merito*, 2006, p. 170 ss..

<sup>(5)</sup> In precedenza, come è noto, risultava, infatti, poco chiaro se, ai fini della formazione del silenzio-rifiuto, impugnabile giudizialmente, fosse necessaria la previa diffida formale ad adempiere (prevista dall'art. 25 del Testo Unico degli impiegati civili dello Stato approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), successiva alla inerzia protrattasi per oltre 60 giorni e l'ulteriore inerzia di almeno 30 giorni seguenti la diffida stessa. Nel senso della necessità della diffida si registrava l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, a far data dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 10 marzo 1978, n. 10, in *Giust. civ.*, 1978, II, p. 269 (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 luglio 2004, n. 5020, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2004, p. 2113). Tuttavia, come è noto, la necessità della procedura della messa in mora era stata messa in dubbio con l'entrata in vigore dell'art. 2 della legge n. 241/1990, in base al quale, una volta scaduto il termine per la conclusione del procedimento, il silenzio della p.A. era da ritenersi di per sé illegittimo, rendendo così superflua la diffida a provvedere. In

protrattasi oltre il termine per la conclusione del procedimento e, in particolare, in ordine alla procedura di impugnazione dello stesso silenzio-inadempimento.

Cionondimeno, l'ipotesi di silenzio che maggiormente interessa l'analisi della fase decisoria del procedimento è sicuramente rappresentata proprio dal silenzio-assenso<sup>(6)</sup>, che, a seguito delle riforme introdotte dalla legge n. 80/2005, costituisce oggi la regola per i procedimenti ad istanza di parte, pur se temperata da una serie di importanti eccezioni (soprattutto per quanto concerne il settore dei beni culturali ed ambientali).

Tra gli aspetti di maggiore novità introdotti dalla legge n. 80/2005, va, infatti, segnalato il ribaltamento del principio fino ad allora vigente, secondo cui il silenzio su di un'istanza,

---

seguito, le modifiche operate, prima, dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, poi, dal nuovo Codice del processo amministrativo, hanno consentito di superare i suddetti dubbi interpretativi: invero, in base al combinato disposto degli artt. 31, comma 2, e 117, comma 1, c.p.a., «*il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida*», «*fintanto che perdura l'inadempimento e comunque entro un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento*». In questo modo, il legislatore ha "allungato" fino ad un anno il termine per esercitare l'azione tendente ad accertare l'illegittimità dell'inerzia; e ciò anche al fine di evitare che, una volta eliminato l'onere della diffida, il silenzio-rifiuto possa divenire inoppugnabile dopo appena sessanta giorni dalla scadenza del termine per provvedere, senza che il privato se ne sia effettivamente reso conto. Inoltre, anche una volta scaduto il suddetto termine di un anno, l'interessato può presentare un'ulteriore istanza volta ad ottenere il provvedimento richiesto, sempre che, naturalmente, ne sussistano i presupposti. Si vedano, su tali profili, gli Autori citati nella precedente nota 4.

(<sup>6</sup>) Sul tema del silenzio-assenso esiste, comunque, una bibliografia piuttosto ampia, sia antecedente che posteriore all'entrata in vigore della legge n. 15/2005; senza pretesa di completezza possono qui ricordarsi: F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971 e, dello stesso Autore, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 239 ss.; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Diritto e società*, 1982, p. 715 ss. e, dello stesso Autore, *Il silenzio-accoglimento nella legge Nicolazzi*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, p. 53 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985 e, dello stesso Autore, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, p. 601 ss. nonché *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi contro interessati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 16 ss.; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 485 ss.; F.G. SCOCA – M. D'ORSOGNA, *Silenzio, Clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, XIV, p. 156 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996 e, della stessa Autrice, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Milano, 2002, nonché *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm.- T.A.R.*, 2006, p. 2798 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1001 ss.; M. ANDREIS, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.I.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della L. 241/1990, sostituiti dalla L. 80/2005*, Milano, 2005 e, dello stesso Autore, *La conclusione inespressa del procedimento*, I, Milano, 2006; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 99 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso, in La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, p. 265 ss.; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso* (Lezione al Corso Monografico "Le nuove regole dell'azione amministrativa: LL. 241 del 1990, 15 e 80 del 2005", organizzato dalla S.p.i.s.a., Bologna, 24 febbraio 2006), in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 83 ss.; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 3/2010.

“salvo previsioni in senso sostanziale, vale come rifiuto di provvedere”<sup>(7)</sup>. Come è noto, l’art. 20 della legge n. 241/1990, infatti, prevedeva che il silenzio-assenso si applicasse nelle sole ipotesi indicate dalla normativa regolamentare, ed ovviamente, nei casi contenuti in leggi di settore<sup>(8)</sup>.

Nella nuova formulazione è esattamente il contrario: se l’Amministrazione non risponde nel termine o non convoca una conferenza di servizi, ad eccezione delle ipotesi in cui siano in gioco interesse “forti” come l’ambiente, la salute, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, ecc.<sup>(9)</sup> o dei casi in cui la normativa comunitaria preveda l’adozione di un provvedimento formale nonchè nei casi di silenzio con valore sostanzialmente negativo, il silenzio equivale ad assenso.

L’espansione del silenzio-assenso sembrerebbe confermare che nelle ipotesi di applicazione dell’istituto è previsto un vero e proprio dovere di provvedere e non semplicemente un onere, come è stato da altri prospettato<sup>(10)</sup>. In questo senso sembrano deporre non solo argomenti di

---

<sup>(7)</sup> Così V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali ...*, op. cit., p. 2798 ss..

<sup>(8)</sup> Tra le leggi di settore più risalenti, può ricordarsi, ad es., la legge 25 marzo 1994, n. 82, c.d. “*legge Nicolazzi*”, sui cui artt. 7 e 8 intervenne la Corte costituzionale, con la pronuncia 15 novembre 1988, n. 1033, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, p. 285 ss., affermando che questi contenevano principi di riforma economico-sociale in grado di vincolare anche le regioni a statuto speciale. La natura di norme di riforma economico-sociale, secondo la Corte, derivava dal fatto che risultavano emanate in un contesto di grave crisi abitativa ed erano volte a soddisfare bisogni elementari e fondamentali dei cittadini attraverso una profonda innovazione dei rapporti tra Amministrazione e cittadino e del sistema di pianificazione urbanistica.

<sup>(9)</sup> Si tratta, come è noto, di materie particolarmente delicate, in cui vengono in considerazione interessi pubblici di particolare pregnanza, tant’è che il legislatore – come meglio si dirà *infra* – le ha sottratte, con l’art. 20, comma quarto, dal campo di applicazione del silenzio-assenso, così recependo gli orientamenti già più volte espressi al riguardo dalla Corte costituzionale: cfr., in tal senso, ad es., Corte cost., 19-27 aprile 1993, n. 194, in *G.U.*, 1<sup>a</sup> serie speciale n. 19 del 5 maggio 1993, nella quale si stabilisce l’illegittimità costituzionale – per violazione dell’art. 32 Cost. – dell’art. 3, comma 3, della l.r. Veneto 23 aprile 1990, n. 28, avendo la stessa disposizione “*introdotto l’istituto del silenzio-assenso in una fattispecie nella quale, attesa la natura degli interessi protetti e le finalità da raggiungere, cioè la tutela della salute e dell’ambiente, che sono beni costituzionalmente protetti (artt. 9 e 32 Cost.) e stante l’obbligo dell’osservanza di direttive comunitarie (n. 75/442; n. 76/403; n. 78/319 e n. 91/156 che modifica la n. 75/442), sono indispensabili per il rilascio dell’autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi per evitare danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati*”. Negli stessi termini si era già espressa Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1390. Si vedano, inoltre, in argomento, Corte dei conti, Sez. controllo, 2 ottobre 1991, n. 100, in *Cons. Stato*, 1992, II, p. 113 e Corte di Giustizia delle Comunità europee, 28 febbraio 1991, in causa C-360/87, in *Dir. pubbl. it. comunit.*, 1992, p. 901. Per ulteriori approfondimenti al riguardo, si rinvia a V. PARISIO, *Tutela dei valori ambientali, paesaggistico-territoriali e semplificazione dell’azione amministrativa alla luce della l. 7 agosto n. 241*, in *Riv. amm.*, 1991, p. 1181 ss..

<sup>(10)</sup> Cfr., in tal senso, in giurisprudenza, ad es., Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, 27 maggio 2009, n. 2971, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, p. 1558; Id., 3 agosto 2009, n. 4636, *ivi*, p. 2195; e, in dottrina, per tutti, V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali ...*, op. cit., p. 2816 ss., la quale ritiene che, con

ordine testuale e sistematico – come meglio si dirà *infra* <sup>(11)</sup> – ma anche un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il meccanismo del silenzio-assenso “*non implica alcuna deroga al potere-dovere dell’amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall’art. 97 della Costituzione (...) presupponendo quindi che l’amministrazione sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio dell’autorizzazione*” <sup>(12)</sup>.

Come già anticipato, e come emerge dalle massime che ne sono state tratte, la decisione annotata appare interessante non tanto per la fattispecie concreta esaminata dal Consiglio di Stato – si trattava di un procedimento di sanatoria di immobili abusivi senza alcuna peculiarità <sup>(13)</sup> – ma soprattutto perché recepisce puntualmente gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, appena ricordati, sui presupposti necessari per la formazione del silenzio-assenso. In particolare, la decisione afferma espressamente che, ai fini della formazione del silenzio-assenso, “*non è sufficiente la sola presentazione della domanda ed il decorso del tempo indicato dalla norma che lo prevede, ma è necessario altresì che essa sia corredata dalla indispensabile documentazione prevista dalla normativa*”, la cui completezza deve essere verificata dall’Amministrazione competente.

Nella medesima prospettiva, e traendo argomento dalla circostanza che l’art. 20 della legge n. 241 prevede l’applicazione di alcuni istituti propri della fase preparatoria, una parte della

---

riferimento alle ipotesi di silenzio-assenso, non si possa parlare di “*dovere di provvedere*”, anche perché si tratterebbe di un dovere privo di sanzione e se fosse davvero tale dovrebbe ritenersi esperibile il ricorso avverso il silenzio della p.A. (come disciplinato dagli artt. 31 e 117 c.p.a.), che, nella fattispecie in esame, è assolutamente escluso. Si veda, al riguardo, anche quanto osservato nelle note 27, 39 e 50.

