

L'attestazione della formazione del silenzio assenso: quali implicazioni operative sull'attività delle amministrazioni pubbliche?

di Vito Antonio Bonanno, segretario generale del comune di Alcamo.

Il decreto legge 31 maggio 2021, n.77, con il quale il Governo ha adottato disposizioni in materia di *Governance* del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione delle procedure, contiene anche alcune disposizioni che, avviando la riforma dell'amministrazione pubblica prevista tra quelle c.d. abilitanti dal Piano di ripresa e resilienza, modificano a regime il potere sostitutivo interno alle amministrazioni, la disciplina del silenzio assenso e il potere di annullamento d'ufficio.

In materia di silenzio assenso, l'art. 62 modifica l'art. 20 della legge 241 del 1990 introducendo il comma *2.bis* a mente del quale nei casi in cui il silenzio equivale a provvedimento di accoglimento, fermi restando gli effetti intervenuti del silenzio assenso, *“l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo.”* Tale norma è modellata sulla analoga disposizione speciale già introdotta dall'art. 10, comma 1, lett. i), del decreto legge n. 76/2020 (noto come decreto semplificazioni) in materia di edilizia, il quale ha introdotto l'obbligo in capo al SUE di rilasciare entro 15 giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento di rilascio del permesso di costruire in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego. La nuova norma ha carattere generale e si applica in tutti i casi in cui la legge prevede che all'inerzia procedimentale consegue un provvedimento tacito di accoglimento, e dispone che l'attestazione sull'avvenuta formazione del silenzio venga rilasciata entro 10 giorni dalla richiesta, trascorsi i quali essa *“è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”*.

In buona sostanza, il legislatore dispone un vero e proprio **obbligo** in capo all'amministrazione **di attestare**, su richiesta del privato, la formazione del silenzio assenso (*id est*: la sussistenza di un provvedimento amministrativo tacito), prevedendo che in caso di inadempimento a tale obbligo di certificazione da parte dell'amministrazione il privato possa autocertificare l'avvenuta formazione del silenzio assenso. La *ratio* della norma si rinviene nell'esigenza di garantire la certezza delle relazioni giuridiche e la piena spendibilità sul mercato di titoli abilitativi che, essendosi formati *per silentium*, incontrano evidenti difficoltà ad essere accettati soprattutto da banche e operatori privati cui il cittadino si rivolge per chiedere benefici finanziario o prestiti per avviare le attività abilitate con il silenzio assenso; l'introduzione di una attestazione dell'amministrazione sulla formazione del provvedimento rende spendibile sul mercato titoli abilitativi che sono immateriali. Il sistema, infine, trova una quadratura con la previsione della possibilità in capo al privato di **autocertificare l'avvenuta formazione del titolo** una volta trascorsi 10 giorni dalla richiesta dell'attestazione senza che questa sia stata rilasciata (inerzia dell'amministrazione sulla istanza di attestazione dell'avvenuta formazione del silenzio). Va ricordato, sotto tale profilo, che a seguito delle modifiche introdotte al DPR 445 del 2000 dall'art. 30.*bis* del d.l. 76/2020 anche i privati sono obbligati ad accettare le autocertificazioni presentate ai sensi del testo unico sulla documentazione amministrativa: è obbligo dell'amministrazione, nel caso di controllo disposto da parte del privato,

di dare conferma scritta della corrispondenza tra quanto dichiarato dal privato e le risultanze dei dati da essa custoditi (cfr. art. 71, comma 4, Dpr 445/2000). Prima della recente novella normativa, il privato avrebbe potuto soddisfare il proprio interesse ad attestare che si era comunque perfezionato un provvedimento amministrativo tacito, esclusivamente promuovendo innanzi al giudice amministrativo una azione di (mero) accertamento della formazione del silenzio assenso, ritenuta ammissibile dalla nota decisione dell'AP del Consiglio di Stato n. 15 del 2011.

L'introduzione dell'obbligo di attestazione dell'intervenuto accoglimento della domanda presentata dal privato per effetto del decorso dei termini senza che sia stato adottato un provvedimento espresso, implica la necessità di chiarire quando si forma il silenzio assenso, evidenziando se esso si forma a seguito del mero trascorrere del tempo ovvero se oltre all'inerzia occorre che siano sussistenti i presupposti previsti dalla legge per il conseguimento del bene della vita.