<sup>(11)</sup> Si vedano, in particolare, i §§ 5 e 6.

<sup>(12)</sup> Cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 aprile 2006, n. 1910, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, p. 1131; Id, Sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4672, in *www.giustizia-amministrativa*; Id., Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8831, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2009, p. 2875; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 22 aprile 2011, n. 666, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2011, p. 1205; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 12 maggio 2011, n. 1156, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>(13)</sup> Nel caso specifico, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado del T.A.R. Abruzzo, che aveva rigettato il ricorso proposto dal Sig. St. Gu. avverso l’atto del Comune di Torrecchia Teatina del 9.06.2001, prot. n. 3130, recante la quantificazione e la richiesta di conguaglio relativamente alla domanda di sanatoria di opere abusive realizzate in immobile di sua proprietà. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto del tutto privo di fondamento il motivo col quale il ricorrente deduceva la violazione dell’art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (nel testo risultante dalla modifica intervenuta per effetto dell’entrata in vigore del D.L. 12 gennaio 1988, n. 2), rilevando che il diritto del Comune al conguaglio non poteva considerarsi prescritto, dal momento che, nell’ipotesi in esame, i due termini previsti dalla suddetta disposizione (per la formazione del silenzio-assenso sull’istanza di sanatoria e di prescrizione del diritto al conguaglio) decorrevano dalla presentazione della domanda completa della necessaria documentazione, non essendo all’uopo sufficiente, “*la sola presentazione della domanda ed il decorso del tempo indicato dalla norma che lo prevede*”.

dottrina <sup>(14)</sup> ritiene che, anche nelle ipotesi di silenzio-assenso, la p.A. sia tenuta, comunque, al compimento di taluni adempimenti procedurali: non vi è, però, ancora stata, a quanto consta, una puntuale esposizione delle ragioni che stanno alla base di tale affermazione.

Prendendo spunto dalla suddetta decisione del Consiglio di Stato, il presente scritto si propone, dunque, di eliminare i dubbi che sembrano persistere in merito alla permanente necessità per la p.A. di rispettare – anche nelle ipotesi di silenzio-significativo – i principi che regolano lo svolgimento dell’istruttoria.

2. – Come si accennava più sopra, il silenzio-assenso è una figura di difficile qualificazione giuridica e che pone all’interprete numerosi problemi applicativi. Per questo motivo sembra opportuno – ai fini che qui interessano – individuare preliminarmente le caratteristiche strutturali dell’istituto, anche in relazione alle sue diverse tipologie, e i limiti di applicabilità dello stesso <sup>(15)</sup>.

Come è noto, il termine silenzio, nel diritto amministrativo, si riferisce tradizionalmente agli istituti preposti alla rimozione o alla prevenzione degli effetti negativi dell’inerzia della pubblica Amministrazione, in vista della tutela dei soggetti interessati all’emanazione di un atto amministrativo; a questo ambito appartengono il silenzio-inadempimento ed il silenzio-assenso <sup>(16)</sup>.

Quanto alla distinzione tra le due ipotesi di silenzio appena menzionate, sembra sufficiente ricordare che mentre il silenzio-inadempimento costituisce un rimedio di origine giurisprudenziale, che si applica in tutti i casi in cui l’inerzia amministrativa non sia diversamente disciplinata <sup>(17)</sup>, il silenzio-assenso, almeno stando all’opinione più nota ed accreditata, è, invece, un rimedio preventivo che consiste nella eliminazione della stessa

---

<sup>(14)</sup> Cfr. M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 796 ss. e, dello stesso Autore, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, in *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2006, p. 37 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali ...*, op. cit., p. 2816 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, cit., p. 1001 ss..

<sup>(15)</sup> Cfr., su tali profili, per tutti, A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, op. cit., p. 10 ss..

<sup>(16)</sup> E’ questa l’impostazione seguita da P.G. LIGNANI, «*Silenzio (dir. amm.)*», in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 559 ss., secondo cui il termine «silenzio» si riferisce sia al fatto in sé dell’inerzia, sia agli strumenti apprestati dall’ordinamento per porvi rimedio; si veda, in tal senso, anche V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 473 ss..

<sup>(17)</sup> Anche se, come meglio si vedrà più avanti, l’art. 20 della legge n. 241/1990, come modificato dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005, ha oggi “codificato” l’istituto del silenzio-inadempimento, prevedendo che il suo ambito di applicazione sia quello in cui operano le eccezioni al silenzio-assenso (e alla D.I.A. ora S.C.I.A.).

possibilità che il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all'emanazione dell'atto. Il silenzio-assenso, infatti, è imperniato su di una qualificazione che si potrebbe dire di "irrilevanza" dell'inerzia, nel senso che ad essa il legislatore fa conseguire gli stessi effetti dell'esercizio positivo dell'attività amministrativa<sup>(18)</sup>.

Strutturalmente, pertanto, il silenzio-assenso consiste in una «*qualificazione giuridica formale del silenzio*», nel senso che, decorso il termine per provvedere senza che la p.A. si sia pronunciata, l'istanza presentata dal privato si considera accolta<sup>(19)</sup>. Formatosi il silenzio-assenso, la situazione giuridica concreta è disciplinata come se l'atto di assenso fosse stato emanato<sup>(20)</sup>.

Ciò porta, dunque, a ritenere che il regime del silenzio-assenso si imponga alle parti del rapporto amministrativo, senza che queste possano sottrarsi. Da un lato, l'Amministrazione deve subire, allo scadere del termine, la sottrazione del potere di provvedere nel caso concreto (sotto tale profilo, la determinazione dell'Amministrazione è, infatti, sostituita legalmente dal silenzio-assenso). Dall'altro, il privato non potrebbe scegliere di attendere l'autorizzazione espressa o il diniego dell'Amministrazione, nonostante possa avervi un concreto interesse: anch'egli, pertanto, «*subisce*» il regime del silenzio-assenso<sup>(21)</sup>.

Date queste caratteristiche strutturali, il silenzio-assenso pone un problema di equilibrio tra interessi difficilmente armonizzabili: le esigenze di tutela della legalità e dell'interesse pubblico; l'interesse del destinatario degli effetti del silenzio-assenso alla certezza delle sue situazioni soggettive; l'interesse dei terzi. Ed attorno a questo problema di equilibrio tra

---

<sup>(18)</sup> In questo senso espressamente B. TONOLETTI, op. cit., p. 157, il quale ricorda, inoltre, che nella dottrina più risalente (ad eccezione di alcuni Autori, quali L. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1933, p. 16 e, prima ancora S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, p. 486 ss.), non veniva messo particolarmente l'accento sulla funzione di rimedio all'inerzia amministrativa del silenzio-assenso, anche per la minore importanza dell'istituto nell'economia dell'azione amministrativa. Nella dottrina più recente, invece, la considerazione del silenzio-assenso come rimedio all'inerzia amministrativa è divenuto un elemento caratterizzante nella ricostruzione del significato giuridico dell'istituto, a partire dalle riflessioni di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 199 ss.; nel medesimo senso, cfr., altresì, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, p. 1135 ss., secondo il quale il silenzio-assenso è uno strumento diretto ad «*annullare del tutto*» gli effetti dell'inerzia.

<sup>(19)</sup> Si veda, in tal senso, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano, 2011, p. 1526.

<sup>(20)</sup> Cfr. B. TONOLETTI, op. cit., p. 173, secondo il quale questa analogia strutturale tra silenzio-assenso e atto di assenso dell'Amministrazione sarebbe conforme allo scopo pratico cui è preordinata la stessa figura: osserva, a tale proposito, l'Autore, che «*per eliminare la possibilità stessa di una non definizione del procedimento o sub procedimento, in danno del soggetto interessato all'emanazione dell'atto, la norma prescrive che l'inerzia "produca" gli stessi effetti dell'atto che avrebbe soddisfatto l'interesse alla sua emanazione*».

<sup>(21)</sup> Così B. TONOLETTI, op. cit., p. 173.

interessi diversi – come si vedrà – ruotano i principali aspetti della disciplina sostanziale e processuale dell’istituto.

Dal silenzio-assenso a contenuto provvedimentale <sup>(22)</sup>, fin qui esaminato, va tenuto distinto il silenzio-assenso procedimentale, connotato dal suo formarsi all’interno di un procedimento amministrativo complesso, contraddistinto cioè dall’intervento di più Amministrazioni <sup>(23)</sup>. Più precisamente, il silenzio-assenso procedimentale ricorre quando una p.A., chiamata ad intervenire obbligatoriamente nell’ambito di una sequenza procedimentale per esprimere la propria posizione (ad esempio, attraverso un parere o un atto di controllo che condiziona l’efficacia dell’atto emanato), rimanga inerte, così precludendo al procedimento di giungere a conclusione <sup>(24)</sup>.

La suddetta distinzione tra silenzio-assenso procedimentale e silenzio-assenso provvedimentale riveste un’indubbia utilità per la comprensione dell’istituto; ed è altresì importante per distinguere le diverse problematiche cui danno luogo le previsioni sul silenzio-assenso. Malgrado l’identità strutturale e la medesima valenza in senso lato acceleratoria, il silenzio-assenso provvedimentale solleva problematiche essenzialmente diverse rispetto al silenzio-assenso procedimentale, dal momento che concerne direttamente il rapporto fra Amministrazione e cittadini. Mentre in relazione al silenzio-assenso procedimentale si pone, come si è visto, un problema di salvaguardia dell’integrità delle attribuzioni di determinate Amministrazioni, in relazione al silenzio-assenso provvedimentale – qui oggetto di specifico esame – si pone primariamente un problema di equilibrio fra esigenze di tutela della legalità e

---

<sup>(22)</sup> Va tenuto presente che le previsioni del silenzio-assenso provvedimentale riguardano, nella maggior parte dei casi, procedimenti, in senso lato, autorizzativi (ed a tale conclusione si può giungere sulla base dell’ampia definizione contenuta nell’art. 20 della legge n. 241/1990 - «*autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un’attività privata*» - che tiene conto del valore meramente descrittivo delle varie terminologie usate dal legislatore); ma, in via di principio, non si può escludere l’applicabilità dell’istituto a procedimenti diversi: si pensi, ad es., all’art. 19 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che ha introdotto, per ragioni di effettività di tutela del cittadino nell’ambito della giustizia amministrativa, il silenzio-assenso rispetto ai ricorsi amministrativi contro provvedimenti di sequestro per infrazioni amministrative (cfr., sul punto, A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, op. cit., p. 39 ss.).

<sup>(23)</sup> Su tale distinzione si sofferma F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 1534. Si veda, inoltre, in argomento, B. TONOLETTI, op. cit., p. 174 ss., secondo cui è da considerarsi come silenzio-assenso procedimentale quello che interviene nella fase costitutiva del procedimento, quando la legge prevede una decisione soggettivamente od oggettivamente complessa; tale è il caso sottolineato l’Autore, ad es., del silenzio-assenso che interviene nella formazione di un concerto o di un atto complesso.

<sup>(24)</sup> Dal punto di vista pratico, possono, dunque, verificarsi due casi: che il silenzio si formi sulla base della sola domanda (è questo il caso del silenzio-assenso provvedimentale); oppure che il silenzio si formi nonostante un’attività procedimentale e istruttoria, nell’intervallo di tempo che intercorre tra l’ultimo atto di istruttoria compiuto e la fase in cui si è verificata l’inerzia (si parla, in tal caso, di silenzio-assenso procedimentale).



dell'interesse pubblico, da un lato, ed esigenza di garanzia dell'affidamento dei cittadini, dall'altro.

Passando, ora, ad esaminare il regime giuridico del silenzio-assenso, va, innanzitutto, ricordato che l'istituto trova la sua puntuale disciplina nell'art. 20 della legge n. 241/1990, introdotto dal legislatore con l'intento di affrontare la questione dell'inerzia della pubblica Amministrazione, di semplificare il procedimento amministrativo nonché di agevolare l'esercizio dell'attività economica privata in settori in cui risulti limitato il coinvolgimento degli interessi pubblici<sup>(25)</sup>. La disposizione è contenuta nel Capo IV della legge, dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa, nel cui contesto si dispone in parallelo con l'art. 19, che disciplina i casi in cui il regime autorizzatorio è sostituito da un regime di denuncia d'inizio dell'attività privata (ora segnalazione certificata di inizio attività: S.C.I.A.). Il risultato pratico, realizzato da tali norme, sebbene con strumenti giuridici differenti, è, infatti, quello di rendere lo svolgimento di determinate attività private non più necessariamente subordinato alla previa emanazione di un atto amministrativo di assenso. In tal modo, gli artt. 19 e 20 assicurano un rafforzamento della posizione del cittadino nel rapporto con l'Amministrazione, incidendo sugli squilibri che di fatto si realizzano in tale rapporto a causa dei ritardi nello svolgimento della funzione amministrativa. Mentre, però, l'art. 19 opera mediante la soppressione del previo assenso, l'art. 20 mantiene tale regime e si limita ad apprestare «*un rimedio legale (il silenzio-assenso), soddisfacitivo per il cittadino, per il caso in cui l'Amministrazione non provveda e risulti perciò inadempiente*»<sup>(26)</sup>. In tal modo, il silenzio-assenso si collega direttamente al principio della doverosità amministrativa sancito dall'art. 2 della legge n. 241/1990. In un sistema in cui l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso entro un termine predeterminato viene stabilito, in via generale, dalla legge, il silenzio-assenso rappresenta la sanzione più drastica per la violazione di tale obbligo<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Cfr., sul punto, G. FERRERO, F. RISSO, *Il silenzio inadempimento, il silenzio assenso e la dichiarazione di inizio attività dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Foro amm.-C.d.S.*, p. 3764 ss..

<sup>(26)</sup> Così A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300*, op. cit., specialmente p. 610 ss..

<sup>(27)</sup> Cfr., sul punto, B. TONOLETTI, op. cit., p. 175 ss., secondo cui il carattere di rimedio generale all'inerzia amministrativa, già insito nell'originaria formulazione dell'art. 20 della legge n. 241/1990 è stato espressamente riconosciuto nelle successive vicende attuative; in particolare, l'istituto del silenzio-assenso si sarebbe confermato come uno strumento di semplificazione amministrativa nella attuazione della legge 24 dicembre 1993, n. 537. Lo stesso Autore ricorda come parte della dottrina sostenga, invece, che il silenzio-assenso disciplinato dall'art. 20 della legge n. 241/1990 costituisca un'eccezione all'obbligo di provvedere espressamente sancito dall'art. 2 (cfr., sul punto, G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, op. cit., p. 265 ss.). Questa posizione si ricollega, come noto, alla tesi secondo cui il silenzio-assenso trasformerebbe il dovere di

Originariamente, il legislatore aveva attribuito a tale istituto carattere eccezionale, rispetto alla regola della conclusione del procedimento con provvedimento espresso. In particolare, l'ambito applicativo del silenzio-assenso era limitato alle ipotesi di attività a scarso contenuto discrezionale (per l'attività vincolata, come forma di semplificazione, il legislatore aveva previsto, invece, l'istituto della denuncia di inizio attività).

In particolare, la giurisprudenza – conscia che la previsione del silenzio-assenso, a causa del suo operare secondo una tecnica sostitutiva rispetto all'esercizio della funzione amministrativa, può dare origine a problemi di compatibilità con i principi dell'attività amministrativa, che impongono, in certi casi, un esercizio effettivo della funzione amministrativa – aveva individuato degli ambiti specifici, in relazione ai quali il silenzio-assenso può risultare incompatibile con i principi inderogabili sull'esercizio della funzione amministrativa. In proposito, va qui ricordato che, negli anni '90, la Corte costituzionale aveva affermato che il silenzio-assenso era incompatibile con l'attività amministrativa avente ad oggetto interessi particolarmente delicati, quali l'uso e la trasformazione del territorio, specie se incidenti sull'ambiente <sup>(28)</sup>.

---

provvedere dell'Amministrazione in un semplice onere di provvedere in senso negativo, quando la domanda non possa essere accolta (cfr. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 192 ss.). A confutazione di questa tesi è stato, però, osservato che le previsioni di silenzio-assenso comportano una presa d'atto, da parte del legislatore, dell'inefficienza della pubblica Amministrazione ed operano, quindi, nella logica della patologia della funzione amministrativa, rappresentata dalla violazione del dovere di provvedere. In questa prospettiva, il silenzio-assenso costituirebbe, pertanto, non un'eccezione al dovere di provvedere, ma un rimedio particolarmente incisivo alla sua violazione; in altri termini, la previsione del silenzio-assenso non esonererebbe l'Amministrazione dal dovere di provvedere, ma si limiterebbe a prevenire i danni derivanti dalla sua eventuale inosservanza: si veda, in argomento, A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege ...*, op. cit., p. 606 ss.. Sulla tesi sostenuta da TRAVI si vedano anche le considerazioni svolte nelle note 39 e 50.

<sup>(28)</sup> Si fa qui riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale, 1 luglio 1992, n. 306-307, in *Le Regioni*, 1993, 572 ss. e 585 ss., con nota di G. GRECO, *Legge regionale contrastante con una norma (di legge attuativa) di direttiva comunitaria: quale giudice competente?*, con la quale sono state dichiarate illegittime alcune disposizioni di leggi regionali che assoggettavano al silenzio-assenso l'autorizzazione allo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi. Va precisato, in proposito, che le norme regionali risultavano innanzitutto in contrasto con i principi della materia dettati dal d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, attuativo delle direttive comunitarie sullo smaltimento dei rifiuti tossici. In tale occasione, la Corte costituzionale non si è limitata a rilevare il contrasto della disciplina regionale con i principi della materia, ma ha ritenuto anche che la previsione del silenzio-assenso fosse lesiva dei valori costituzionalmente garantiti della salute e dell'ambiente, affermando che, nella materia dello stoccaggio dei rifiuti, «non vi è spazio per le autorizzazioni tacite e generiche, sia per dizione letterale della norma, sia per le finalità da raggiungere, volte ad assicurare che ogni fase si svolga in assoluta sicurezza per la salute e l'ambiente, sulla base di prescrizioni puntuali e specifiche dell'atto di autorizzazione». Nello stesso senso Corte cost., 13 novembre 1992, n. 437, in *Le Regioni*, 1993, p. 1189; Id., 23 aprile 1993, n. 194, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1320 ss., con nota di B. CARAVITA, *Lo stoccaggio provvisorio dei rifiuti tossici e nocivi tra vecchie e nuove direttive comunitarie e principi costituzionali in materia regionale e in materia penale*, *ivi*, p. 2143 ss..

A conferma di tale orientamento “restrittivo” si è espressa, altresì, la Corte di Giustizia CE in tema di autorizzazione allo scarico di acque nel sottosuolo <sup>(29)</sup> <sup>(30)</sup>.

Sulla base di questo indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale è stata sostenuta, in dottrina, l’opportunità di una generalizzazione del limite dei valori ambientali preminenti, al fine di rendere più circoscritto l’ambito di applicazione del silenzio-assenso; in particolare, secondo questo orientamento, l’interesse alla celerità e alla semplificazione dell’azione amministrativa non potrebbe mai prevalere sugli interessi all’integrità dell’ambiente e della salute, valori tutelati in maniera assoluta dalla Costituzione <sup>(31)</sup>.

Tale indirizzo, come è noto, è stato pienamente recepito dal legislatore con l’art. 3, comma 6-ter, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con modificazioni in legge n. 80/2005), che ha completamente riformulato l’art. 20 della legge n. 241/1990. Infatti, la disposizione normativa citata esclude il silenzio-assenso, tra l’altro, nei procedimenti amministrativi volti al rilascio di atti finalizzati alla tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, dell’ambiente, della

---

<sup>(29)</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza della Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, in causa C-360/87, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 241 ss., la quale ha ritenuto contrastante con la normativa comunitaria la previsione del silenzio-assenso sulla domanda di autorizzazione provvisoria agli scarichi industriali contenuta nell’art. 15 della legge 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall’inquinamento, affermando che l’attuazione della direttiva 80/68/CEE richiede, in materia di scarichi industriali, un «accertamento previo e specifico» da parte dell’Amministrazione. La decisione ha dato origine a due diverse interpretazioni, secondo la prima delle quali, la Corte avrebbe in tal modo affermato un principio generale del diritto comunitario contrario all’applicazione del silenzio-assenso in caso di «*procedimenti complessi in cui siano in gioco particolari interessi pubblici*» (così M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, op. cit., p. 37 ss.). In base alla seconda linea interpretativa, invece, il principio desumibile dalla sentenza sarebbe quello per cui l’applicazione del silenzio-assenso è preclusa «*ogni qualvolta la conformazione dell’attività del privato esiga necessariamente l’intervento concreto e puntuale della pubblica Amministrazione*» (cfr. G. VESPERINI, *Celerità dell’azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 901 ss.). La Corte avrebbe palesato questo secondo punto di vista, affermando che «*il rifiuto, la concessione o la revoca dell’autorizzazione devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedurali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie dalle quali sorgono diritti e obblighi in capo ai singoli*». Si può, in questa sede, tralasciare il problema di quale sia il principio riconosciuto dalla Corte di Giustizia nel caso in esame, poiché la formazione e precisazione di un principio richiede una ripetuta applicazione giurisprudenziale. Qui è sufficiente ricordare che indubbiamente la decisione manifesta un limite di applicabilità del silenzio-assenso ulteriore rispetto alla preminenza di interessi particolarmente garantiti, come quello ambientale. Su tale decisione della Corte di Giustizia CE si ritorna nelle note 57 e 69.