Va innanzi tutto chiarito che il legislatore, sulla base della considerazione che il tempo nella società moderna ha assunto il valore di bene economico¹, ha introdotto nell'art.2 della legge generale sul procedimento amministrativo l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di concludere il procedimento amministrativo in tempi certi e con provvedimento espresso, disciplinando le conseguenze del silenzio amministrativo che perdura alla scadenza del termine per provvedere. L'inerzia della pubblica amministrazione obbligata a istruire un procedimento amministrativo e a provvedere sull'istanza configura un vero e proprio inadempimento nei confronti del titolare della posizione soggettiva di interesse legittimo; per tutelare l'interessato da tale inadempimento, il legislatore individua due rimedi successivi: uno interno (il ricorso al potere sostitutivo tramite istanza al funzionario o alla struttura anti-ritardo, introdotta dall'art. 61 del d.l. 77/2021) e l'altro esterno (il ricorso al giudice amministrativo per l'accertamento dell'obbligo di provvedere, oltre l'azione per il risarcimento del danno da ritardo). In altri casi, invece il legislatore attribuisce al silenzio il valore significativo di rigetto dell'istanza (art. 25 della legge 241/1990, art. 36, comma 3 del DPR 380/2001, art. 53, comma 10 del d.lgs. 165/2001) oppure di accoglimento della stessa. Va segnalato che oggi nei procedimenti ad istanza di parte -fatti salvi quelli relativi a interessi sensibili- la **regola generale**² in caso di mancata adozione di un provvedimento espresso a conclusione dell'istruttoria è quella del **silenzio assenso**, disciplinato dall'art. 20 della legge 241 del 1990. Tale norma stabilisce che, fatto salvo l'art. 19 (cioè, i casi in cui è prevista la Scia, ove il potere amministrativo abilitativo è sostituito da un potere di controllo successivo sull'attività esercitata sulla base di una certificazione del privato sul possesso dei requisiti di legge), il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanza o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'art. 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego ovvero se entro lo stesso termine non indice la conferenza di servizi.

Per inquadrare correttamente l'istituto va chiarito che esso non rientra negli interventi di liberalizzazione, cioè nel quadro degli interventi regolatori in cui, eliminata la riserva pubblica, il

¹ su tale questione si consiglia la lettura di P. QUINTO, Il tempo "bene della vita" nel procedimento amministrativo, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011.

² Cass. sez. III, ord. 6.7.2020, n.13865 definisce il silenzio assenso "*come generalizzato potenziale esito del procedimento amministrativo*". Con tale ordinanza la terza sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità anche alle concessioni di tale modulo procedimentale, discostandosi dall'orientamento restrittivo del Consiglio di Stato che fa leva sull'argomento secondo il quale l'autorizzazione non ha effetti costitutivi della situazione giuridica del privato il quale vanta una preesistente situazione protetta per esercitare la quale richiede alla pubblica amministrazione la rimozione di un limite, mentre nei procedimenti concessori l'interesse pubblico è oggetto di una valutazione discrezionale (cfr. Cons.St., II, 12.3.2020, n.1788).

ruolo del potere amministrativo viene conformato come controllo *ex post* di una attività avviata dal privato sotto la propria responsabilità; nel caso del silenzio assenso, le attività (come, ad esempio, quella edilizia di cui all'art. 20 del Dpr 380/2001) per esercitare le quali il privato presenta istanza all'amministrazione sono soggette a regimi amministrativi³: tanto ciò è vero che l'art. 21, comma 2-ter, della legge 241 del 1990 prevede che *“la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 20 non esclude la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti”*. La dottrina ha, così, chiarito che il silenzio assenso è un istituto finalizzato alla **semplificazione** del procedimento amministrativo⁴, configurandosi come un **rimedio preventivo** all'inerzia dell'amministrazione di fronte ad un obbligo di provvedere, e si inquadra nella tendenza sovranazionale sollecitata dall'OCSE di intervenire sulla regolazione interna per ridurre gli ostacoli all'esercizio dell'attività economica, sia eliminando i regimi autorizzatori non giustificati da motivi imperativi di interesse generale sia prevedendo che nei casi in cui è previsto un regime autorizzatorio *“può essere imposto che il procedimento si concluda con un provvedimento espresso”* solo al ricorrere di un più qualificato motivo imperativo di interesse generale (cfr. direttiva 2006/123/CE recepita con il d.lgs. 59 del 2010). Sotto tale profilo, va sottolineato che l'art. 12 del d.l. 76/2020 ha previsto, aggiungendo all'art. 2 della legge 241 del 1990 il comma 8.bis, che *“le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ..e agli atti di assenso comunque denominati, adottati dopo la scadenza dei termini di cui all'articolo...20, comma 1...sono inefficaci”*, così rafforzando l'operatività dell'istituto e la formazione del provvedimento tacito alla scadenza del termine di legge per provvedere, residuando in capo all'amministrazione solo il potere di autotutela (ove ne ricorrano i presupposti) ma non quello di esercizio tardivo del potere amministrativo che produrrebbe solo atti inefficaci, inidonei a modificare gli effetti del silenzio assenso.