<sup>(30)</sup> Per completezza d’esposizione, va qui ricordato che tra i limiti generali di utilizzabilità del silenzio-assenso nel diritto amministrativo, la giurisprudenza annoverava, oltre all’interesse pubblico preminente, la cui tutela richiederebbe, in ogni caso, un effettivo svolgimento del procedimento amministrativo, altri tre ambiti: il primo dei quali attiene all’intangibilità dell’ordine delle competenze (nei rapporti fra Amministrazioni diverse, le cui attribuzioni siano costituzionalmente garantite); il secondo alla praticabilità del silenzio-assenso nei casi in cui la natura dell’intervento amministrativo richieda necessariamente che sia dettata dall’autorità una disciplina del caso concreto, integrativa della normativa da applicare; il terzo, infine, al principio di buon andamento dell’Amministrazione sancito dall’art. 97 Cost.. Cfr., su tali profili, B. TONOLETTI, op. cit., p. 177 ss..

<sup>(31)</sup> Cfr., in tal senso, per tutti, V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione ...*, op. cit., p. 258 ss..

difesa nazionale, della pubblica incolumità e nei casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali. Contemporaneamente, la norma in esame ha trasformato il silenzio-assenso da ipotesi eccezionale a regola generale <sup>(32)</sup>.

Sotto il profilo procedimentale, occorre, inoltre, precisare che, con la formazione del silenzio-assenso, la pubblica Amministrazione esaurisce il suo potere di provvedere; per cui, almeno stando all'opinione prevalente, il provvedimento tardivo di diniego è da considerarsi illegittimo e, pertanto, annullabile dal giudice amministrativo <sup>(33)</sup>.

E', altresì, noto che, successivamente alla formazione del silenzio-assenso, l'Amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela <sup>(34)</sup>; e, in tal caso, ovviamente, dovranno sussistere tutti i presupposti necessari, oggi espressamente indicati dagli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990, introdotti dalla legge n. 15/2005 e, in particolare, l'attualità dell'interesse pubblico anche in considerazione del tempo trascorso e dell'affidamento ingenerato nel privato <sup>(35)</sup>. Qualora, invece, la pubblica Amministrazione non provveda in via di autotutela, il terzo controinteressato potrà tutelare il proprio interesse,

---

<sup>(32)</sup> Secondo G. FERRERO, F. RISSO, op. cit., p. 3776 ss., resta da chiarire la portata di tale generalizzazione; in particolare, i due Autori ricordano come parte della dottrina oggi dubiti che il silenzio-assenso possa trovare applicazione in tutti i casi di discrezionalità tecnica e, soprattutto, di discrezionalità amministrativa; nello stesso ordine di idee O. FORLENZA, *Ampliata l'applicazione del silenzio-assenso*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 22, p. 138 ss. e L. OLIVERI, *Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge 241/1990*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 6/2005.

<sup>(33)</sup> In questo senso, si veda, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 dicembre 1986, n. 684, in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, p. 241; Id., Sez. VI, 10 marzo 1994, n. 298, *ivi*, 1994, I, p. 574; Id., 21 aprile 1999, n. 494, in *Urb. e app.*, 1999, p. 1102 ss., con nota di M. CERINI, *Silenzio assenso e principio di autotutela*. In senso contrario, cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 10 maggio 1985, n. 191, in *T.A.R.*, 1985, I, p. 2267, secondo cui l'atto tardivo di diniego sarebbe nullo.

Altra parte della giurisprudenza ravvisa in tale fattispecie un'ipotesi di carenza di potere in concreto sottolineando, da un lato, che, in tal caso, l'Amministrazione dispone, in astratto, del potere di provvedere; dall'altro, che la p.A. potrebbe, prima del decorso del termine per la formazione del silenzio-assenso, inviare al privato una nota – avente la natura di vero e proprio provvedimento amministrativo impugnabile innanzi al giudice amministrativo – con la quale comunica che il silenzio-assenso non si può formare per la mancanza dei presupposti (cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 1984, n. 959, in *Riv. giur. edil.*, 1985, I, p. 313; Id., 1 dicembre 1993, n. 1230, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1272; T.A.R. Molise, 8 ottobre 1987, n. 166, in *T.A.R.*, 1987, I, p. 4208).

<sup>(34)</sup> Nel senso della permanenza in capo alla p.A. del potere di revoca e di annullamento si era espressa – già prima delle modifiche legislative apportate dalla legge n. 15/2005 – l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, con il parere del 6 febbraio 1992, n. 27, in *Foro it.*, 1999, III, p. 200.

<sup>(35)</sup> Quanto sopra esposto rende palesi le affinità, ma anche le differenze tra l'istituto del silenzio-assenso e la D.I.A. (ora S.C.I.A.), su cui cfr., tra i tanti, A. PAJANO, *Gli artt. 19 e 20 della l. 241 prima e dopo la l. 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 108 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1996; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività*, Milano, 2000; P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004 p. 189 ss.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001; P. MARZARO, *La denuncia d'inizio di attività edilizia: profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005.

proponendo ricorso al giudice amministrativo o sollecitando la pubblica Amministrazione ad attivare i suoi poteri di autotutela <sup>(36)</sup>.

3. – Un altro profilo problematico dell'istituto – e che trova probabilmente nella riforma del 2005 qualche elemento di precisazione – è, come si diceva, rappresentato dalla qualificazione giuridica (in termini di atto amministrativo o di mero fatto) della fattispecie contemplata dall'art. 20 della legge n. 241/1990.

Una prima tesi riconduce integralmente il silenzio-assenso alla logica dell'atto amministrativo, ricostruendo la figura come un comportamento concludente dell'Amministrazione <sup>(37)</sup>. In questa prospettiva, le differenze tra atto amministrativo e silenzio-assenso vengono annullate, ammettendosi, in particolare, che anche il silenzio-assenso possa risultare illegittimo ed essere, quindi, soggetto allo stesso regime di annullabilità dell'atto amministrativo. Ciò si verificherebbe quando, nonostante la presenza di tutti i requisiti per la formazione del silenzio-assenso, la domanda del privato non fosse conforme alla legge <sup>(38)</sup>.

Questa teoria del silenzio come atto amministrativo implicito, pur elaborata in epoca antecedente all'adozione della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, ha trovato, peraltro, qualche ancora di sostegno nell'infelice formulazione del previgente articolo

---

<sup>(36)</sup> Così F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Roma, 2009, p. 1028 ss.. Oggetto di acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale è, inoltre, la questione relativa alla possibilità di chiedere ed ottenere dal giudice amministrativo una sentenza meramente dichiarativa dell'avvenuta formazione del silenzio-assenso. A tale proposito, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti hanno osservato che la sentenza di mero accertamento è tipica del processo civile e non di quello amministrativo, nell'ambito del quale non sarebbe in ogni caso ammissibile; cfr., sul punto, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 gennaio 1990, n. 23, in *Riv. giur. urb.*, 1990, p. 225 ss., con nota di A. TRAVI, *Specialità e silenzio assenso e tutela giurisdizionale in due decisioni recenti del Consiglio di Stato* e in *Riv. giur. edil.*, 1990, I, p. 366, con nota di V. PARISIO, *Formazione del silenzio assenso e poteri di accertamento del giudice amministrativo*; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 giugno 1992, n. 583, in *Foro it.*, 1993, III, p. 130.

<sup>(37)</sup> La tesi della qualificazione del silenzio-assenso come comportamento concludente è stata sostenuta, in particolare, da A. PREDIERI, *Commento all'art. 7*, in *Casa e urbanistica nella legge 25 marzo 1982, n. 94* (a cura di A. Predieri e M.P. Chiti), Milano, 1982, p. 297 ss., ad avviso del quale «il prodotto del meccanismo del silenzio-accoglimento è un provvedimento implicito». Si sono espressi in favore della individuazione nel silenzio-assenso di un comportamento concludente anche, fra gli altri, F. BRIGNOLA e S. BACCARINI, in AA.VV., *Atti del XXVIII Convegno del centro studi amministrativi della Provincia di Como su Il silenzio della pubblica amministrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1985; G. TORREGROSSA, in AA.VV., *Atti della tavola rotonda sugli effetti sostanziali del silenzio-assenso nella legislazione urbanistica*, Roma, 1982; G. DE SANCTIS MANGELLI, *L'assenso tacito negli artt. 7 ed 8 del d.l. 23 gennaio 1982, n. 9*, in *Cons. Stato*, 1982, II, p. 763 ss..

<sup>(38)</sup> In base a questa tesi, il silenzio-assenso viene interpretato come un comportamento concludente dell'Amministrazione, il cui significato (di assenso) è stabilito in via generale dal legislatore: cfr., sul punto, B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 182.

20 della stessa legge n. 241, che, nell'ultima parte del suo primo comma, affermava la possibilità per l'Amministrazione, sussistendo ragioni di pubblico interesse, di annullare «*l'atto di assenso illegittimamente formato*». L'espressione adottata dal legislatore del '90 sembrava, invero, riconoscere implicita conferma a quelle linee della dottrina che, muovendo dalla considerazione che l'atto amministrativo costituisce l'unica dimensione di legittima esplicazione della funzione, ritenevano indeclinabile la natura attizia dello stesso <sup>(39)</sup>.

Il superamento di questa impostazione avviene nel momento in cui l'indagine successiva evidenzia la dimensione patologica connessa alle fattispecie di silenzio-assenso.

In questa prospettiva, altra parte della dottrina attribuisce al silenzio-assenso il carattere del mero fatto giuridico affermando che la fattispecie *ex art.* 20 della legge n. 241/1990 non può mai integrare un'ipotesi di esercizio della funzione amministrativa (come, invece, presuppone la tesi che afferma la natura attizia del silenzio-assenso) per l'irriducibilità di una condotta omissiva rispetto alla categoria dell'atto amministrativo «*che implica sempre un'attività, giuridicamente rilevante, dell'autorità amministrativa*» <sup>(40)</sup>. La tesi appena ricordata ritiene che il silenzio-assenso sia una fattispecie con valore legale tipico non qualificabile come provvedimento e neppure come atto giuridico. Negare che il silenzio sia riconducibile alla nozione di atto amministrativo significa allora affermarne, per converso, la natura fattuale e giustificare la capacità produttiva di effetti giuridici alla luce di meccanismo che parte della dottrina riconduce al sistema delle valutazioni legali tipiche <sup>(41)</sup> ed altra parte ascrive alla tecnica delle finzioni giuridiche <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Ed infatti, i sostenitori di questa tesi insistono particolarmente nell'affermazione che, nelle disposizioni in tema di silenzio-assenso, «*il silenzio (...) comincia a divenire normale modo di azione amministrativa, non patologia di omissione*» (cfr., in tal senso, A. PREDIERI, op. cit., specialmente le pp. 304, 310, 314, 316 ss.); ed in questa prospettiva, la previsione del silenzio-assenso contribuisce a «*riportare l'esercizio dei poteri al canone del buon andamento*» (così A. PREDIERI, op. cit., p. 317 ss.). Tuttavia, la tesi appena ricordata è stata criticata da quella parte della dottrina (cfr. A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., in particolare, p. 239 ss.), la quale ritiene che l'inerzia non possa mai essere considerata come esercizio della funzione amministrativa, non potendo quest'ultimo essere presunto, ma necessitando di un effettivo e oggettivo riscontro. Se, nel caso del silenzio-assenso, così argomenta la dottrina appena citata, si prescinde dall'esercizio effettivo dell'attività amministrativa, ricollegando all'inerzia effetti permissivi, si deve prendere atto di ciò, senza cercare di ricondurre interpretativamente il fenomeno ad una «*fisiologia*» puramente nominalistica. Sulle critiche mosse da TRAVI alla tesi del silenzio come atto amministrativo implicito si ritorna nella nota 50.

<sup>(40)</sup> Così A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, op. cit., p. 78 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici della dottrina tedesca, nell'ambito della quale la figura si è sviluppata.

<sup>(41)</sup> Il primo inquadramento del meccanismo del silenzio-assenso nell'ambito delle valutazioni legali tipiche è sviluppato da F.G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 173 ss.. Nello stesso senso, si veda anche F.G. COCCA – M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., pp. 447-448, laddove si sottolinea: «*nel caso del silenzio assenso non si ha l'atto (che è per legge sostituito dal mero fatto), ma continua ad aversi il precetto (ossia il consenso). Al posto dell'atto di consenso la legge pone il fatto di consenso*», circostanza che consente di affermare «*la possibilità di annullare il silenzio assenso, non sotto il profilo del fatto*

Il ricorso alla *fictio iuris* <sup>(43)</sup> sta a significare, in astratto, che il legislatore equipara, sul piano degli effetti <sup>(44)</sup>, una fattispecie ad una diversa, non affermando in alcuna misura un'assimilazione tra le due fattispecie in termini di identità. L'applicazione di tale principio al silenzio-assenso determina, quindi, una situazione per cui la legge (nella specie, l'art. 20 della legge n. 241/1990) assume come rilevante il mero fatto dell'inerzia della pubblica Amministrazione e lo rende equivalente, sul piano degli effetti, ad un provvedimento di accoglimento dell'istanza presentata dal privato. L'equiparazione degli effetti determina, poi, il corollario dell'applicazione del relativo regime giuridico, con conseguente possibilità di sottoporre l'assenso collegato al silenzio all'ordinario vaglio di legittimità tanto degli organi giurisdizionali, quanto delle stesse Amministrazioni, nell'esplicazione dei normali poteri di autotutela <sup>(45)</sup>.

---

*(che comporta solo qualificazioni di esistenza-inesistenza) ma sotto il profilo del precetto (che consente valutazioni di legittimità-illegittimità)»* Aderiva alla ricostruzione del silenzio-assenso come «*fattispecie a valore legale tipico non qualificabile come provvedimento e nemmeno come atto giuridico*» A.M. SANDULLI, *Il silenzio-accoglimento nella legge Nicolazzi*, cit., p. 61 ss., il quale tuttavia riteneva che mentre nel campo degli atti giuridici operi «*l'alternatività validità - invalidità*», nel campo dei meri fatti ci sia spazio per una valutazione delle fattispecie nei soli termini di «*esistenza – non esistenza*». Così, nelle ipotesi di non conformità alla legge dell'istanza del privato, la conseguenza che l'Autore ipotizzava era quella del non formarsi della fattispecie del silenzio-assenso, senza alcuna possibilità di un sindacato sotto il profilo dell'annullabilità.

<sup>(42)</sup> Cfr., tra i primi sostenitori di questa teoria, S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, op. cit., p. 444 ss.; D. RESTA, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932, p. 187 ss..

<sup>(43)</sup> Per più ampi approfondimenti in merito si rinvia ad G. ALPA, *A proposito di finzioni giuridiche*, in *Sociologia del diritto*, 1995, p. 41 ss..

<sup>(44)</sup> Contesta che l'equiparazione tra le fattispecie sia circoscritta al piano degli effetti G. DE MINICO, *Sugli artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 267 ss., secondo cui il legislatore avrebbe equiparato «*l'inerzia nel momento genetico, e non solo nella produzione degli effetti, all'atto autoritativo positivo*». Prosegue l'Autore: «*Chi equipara l'inerzia all'atto di assenso, infatti, finge che sia intervenuto l'atto permissivo richiesto dall'istante. Poiché, affermata l'identità sostanziale del fatto all'atto, anche gli effetti derivanti dall'inerzia non potranno che essere quelli propri dell'atto, a cui è equiparata, la finzione si mostra come presupposto necessario per riferire al silenzio gli effetti propri del provvedimento domandato*».

<sup>(45)</sup> Cfr., in tal senso, F. GAMBARDELLA, op. cit., p. 3 ss., il quale prosegue osservando, tuttavia, che «*proprio i profili dell'applicazione delle regole di autotutela svelavano, tuttavia, nella vecchia formulazione dell'art. 20, le difficoltà applicative della ricostruzione del meccanismo del silenzio-assenso in termini di equivalenza con l'ordinaria fattispecie di accoglimento espresso. Se, come detto, l'equiparazione degli effetti determinava l'estensione totale del regime giuridico dell'atto amministrativo, estensione che non poteva non contemplare anche tutte le declinazioni possibili del potere di riesame, il diritto singolare dell'art. 20 sembrava delineare una strada diversa, circoscrivendo la facoltà di agire in autotutela da parte della pubblica amministrazione al solo strumento dell'annullamento d'ufficio ed in costanza dei presupposti (illegittimità e pubblico interesse all'annullamento) che la giurisprudenza comune aveva maturato come condizioni di operatività del rimedio. Peraltro la norma delineava il richiamo ad una configurazione singolare dell'annullamento d'ufficio, prevedendo la possibilità da parte dell'amministrazione di fissare all'istante un termine per la sanatoria dei vizi rilevati e restituendo, per questa via, la cifra di un potere di autotutela capace di atteggiarsi in forme diverse da quelle riguardanti l'ordinario regime degli atti amministrativi*». Nello stesso ordine di idee B. TONOLETTI, op. cit., p. 182, il quale ha rilevato che il silenzio-assenso «*essendo un mero fatto e non un atto giuridico (...) non potrebbe essere assoggettato alla disciplina dell'annullabilità tipica degli*

I dubbi interpretativi possono dirsi, oggi, in parte sopiti, alla luce della nuova formulazione dell'art. 20, giacché la norma riformata nel 2005 contiene elementi sia testuali che logico-giuridici tali da indurre a ritenere che il legislatore abbia voluto dissipare ogni dubbio sulla qualificazione dell'istituto, recependo, di fatto, l'orientamento che riconduceva il perfezionarsi del silenzio-assenso nell'ambito dei processi applicativi delle finzioni giuridiche. Invero, già sul piano terminologico, la norma chiarisce in forma eloquente che «*il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda*», ma soprattutto, al terzo comma, riconosce espressamente il potere dell'Amministrazione competente di «*assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*», con rinvio, dunque, alle disposizioni in tema sia di annullamento d'ufficio che di revoca, così confermando il principio secondo cui, nelle ipotesi di finzioni giuridiche, all'equivalenza degli effetti corrisponde l'equivalenza dei relativi regimi giuridici <sup>(46)</sup>.

4. – Da quanto fin qui emerso, nell'ipotesi di silenzio-assenso, l'ordinamento collega al decorso del termine la produzione di un effetto equipollente all'emanazione di un provvedimento favorevole, adottato dalla p.A. in assenza di una puntuale istruttoria e di un'effettiva ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti <sup>(47)</sup>.

Tuttavia, come si è già accennato, l'aspetto più rilevante e al tempo stesso problematico, che pone la nuova disciplina del silenzio-assenso è rappresentato proprio dalla necessità (o meno)

---

*atti amministrativi*», aggiungendo che, pertanto, nel campo del silenzio-assenso potrebbe «*essere produttiva degli effetti indicati dalla legge soltanto una fattispecie che corrisponda in tutti e in ognuno dei suoi particolari al modello legale*». Cfr., inoltre, sul punto, A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, op. cit., p. 731 ss., secondo cui la tesi del silenzio-assenso come fatto giuridico raggiunge interpretativamente 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, visto che tra i requisiti per la formazione del silenzio-assenso andrebbe ricompresa anche la conformità alla legge della domanda del privato. E' stato, altresì, osservato in proposito che un tale risultato non può sorreggersi semplicemente su argomenti di carattere dogmatico, ma necessita di un sostegno di diritto positivo; cfr., sul punto, ancora, B. TONOLETTI, op. cit., p. 182, il quale, aderendo all'opinione di A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., p. 175 ss., ha affermato che «*La previsione di silenzio-assenso, infatti, si limita a stabilire le condizioni in presenza delle quali si producono gli stessi effetti del provvedimento richiesto, allo scadere del termine per la conclusione del procedimento*». Prosegue l'Autore: «*Il legislatore può configurare la fattispecie in modo da escludere che il silenzio-assenso si formi in caso di contrarietà della domanda alla legge, dando la prevalenza in tal modo all'esigenza di garantire la legalità. Ma in caso contrario, la previsione di silenzio-assenso non è in grado di assicurare la conformità degli effetti alle norme che disciplinano la materia. E' pertanto una mera questione di diritto positivo stabilire nei vari casi se il silenzio-assenso si formi o non si formi in presenza di una domanda non conforme alla legge*».