Ma, dobbiamo chiederci, la formazione del silenzio è correlata al mero trascorrere del tempo o oltre all'inerzia è richiesta la contestuale presenza di tutte le condizioni, requisiti e presupposti previsti dalla legge per ottenere il bene della vita? Ovviamente, non è possibile ottenere per silenzio ciò che non sarebbe ottenibile con un provvedimento espresso. Fermo tale comune denominatore, sulla questione si confrontano due orientamenti giurisprudenziali: quello basato sul binomio **esistenza/inesistenza** e quello basato sul binomio **legittimità/illegittimità**. Per il primo orientamento⁵ non può che esistere un provvedimento tacito che sia anche legittimo, con la conseguenza che l'assenza in concreto dei presupposti, requisiti e condizioni previste dalla legge implica il mancato perfezionamento della fattispecie: così, in materia edilizia, laddove il privato abbia rappresentato una situazione difforme da quella reale ovvero l'intervento oggetto dell'istanza non sia conforme alla normativa edilizia, il silenzio assenso non si forma, nonostante l'inerzia dell'amministrazione. Altra corrente di pensiero ritiene, partendo dalla premessa che il silenzio assenso è figura equipollente, sul piano degli effetti giuridici, ad un provvedimento amministrativo, che, al pari di ogni provvedimento amministrativo, può essere illegittimo e annullabile se non conforme al modello legale, che una volta trascorso il termine per provvedere sull'istanza corredata dagli elementi essenziali si forma comunque il silenzio assenso; in pratica, secondo questa tesi, il trascorrere del tempo senza l'esercizio del potere pubblico consente la formazione del provvedimento amministrativo tacito di accoglimento, con conseguente illegittimità -e non inesistenza- del provvedimento viziato per difformità dal modello legale di riferimento. In effetti, la

³ Cfr. Tabella A allegata al d.lgs. 222 del 2016

⁴ Cfr. Corte cost., ord. 30.9.2011, n.258.

⁵ Cfr. ex multis Cons. St. IV, 7.1.2019, n.113.

prima impostazione finisce per convertire i requisiti di validità della fattispecie “silenziosa” in elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, così vanificando in radice le finalità di semplificazione dell’istituto, atteso che l’operatore non avrebbe alcun vantaggio se l’amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti prodotti dalla domanda non evasa nei termini. In buona sostanza, tale orientamento evidenzia che se si ammettesse che il silenzio non possa formarsi in assenza delle condizioni sostanziali, di fatto verrebbe svuotata di effetti la previsione normativa, perché l’amministrazione in un qualunque tempo potrebbe provvedere ritenendo, appunto, non formato il silenzio; mentre, invece, l’ordinamento non presenta lacune rispetto all’eventuale formazione di un illegittimo o indebito atto di assenso, operando comunque anche in tale fattispecie l’istituto dell’annullamento in autotutela espressamente richiamato dall’art. 20, comma 3 (e oggi anche dall’art. 2, comma 8.bis) della legge 241 del 1990.

La corretta ricostruzione dell’istituto e delle condizioni per la sua operatività è, dunque, fondamentale al fine di esercitare in modo corretto il potere di attestazione sulla formazione del silenzio assenso introdotto, in via generale, dall’art.62 del d.l. 77 del 2021. Una volta trascorso il termine di legge per provvedere, laddove il privato chiede l’attestazione dell’intervenuto rilascio del provvedimento tacito, circostanza che il privato potrà autocertificare in assenza di riscontro entro 10 giorni dalla richiesta, l’amministrazione dovrà necessariamente esaminare la domanda originariamente presentata e non istruita nei termini di legge per valutare che la stessa sia assistita da requisiti minimali tali da poter ricondurre al dato obiettivo della sua presentazione, unitamente al decorso del termine assegnato per provvedere, l’accoglimento *per silentium*. Tali requisiti minimali afferiscono alla legittimazione dell’istante, alla corretta e univoca individuazione dell’oggetto del provvedimento, alla competenza dell’ente chiamato a decidere, alla completezza della documentazione da allegare. La presenza di tali requisiti rende esistente il provvedimento tacito e perfezionata la fattispecie del silenzio assenso, sebbene la sua legittimità può essere oggetto di successiva valutazione in sede di autotutela amministrativa, sussistendone i (rigidi) presupposti di cui all’art. 21.*nonies* della legge 241 del 1990, da esercitare entro il termine di 12 mesi (e non più 18 mesi a seguito della previsione di cui all’art. 63 del d.l. 77 del 2021). L’amministrazione, in pratica, potrà rimuovere gli effetti del silenzio assenso (non sussistendo agli atti un formale ed espresso provvedimento amministrativo da caducare) qualora vengano in rilievo vizi di legittimità, ne sussistano le ragioni di pubblico interesse e non sia leso l’affidamento del privato.