<sup>(46)</sup> Così F. GAMBARDELLA, op. cit., pp. 3-4.

<sup>(47)</sup> In questo senso espressamente G. FERRERO, F. RISSO, op. cit., p. 3765 ss.; nel medesimo senso cfr. V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 160 ss..



di osservare, anche nelle ipotesi ricadenti nel suo ambito di applicazione, le regole che disciplinano lo svolgimento dell'istruttoria. Si discute, infatti, se nelle ipotesi di silenzio-assenso permanga il dovere dell'Amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento, di svolgere l'istruttoria e di motivare (con la conseguenza che ove ciò – come di norma accade – non avvenga, l'atto tacito di assenso così formatosi sarebbe illegittimo) <sup>(48)</sup>.

Nel passato, la circostanza che la formazione del silenzio non presupponesse una previa istruttoria da parte della p.A. era stata giustificata in dottrina ragionando sul particolare carattere della fattispecie del silenzio-assenso, costruita dal legislatore secondo la tecnica delle finzioni giuridiche <sup>(49)</sup>.

Atteso che la disciplina dettata dall'art. 20 della legge n. 241/1990 – nella sua originaria formulazione – derogava ai principi generali in tema di procedimento amministrativo (collegando ad un mero fatto effetti equipollenti a quelli dell'atto, a prescindere dal comportamento dell'Amministrazione), si riteneva che gli adempimenti procedurali, generalmente previsti dal Capo III della legge n. 241/1990 (tra cui l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento), non fossero applicabili alle ipotesi di silenzio-assenso <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Tale interrogativo si pone E. CASSETTA, op. cit., p. 494.

<sup>(49)</sup> Cfr., sul punto, A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, op. cit., p. 56 ss.; nel medesimo senso, B. TONOLETTI, op. cit., p. 173.

<sup>(50)</sup> Questa linea interpretativa trae origine dalla tesi elaborata da F.G. SCOCA, nella monografia intitolata *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 192 ss., secondo la quale nelle ipotesi di silenzio-assenso, «a carico dell'amministrazione non sarebbe mai configurabile un "dovere" o un "obbligo" di provvedere, ma sarebbe configurabile solo un "onere" di provvedere». Tale tesi – che costituisce, ancora oggi, un punto di riferimento essenziale per qualsiasi riflessione sull'argomento – è stata, peraltro, criticata da A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, op. cit., p. 239 ss., secondo il quale «Le previsioni di silenzio-assenso provvedimentale postulano ... sempre, a carico dell'amministrazione, un dovere di pronunciarsi (in senso positivo o negativo)». A sostegno di tale assunto, come già accennato più sopra (nella nota 39), l'Autore adduce, sostanzialmente, due ordini di ragioni: da un lato, egli esprime forti perplessità circa l'ammissibilità, in generale, della figura dell'onere rispetto all'attività di diritto amministrativo considerata nelle previsioni di silenzio-assenso provvedimentale, sottolineando come, in tale ipotesi, l'azione amministrativa si configuri come «funzione», essendo il suo esercizio sempre doveroso (non inerendo, evidentemente, al piano di queste riflessioni il tema della discrezionalità); dall'altro, lo stesso Autore osserva che la previsione del silenzio-assenso non incide sulla qualificazione della condotta della p.A. in termini di doverosità «e non opera esimendo l'amministrazione dal dovere di provvedere: opera in un secondo momento, e cioè nel caso che l'amministrazione non abbia provveduto». In questa prospettiva, secondo TRAVI, «L'introduzione di una previsione di silenzio-assenso non è diretta ad "alleggerire" l'attività provvedimentale dell'amministrazione, ma a porre rimedio a un suo irregolare svolgimento. La legge non esime l'amministrazione dal dovere di pronunciarsi prima della scadenza del termine (di pronunciarsi anche con un atto positivo), ma solo disciplina le conseguenze della condotta dell'amministrazione che non ottemperi a tale dovere».

Nella medesima prospettiva, alcuni Autori hanno posto l'accento sulla necessaria correlazione del silenzio-assenso con l'atto di iniziativa procedimentale, ritenendo che quest'ultimo costituisca l'unico presupposto sufficiente per la formazione del primo (<sup>51</sup>).

Altri, dando per scontata tale caratteristica strutturale dell'istituto, hanno, tuttavia, manifestato un atteggiamento più elastico, ammettendo che l'Autorità amministrativa – rimasta inerte dopo la presentazione dell'istanza del privato – possa, ad un certo punto, chiedere formalmente all'interessato dei chiarimenti o della documentazione, con conseguente interruzione del termine per la formazione del silenzio-assenso (<sup>52</sup>).

5. – Tuttavia, come si diceva, il problema della applicabilità, anche al silenzio-assenso, dei principi (e degli istituti) che regolano l'istruttoria si è posto soprattutto, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 20 della legge n. 241/1990 (come riformulato dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005), il quale prevede espressamente l'applicazione dell'art. 10-*bis*, ossia la norma che impone l'obbligo di previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. La medesima disposizione, anche richiamando l'art. 2, comma 4, configura, poi, altre ipotesi di adempimenti

---

(<sup>51</sup>) Questo punto di vista è espressamente enunciato da V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 473 ss., il quale sottolinea, in generale, che «il silenzio può acquisire senz'altro un contenuto decisorio, perché questo viene identificato dalla legge con il contenuto dell'istanza, quale determinato dallo stesso interessato». Sui requisiti minimi perché si formi il silenzio-assenso cfr., inoltre, in dottrina, T. TASSO, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2004, p. 75 ss. (e la giurisprudenza ivi citata), il quale osserva che «non è possibile considerare formato un silenzio-accoglimento in favore di un soggetto non legittimato a richiedere l'emanazione del provvedimento o la cui domanda sia radicalmente nulla (ex art. 1418 c.c.) oppure diretta ad un organo assolutamente incompetente»; e, in giurisprudenza, tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 maggio 2006, n. 3044, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, p. 1444; Id., 14 aprile 2008, n. 1642, *ivi*, 2008, p. 1119.

(<sup>52</sup>) E' questa la conclusione a cui giunge T. TASSO, *op. cit.*, p. 74 ss., secondo il quale la circostanza che, nell'ipotesi di silenzio-assenso, il comportamento omissivo della p.A. acquisti il significato formale di accoglimento «non significa che l'istruttoria sia estranea al provvedimento ottenuto per assenso, tanto è vero che se l'autorità amministrativa – rimasta inerte dopo la presentazione dell'istanza del privato – ad un certo punto chiede formalmente all'interessato dei chiarimenti o della documentazione, il termine per il silenzio-accoglimento rimane interrotto, e un nuovo termine decorre – per l'accoglimento della domanda – dal momento in cui l'interessato ha prodotto quanto richiesto». Sembra esprimersi diversamente M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, *op. cit.*, pp. 93-94, almeno laddove afferma che «L'apparente totale remissione del procedimento nelle mani del soggetto che propone l'atto di impulso procedimentale mal si concilia con la possibilità che l'amministrazione interloquisca nel procedimento, richiedendo precisazioni, chiarimenti, integrazioni documentali o addirittura indicando al richiedente eventuali errori, invitandolo ad apportare le necessarie rettifiche od integrazioni a quanto già dichiarato». Sul punto è, poi, significativa la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2001, n. 5190, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, p. 1212, laddove si afferma: «La formazione del silenzio assenso sulla richiesta di condono edilizio presuppone che l'interessato abbia prodotto la documentazione necessaria insieme alla domanda di sanatoria e che l'amministrazione non lo abbia invitato a presentare ulteriore documentazione con conseguente interruzione del termine biennale».

procedimentali (quali l'acquisizione di valutazioni tecniche e la conferenza di servizi).

E proprio il richiamo all'art. 10-*bis*, contenuto nella nuova formulazione dell'art. 20 della legge n. 241, appare di per sé solo sufficiente a dimostrare che, anche nelle ipotesi di silenzio-assenso, non viene meno il dovere in capo alla p.A. di svolgere l'istruttoria, potendo essere omessa solo la fase conclusiva, che si concreta nell'adozione del provvedimento formale<sup>(53)</sup>. Diversamente, non avrebbe alcun senso né il richiamo al preavviso di rigetto né al potere di indizione di una conferenza di servizi<sup>(54)</sup>.

Se, argomentando *a contrario*, il principale effetto del nuovo art. 20 in tema di silenzio-assenso fosse quello di togliere di mezzo l'istruttoria – *id est* la fase che, come è stato significativamente evidenziato, rappresenta il «cuore» di ogni procedimento (essendo lo strumento attraverso il quale l'Amministrazione acquisisce i dati e le conoscenze necessarie per poter adottare il provvedimento) – sarebbe naturale chiedersi sino a che punto la generalizzazione del silenzio-assenso sia compatibile con i principi costituzionali che

---

<sup>(53)</sup> Questo profilo è particolarmente sottolineato da coloro – per vero, non molto numerosi – che si sono occupati del tema in esame: cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 494; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali*, op. cit., p. 2798 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, op. cit., p. 1001 ss.; A. CIOFFI, op. cit., p. 99 ss.; F. GAMBARDELLA, op. cit., pp. 6-7.

<sup>(54)</sup> Sulla applicabilità dell'art. 10-*bis* all'ipotesi di silenzio-assenso esiste un'ampia giurisprudenza amministrativa. Si vedano, a titolo esemplificativo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2008, n. 6237, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 767, secondo cui, in materia di condono edilizio, «ai fini della formazione del silenzio-assenso di cui all'art. 32, comma 37, l. n. 326 del 2003 rileva la data di adozione dell'atto trasmesso ai sensi dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990» e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 3 agosto 2006, n. 7822, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, p. 2617, ove si afferma: «L'art. 10-bis l. n. 241 del 1990, nella misura in cui non si riferisce alle sole ipotesi di documentazione carente, ma a tutte le possibili ragioni del diniego (e quindi, anche e soprattutto alle ragioni di merito di un eventuale rigetto dell'istanza), ha portata generale, ed esclusi i procedimenti espressamente menzionati dal comma 2, deve ritenersi applicabile anche ai procedimenti di cui all'art. 87 d.lg. n. 259 del 2003, ed in genere ai procedimenti per i quali la legge prevede la dichiarazione di inizio attività o il silenzio assenso». Nel medesimo senso cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 12 giugno 2006, n. 6891, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, p. 1822; T.A.R. Valle D'Aosta, 14 febbraio 2007, n. 38, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2007; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 26 novembre 2008, n. 2983, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 12/2008. In dottrina, propendono per l'applicazione dell'art. 10-*bis* anche al procedimento destinato alla eventuale conclusione inespressa, oltre agli Autori citati nella nota precedente, F. GUALANDI, *Le innovazioni introdotte dalla l. n. 80/2005 alla legge 241/1990: appunti di prima lettura*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 6/2005; S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, op. cit., p. 113, il quale rileva, tra l'altro, che «non vi è motivo per ritenere che la disciplina di cui all'art. 10-bis non interferisca con il procedimento per la formazione del silenzio assenso. E ciò da almeno due punti di vista: a) la necessità della comunicazione del preavviso di diniego affinché si possa dire legittimamente adottato il provvedimento negativo; b) la possibilità che, nonostante detta comunicazione e successivamente ad essa, si formi comunque il silenzio assenso»; cfr., inoltre, dello stesso Autore, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.I.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della L. 241/1990, sostituiti dalla L. 80/2005*, Milano, 2005.

regolamentano l'agire della p.A., ed in particolare con quello di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost. <sup>(55)</sup>.

Del resto, che non fosse questa la volontà del legislatore emerge chiaramente dal complessivo esame della disciplina positiva introdotta dall'art. 20, che, dopo aver affermato il dirimente principio dell'estensione del silenzio-assenso a tutti i procedimenti ad istanza di parte, ha subito previsto le opportune cautele al fine di rendere l'istituto compatibile con il regolare dispiegarsi della funzione amministrativa.

In questa prospettiva, come si è già ricordato, il quarto comma della suddetta disposizione esclude l'operatività del silenzio-assenso con riferimento a tutte quelle materie che fanno capo ai cosiddetti interessi sensibili (quali: patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, difesa nazionale, pubblica sicurezza e immigrazione, salute e pubblica incolumità), in tutti i casi in cui il diritto comunitario impone provvedimenti formali, nonché nelle ipotesi tipizzate di silenzio-diniego, demandando poi alla fonte regolamentare le ulteriori fattispecie da escludere.

Nel medesimo ordine di idee, come pure si è accennato, il comma secondo dell'art. 20 riconosce all'Amministrazione un'ulteriore possibilità, al fine di impedire il formarsi del silenzio-assenso, consistente nell'indizione di una conferenza di servizi, la quale si renderà opportuna non solo quando la fattispecie concreta lasci emergere il coinvolgimento di una pluralità di interessi pubblici, afferenti ad Amministrazioni diverse, ma anche quando vi siano situazioni di contro interesse che giustificano un particolare approfondimento, come si evince anche dal richiamo alle «*situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati*» operato dall'ultima parte della suddetta disposizione <sup>(56)</sup>.

Ma è soprattutto la disciplina contenuta nell'art. 20, quinto comma, a rivelare la compatibilità tra il sistema di formazione del silenzio-assenso e le ordinarie dinamiche procedimentali. La disposizione appena citata prevede, infatti, l'estensione alle procedure in esame dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi *ex art. 10-bis* e, dunque, la possibilità di fare ricorso al c.d. "preavviso di rigetto"; circostanza che presuppone il completo espletamento della fase istruttoria ai fini del legittimo consolidarsi del silenzio-assenso <sup>(57)</sup>, nonché la formazione di

---

<sup>(55)</sup> Sui possibili profili di illegittimità costituzionale della nuova disciplina del silenzio-assenso, come introdotta dalla legge n. 15/2005, cfr. R. GIOVAGNOLI, *DIA e silenzio assenso dopo la legge 80/2005*, op. cit., pp. 1008-9. Su tali aspetti si veda anche quanto osservato nel successivo § 6.

<sup>(56)</sup> Cfr., in proposito, F. GAMBARDELLA, op. cit., p. 6, secondo il quale tale richiamo sta a significare «*considerazione delle posizioni di contro interesse dei privati sia in termini di attivazione della conferenza, sia in termini di effettiva partecipazione alla stessa*» (nota 52).

<sup>(57)</sup> La rilevanza dell'istruttoria come parametro di legittimità nei casi di definizione tacita del procedimento è particolarmente sottolineata da M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario ...*, op. cit., p. 816. Si veda,

atto avente natura pre-decisoria, che implica considerazione e sintesi degli interessi coinvolti<sup>(58)</sup>.

Letta in questi termini, la disposizione appare in linea con la stessa natura giuridica del silenzio-assenso<sup>(59)</sup>, costituendo applicazione di quel principio secondo il quale all'equivalenza degli effetti tra definizione tacita e provvedimento formale fa da riscontro identica equivalenza sul piano del regime giuridico.

Sotto altro profilo, la stessa disposizione funge da monito per l'Amministrazione imponendo, anche nelle ipotesi di silenzio-assenso, il rispetto della naturale scansione procedimentale. Il che equivale a dire che, qualora l'Amministrazione si risolva per il non accoglimento dell'istanza, essa sia comunque tenuta all'adozione del preavviso di rigetto al fine di stimolare un «*contraddittorio rafforzato*» con il richiedente sulle ragioni ostative.

Va, peraltro, sottolineato che la tempestiva comunicazione dei motivi ostativi da parte dell'Amministrazione non costituisce, come nel caso di indizione della conferenza di servizi, ai sensi del comma 2 dell'art. 20, impedimento assoluto al formarsi del silenzio-assenso e non comporta, quindi, l'obbligo di provvedere in via formale. Se, invero, la formazione del silenzio-assenso non opera nell'ipotesi in cui il contraddittorio *ex art. 10-bis* non muti il preavvertito convincimento dell'Amministrazione (in quanto il rigetto delle osservazioni del privato non può che comportare l'adozione di un provvedimento finale negativo)<sup>(60)</sup>, le cose stanno diversamente quando l'Amministrazione accolga le motivazioni addotte dalla controparte<sup>(61)</sup>. Detta soluzione si evince dallo stesso art. 10-*bis* che, da un lato, prevede che i termini per concludere il procedimento, interrotti dalla comunicazione, ricominciano a

---

inoltre, dello stesso Autore, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, op. cit., p. 37 ss., che, traendo conferma dalla giurisprudenza comunitaria (cfr., ad es., Corte di Giustizia CE, Corte plenaria, 28 febbraio 1991, in causa C-360/87, con nota di G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*, op. cit., p. 901 ss.; Id., Sez. III, 18 maggio 2000, in causa C-230/00, in *www.coe.int*), afferma la legittimità del silenzio nei soli casi di «*svolgimento del procedimento con mancanza solo del provvedimento conclusivo, non quando, invece, la Pubblica amministrazione sia rimasta del tutto inerte*». Sulla compatibilità dell'istituto del silenzio-assenso con la normativa comunitaria, si veda anche quanto osservato, *infra*, specialmente nella nota 69.

<sup>(58)</sup> In questo senso espressamente F. GAMBARDELLA, op. cit., p. 6, ad avviso del quale «*Sotto questo profilo la disposizione da un lato evidenzia l'importanza della doverosa istruttoria anche con riguardo alle procedure destinate a concludersi in via silenziosa, dall'altro sottolinea come anche in questi casi le regole da applicare siano quelle generali valide per i procedimenti che si chiudono in forma espressa*»

<sup>(59)</sup> Come riconosciuta dalla prevalente dottrina, su cui si veda, *supra*, § 3.

<sup>(60)</sup> Cfr. V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali ...*, cit., p. 2816 ss..

<sup>(61)</sup> Cfr., in tal senso, G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 277 ss.; nello stesso senso M. ANDREIS, op. cit., p. 115 ss..

decorrenza dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 giorni entro il quale gli istanti possono presentare le loro osservazioni, e, dall'altro, stabilisce che nel provvedimento finale venga dato conto soltanto delle ragioni di mancato accoglimento delle stesse.

Ciò porta necessariamente a ritenere che l'indeclinabile dovere di provvedimento espresso sussista solo nelle ipotesi in cui, a seguito del contraddittorio attivato dal preavviso di rigetto, l'Amministrazione non accolga le osservazioni formulate dal richiedente <sup>(62)</sup>. Nell'ipotesi opposta, l'eventuale scadenza del termine finale in assenza di provvedimento espresso comporterà, in applicazione dell'art. 20, il perfezionarsi del meccanismo del silenzio assenso. Ragionando diversamente, peraltro, si verrebbe a determinare una situazione per cui, per effetto dell'intervenuta comunicazione dei motivi ostativi, l'eventuale inerzia dell'Amministrazione incontrerebbe come unica sanzione la possibilità di innescare il silenzio-inadempimento, laddove, come già chiarito, in tema di procedimenti ad istanza di parte, il rimedio predisposto dal legislatore è quello del silenzio-accoglimento.

Dall'analisi complessiva della norma si trae, allora, l'impressione che il procedimento di formazione del silenzio-assenso non si discosti, tranne che per la fase decisoria, da quello previsto dalla normativa in materia di provvedimenti amministrativi espressi. Ne emerge, invero, che, relativamente a tale procedimento, andranno applicate le regole generali previste dalla legge n. 241/1990, in tema di responsabile del procedimento, partecipazione degli interessati, accesso, ecc. <sup>(63)</sup>.