Tali conclusioni discendono da una piana lettura del dato normativo. L’art. 21, comma 1, responsabilizza il privato il quale con la domanda di cui all’art. 20 deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, mentre il comma 2-*ter* già citato rafforza la responsabilità del funzionario che non abbia agito tempestivamente ove l’istanza non abbia i requisiti di legge. La non conformità a legge, fermo restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, implica la responsabilità del dipendente che avrebbe dovuto istruire la pratica tempestivamente e, nel caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni del privato, anche la responsabilità penale di quest’ultimo ex art. 483 c.p., oltre alla possibilità per l’amministrazione di esercitare il potere di autotutela anche oltre il termine ordinario di 12 mesi, come prevede il comma 2.*bis* dell’art. 21.*nonies* della legge 241 del 1990.

In conclusione, vale la pena di notare anche in chiave di prevenzione della corruzione, che la semplificazione amministrativa (come anche la liberalizzazione di alcune attività) non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione che deve comunque svolgere una

puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti e i requisiti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene della vita richiesto. La **fisiologia del procedimento amministrativo** ove sia presentata una istanza a carattere pretensivo è sempre e comunque la sua istruttoria e adozione del provvedimento espresso nei termini previsti dalla legge, mettendo in campo le responsabilità e i moduli procedurali previsti dalle norme organizzative interne, attuative della legge n. 241 del 1990. L'omesso tempestivo svolgimento dell'istruttoria e la mancata adozione di un provvedimento espresso costituiscono, viceversa, una **situazione patologica** per rimediare alla quale il legislatore prevede, a tutela del privato, il silenzio assenso, sebbene l'art. 21, comma 2.bis della legge 241 del 1990 chiarisce che restano, comunque, ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo sulle attività avviate. Si noti che, per quanto detto, solo lo svolgimento tempestivo dell'istruttoria consente di individuare eventuali carenze documentali o sostanziali ostative all'accoglimento dell'istanza che possono essere, eventualmente superate mediante l'esercizio del potere di soccorso istruttorio (art. 6, comma 1, lett. b), anche sospendendo i termini procedurali (art. 2, comma 7). Una volta trascorso il termine di legge, se l'istanza è corredata dai requisiti minimali l'amministrazione non può che attestare la formazione del silenzio assenso, non potendo svolgere in sede di esercizio dei poteri di certificazione quelle valutazioni di merito che avrebbero consentito il diniego, essendo previsto esclusivamente l'esercizio del potere di autotutela che, però, si basa su presupposti più restrittivi del potere amministrativo di primo grado. La delicatezza che ha assunto il tema rende ineludibile il presidio organizzativo di tali fattispecie, rafforzando il monitoraggio dei tempi procedurali e la catalogazione/archiviazione delle fattispecie in cui si è formato il silenzio assenso, nonché delle richieste di attestazione ricevute ed evase, anche al fine di organizzare opportune forme di controllo.

¹ su tale questione si consiglia la lettura di P. QUINTO, Il tempo "bene della vita" nel procedimento amministrativo, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011.

¹ Cass. sez. III, ord. 6.7.2020, n.13865 definisce il silenzio assenso "*come generalizzato potenziale esito del procedimento amministrativo*". Con tale ordinanza la terza sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità anche alle concessioni di tale modulo procedimentale, discostandosi dall'orientamento restrittivo del Consiglio di Stato che fa leva sull'argomento secondo il quale l'autorizzazione non ha effetti costitutivi della situazione giuridica del privato il quale vanta una preesistente situazione protetta per esercitare la quale richiede alla pubblica amministrazione la rimozione di un limite, mentre nei procedimenti concessori l'interesse pubblico è oggetto di una valutazione discrezionale (cfr. Cons.St., II, 12.3.2020, n.1788).

¹ cfr. Tabella A allegata al d.lgs. 222 del 2016

¹ cfr. Corte cost., ord. 30.9.2011, n.258.

¹ cfr. *ex multis* Cons. St. IV, 7.1.2019, n.113.