6. – Argomenti, in tal senso, possono trarsi, del resto, anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Emblematica, in tal senso, è la sentenza n. 393 del 1992 <sup>(64)</sup>, che

---

<sup>(62)</sup> Si aderisce qui all'opinione di F. GAMBARDELLA, op. cit., p. 13, ad avviso del quale il riesercizio del potere da parte della p.A., che consegue all'accoglimento delle osservazioni presentate dal privato ai sensi dell'art. 10-bis, non comporta l'impossibilità del perfezionarsi del meccanismo del silenzio-assenso, ma va soggetto al rispetto delle regole procedurali, a partire da quella che impone la definizione tacita dei procedimenti ad istanza di parte nei quali il potere non sia stato esercitato in maniera tempestiva. Si vedano, più in generale, sulla comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10-bis, A. RALLO, *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis l. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al contraddittorio sul possibile*, in AA.VV., *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo* (a cura di F. Liguori), Bologna, 2007, secondo cui l'accoglimento delle osservazioni «porta necessariamente l'amministrazione procedente a "rientrare" nel procedimento originario ed a riesercitare il potere», e S. TARULLO, *Commento all'art. 10 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione* (a cura di N. Paolantonio – A. Police – A. Zito) Torino, 2005, p. 213 ss..

<sup>(63)</sup> Così R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, cit., p. 1009; nel medesimo senso, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1364.

<sup>(64)</sup> Corte costituzionale, 19 ottobre 1992, n. 393, in *Cons. Stato*, 1992, II, p. 1413.

ha dichiarato incostituzionale l'art. 16, comma quarto, della legge 17 febbraio 1992, n. 179, sul procedimento di formazione per silenzio-assenso del programma integrato di intervento, osservando che la semplificazione non può incidere sul contenuto essenziale dell'attività amministrativa e che il silenzio-assenso non è estensibile a piacere, ma vi sono dei limiti, essenzialmente rappresentati dall'esigenza che la pubblica Amministrazione eserciti il potere discrezionale affidatole dalla legge, anche svolgendo le opportune indagini <sup>(65)</sup>. In questa prospettiva – come è stato rilevato – sembra emergere dalla Costituzione un preciso vincolo per il legislatore che esclude la possibilità di generalizzare il silenzio-assenso; al contrario, tale istituto si attaglierebbe solo ad una ristretta cerchia di atti amministrativi, caratterizzati dalla semplicità del procedimento e del contenuto provvedimentale e dal destinatario individuabile. Tali sono, in buona sostanza, i casi in cui la discrezionalità nel rilascio dell'atto autorizzatorio è modestissima, in guisa che l'Amministrazione non debba effettuare una composizione di interessi le cui modalità non sarebbero verificabili o sindacabili in assenza dell'atto scritto <sup>(66)</sup>.

Ed anche la Corte di Giustizia CE, pur non esprimendo un generale disfavore nei confronti dell'istituto, lo ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario in presenza di procedimenti complessi, ove, per garantire effettività agli interessi tutelati, è necessaria una espressa valutazione amministrativa, quale un accertamento tecnico o una verifica; in questi casi, secondo la richiamata giurisprudenza comunitaria, ammettere il silenzio-assenso significherebbe legittimare l'Amministrazione a non svolgere quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi <sup>(67)</sup>. Non a caso,

---

<sup>(65)</sup> Cfr., sul tema, G. MORBIDELLI, *Urbanistica incostituzionale per abuso di silenzio-assenso*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3427 ss., nonché lo scritto di R. GIOVAGNOLI citato nella precedente nota 63.

<sup>(66)</sup> E' questa l'opinione espressa da V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione, procedimento e giudice amministrativo in materia edilizia*, in *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata* (a cura di V. Parisio), Milano, 2002, p. 143 ss.; nello stesso senso R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, op. cit., pp. 1008-9, nonché M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, op. cit., p. 38, secondo il quale «il principio del silenzio assenso risponde indubbiamente a talune esigenze pratiche di definizione celere per fattispecie a basso o nullo tasso di discrezionalità, ove l'interesse del privato all'inizio di certe iniziative viene ritenuto meritevole di particolare attenzione». «Diverso» - soggiunge l'Autore - «è il caso in cui la fattispecie oggetto dell'eventuale silenzio assenso implica necessariamente complesse fasi istruttorie o è parte di un più complesso procedimento, ove sarebbe quanto mai utile, nell'interesse tanto dell'interessato quanto dell'Amministrazione, lo svolgimento di tutte le necessarie verifiche, poi espresse nel provvedimento e nella relativa motivazione».

<sup>(67)</sup> Cfr., in tal senso, le pronunce della Corte di Giustizia citate nella precedente nota 57. Si vedano, inoltre, quali espressioni del principio enunciato nel testo, secondo cui l'istituto del silenzio-assenso non si attaglierebbe a procedimenti che postulano valutazioni complesse: Cass. civ., Sez. II, 1 marzo 2007, n. 4869, in

infatti, come si è visto, il legislatore del 2005 <sup>(68)</sup> ha escluso dall'ambito di applicazione dell'ampliata previsione in tema di silenzio-assenso i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali <sup>(69)</sup>.

Se, dunque, da un lato, il legislatore ha spinto sull'acceleratore della semplificazione, generalizzando l'istituto del silenzio-assenso in rapporto a tutti i provvedimenti ad istanza di parte, dall'altro, come si è visto, si è premurato di circondare il meccanismo di quegli accorgimenti che consentono di renderlo compatibile con il principio del giusto procedimento, raggiungendo, peraltro, anche un obiettivo di sostanziale responsabilizzazione dell'Amministrazione procedente ai fini dell'individuazione delle modalità operative concretamente applicabili al caso di specie <sup>(70)</sup>.

---

[www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 3/2007; Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4395 in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 novembre 2004, n. 6048, in *Riv. giur. polizia*, 2005, pp. 341, 836; Id., 13 novembre 2006, n. 2151, in *Foro amm-T.A.R.*, 2006, p. 3454; T.A.R. Umbria, Perugia, 3 febbraio 2010, n. 50, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2010.

<sup>(68)</sup> Il riferimento è alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005.

<sup>(69)</sup> Si vedano, sul punto, le osservazioni svolte da M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, op. cit., p. 38 ss., il quale sottolinea che il silenzio assenso «è discutibile pure nella conformità al principio di legalità ed ai principi generali di diritto comunitario, ad iniziare dalla certezza del diritto e dalla proporzionalità, come indicato da varie sentenze della Corte di giustizia». Nel medesimo senso, lo stesso Autore si era già espresso nella nota di commento alla succitata sentenza della Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, in causa C-360/87, intitolata *I signori del diritto comunitario*, cit., p. 815 ss., laddove aveva affermato che la pronuncia annotata pareva assumere un significato generale, travalicante il caso – in esame – della direttiva sulle acque sotterranee, in quanto poneva «in crisi il criterio di prevedere il silenzio assenso quale possibile conclusione di procedimenti complessi in cui siano in gioco particolari interessi pubblici». Diverso il punto di vista espresso da G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*, op. cit., p. 906 ss., il quale, nell'annotare la medesima pronuncia della Corte di Giustizia, e ricordando i casi, invero non rari, nei quali atti normativi comunitari equiparano il silenzio della pubblica Amministrazione su una certa richiesta del privato al rigetto della domanda medesima, esclude che «al dispositivo della sentenza possa attribuirsi un significato generale di disfavore dell'ordinamento comunitario nei riguardi del silenzio assenso»; né tale valutazione – prosegue l'Autore – «può essere riferita ai casi nei quali il silenzio assenso costituisca possibile esito dei procedimenti in cui siano imposti all'Amministrazione accertamenti o valutazioni di particolare complessità». Sugli orientamenti della Corte di Giustizia CE, in materia di silenzio-assenso, si veda anche la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in *Foro amm.* – C.d.S., 2008, p. 3442.

<sup>(70)</sup> Tale posizione è esplicita in F. GAMBARDELLA, op. cit., p. 7. In senso contrario, cfr. M.A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del d.l. n. 35 del 2005)*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, p. 549 ss., che sottolinea «l'insistenza del legislatore nel disegno di semplificare deresponsabilizzando l'Amministrazione e trasferendo sul privato il carico della verifica delle legittimità delle proprie richieste in ambiti che il legislatore non intende apertamente liberalizzare». Sembra esprimere perplessità circa l'estensione dell'ambito di applicazione della norma sul silenzio-assenso, nella nuova formulazione, anche V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali ...*, cit., p. 2816, laddove afferma: «la competitività si ottiene non depauperando il procedimento amministrativo nel suo contenuto essenziale ma predisponendo forme organizzative adeguate. Dilatare le ipotesi di silenzio assenso può essere una soluzione illusoria; bisognerebbe, invece, predisporre dei meccanismi che incentivino l'adozione dei provvedimenti o ancora meglio l'intervento surrogatorio di altri soggetti rispetto a quelli rimasti silenti».



Può ancora farsi notare che l'art. 2, comma 9, della legge n. 241/1990, onde incentivare il rispetto dei termini di conclusione del procedimento, prevede espressamente che la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce «*elemento di valutazione*» della responsabilità dirigenziale. A chi rispondesse che l'applicazione di questa disposizione va limitata all'ipotesi di silenzio-inadempimento (avverso il quale è esperibile il rito speciale ex artt. 31 e 117 c.p.a.), sarebbe agevole obiettare che, per il modo in cui la disposizione è scritta – non contempla eccezioni – e per la sua collocazione – all'interno della norma (l'art. 2 della legge n. 241) che disciplina, appunto, la conclusione del procedimento – essa pare suscettibile di generale applicazione, ogniquale volta il procedimento amministrativo non si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso e, dunque, anche nei casi di silenzio-assenso.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte pare inevitabile, perciò, concludere che il combinato disposto degli artt. 2 e 20 della legge sul procedimento amministrativo delinea un ventaglio di possibilità operative: chiusura del procedimento mediante provvedimento espresso; definizione tacita ad istruttoria completa; attivazione di un contraddittorio eventuale mediante preavviso di rigetto (con possibilità di successiva conclusione espressa ovvero di ripresa dei termini di formazione del silenzio-assenso); indizione di una conferenza di servizi. La scelta tra l'una e l'altra soluzione spetterà naturalmente all'Amministrazione che, a tal fine, nell'ambito della doverosa istruttoria, dovrà considerare consistenza e qualità degli interessi pubblici e privati coinvolti nelle singole fattispecie <sup>(71)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> Nello stesso senso espressamente F. GAMBARDELLA, op. cit., p. 7.