



IL GOVERNO LOCALE

A cura di: Pasquale Monea



LE RICADUTE ORGANIZZATIVE, ANCHE SUL PIANO DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, DELL'OBBLIGO DI CERTIFICARE LA FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO

A cura di Vito Bonanno



Gruppo Editoriale CEL

La normativa emergenziale adottata per far fronte alle ricadute negative della pandemia sulle attività economiche e quella correlata a dare attuazione al PNRR, con particolare riguardo alle riforme abilitanti riferite al rafforzamento della capacità amministrativa e alle semplificazioni delle procedure, hanno profondamente inciso sulla legge generale sul procedimento amministrativo, modificando il potere sostitutivo interno alle amministrazioni in caso di inerzia, la disciplina sulle autocertificazioni ed il principio dell'*only once*, le norme sul preavviso di rigetto e sul principio dell'*one shot*, il potere di annullamento d'ufficio e disciplina del silenzio assenso.

Per quanto riguarda l'istituto da ultimo citato, l'art. 62 del D.L. n. 77/2021 ha modificato l'art. 20 della Legge n. 241/1990, introducendo il comma 2-*bis* a mente del quale nei casi in cui il silenzio equivale a provvedimento di accoglimento, fermo 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 sull'analogia disposizione già introdotta in materia edilizia dall'art. 10, comma 1, lett. i), del D.L. n. 76/2020 (noto come decreto semplificazioni), il quale ha codificato l'obbligo in capo al SUE di rilasciare, entro 15 giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini di conclusione del procedimento di rilascio del permesso di costruire in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego. La norma più recente ha, invece, carattere generale e si applica in tutti i casi in cui la legge prevede che all'inerzia procedimentale consegue un provvedimento tacito di accoglimento; essa 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 introduce un vero e proprio **obbligo** in capo all'amministrazione **di attestare**, su richiesta del privato, l'avvenuta 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 stesso 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 finanziari o prestiti per avviare le attività autorizzate con il silenzio assenso; l'introduzione di una attestazione dell'amministrazione sulla formazione del provvedimento rende, in pratica, 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 D.P.R. n. 445/2000 dall'art. 30-*bis* del D.L. n. 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 richiesto anche da enti privati sul contenuto delle autocertificazioni, di dare conferma scritta della corrispondenza tra quanto dichiarato dal privato e le risultanze dei dati da essa custoditi (cfr. art. 71, comma 4, D.P.R. n. 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'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011.

Ciò posto, è evidente che l'introduzione dell'obbligo di attestazione dell'intervenuto ac-

coglimento della domanda presentata dal privato per effetto del decorso dei termini senza che sia stato adottato un provvedimento espresso, implica la necessità di fare chiarezza sui presupposti per la formazione del 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 innanzitutto chiarito che il legislatore, sulla base della considerazione che il tempo nella società moderna ha assunto il valore di bene economico, ha introdotto con l'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 anche le conseguenze del silenzio amministrativo che perdura alla scadenza del termine per provvedere.

L'inerzia della pubblica amministrazione che sia obbligata a istruire un procedimento amministrativo e a provvedere sull'istanza di parte con provvedimento espresso 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, quest'ultima introdotta dall'art. 61 del D.L. n. 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 (cfr. art. 25 della Legge n. 241/1990, art. 36, comma 3 del D.P.R. n. 380/2001, art. 53, comma 10 del D.Lgs. n. 165/2001) oppure di *accoglimento* della stessa.

Va segnalato che oggi nei procedimenti ad istanza di parte – fatti salvi quelli relativi a interessi sensibili¹ – la **regola generale** nel caso di mancata adozione di un provvedimento espresso a conclusione dell'istruttoria è quella del **silenzio assenso**, disciplinato dall'art. 20 della Legge n. 241/1990.

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 previsto per la conclusione del procedimento dall'art. 2, commi 2 o 3 della Legge n. 241/1990, 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 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 D.P.R. n. 380/2001) per esercitare le quali il privato presenta istanza all'amministrazione sono soggette a regimi amministrativi²; tanto ciò è vero che l'art. 21, comma 2-*ter*, della Legge n. 241/1990 prevede che “*la forma-*

¹ Si segnala, sul punto, la recentissima decisione del T.A.R. Sicilia, sede di Palermo, 27 marzo 2023, n. 1017, secondo cui “*ai sensi dell'art. 20 Legge n. 241/1990, immediatamente applicabile anche in Sicilia, i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico sono esclusi dall'ambito di applicazione del silenzio assenso; pertanto, è irrilevante il fatto che la normativa siciliana sul procedimento amministrativo (e sul silenzio-assenso) contenuta nella Legge reg. n. 7/2019 non escluda espressamente dal suo campo di applicazione i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico*”

² Cass. sez. III, Ord. 6 luglio 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. CdS, VI, 12 marzo 2020, n. 1788, CdS, VI, 14 marzo 2023, n. 2661).

zione 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 amministrativo, 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. n. 59/2010).

Sotto tale profilo, va sottolineato che l'art. 12 del D.L. n.76/2020 ha previsto, aggiungendo all'art. 2 della Legge n. 241/1990 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.

Una volta scaduto il termine procedimentale e formatosi il silenzio, l'amministrazione non può più adottare un provvedimento espresso che sarebbe inefficace, ma può esercitare esclusivamente (ove ne ricorrano i presupposti) il potere di autotutela, ma non anche quello di esercizio tardivo del potere amministrativo che produrrebbe solo atti inidonei a modificare gli effetti del silenzio assenso.

L'operato inquadramento dell'istituto consente di dare risposta alla dirimente questione della formazione del silenzio assenso, chiarendo se essa è correlata al mero trascorrere del tempo o se, oltre all'inerzia, è richiesta la contestuale presenza di tutte le condizioni, requisiti e presupposti previsti dalla legge per ottenere il bene della vita (cioè, per ottenere il rilascio del provvedimento espresso).

Ovviamente, non è possibile ottenere per silenzio ciò che non sarebbe ottenibile con un provvedimento espresso.

Fermo tale principio, sulla questione si confrontano due orientamenti giurisprudenziali: quello basato sul binomio **esistenza/inesistenza** e quello basato sul binomio **legittimità/illegittimità**.

Per il primo orientamento 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 amministrativo³, 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 prima impostazione finisce per convertire i requisiti di validità della fattispecie "silenziosa" in elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, così vanificando in

³ La giurisprudenza più recente ha chiarito che il silenzio non costituisce un atto tacito, ma che gli effetti dell'inerzia sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo; con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge (cfr. Con. Stato, VI, 8 luglio 2022, n. 5746).

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 prescritte dalla legge, 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 tali ipotesi l'istituto dell'annullamento in autotutela espressamente richiamato dall'art. 20, comma 3 (e oggi anche dall'art. 2, comma 8-bis) della Legge n. 241/1990.

La corretta ricostruzione dell'istituto e delle condizioni per la sua operatività è fondamentale al fine di esercitare in modo equo il potere di attestazione sulla formazione del silenzio assenso introdotto, in via generale, dall'art. 62 del D.L. n. 77/2021.

Una volta trascorso il termine di legge per provvedere, laddove il privato chieda l'attestazione dell'intervenuto rilascio del provvedimento tacito, circostanza che il privato potrà autocertificare in assenza di riscontro da parte dell'amministrazione 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 provvedere, 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 possa essere oggetto di successiva valutazione in sede di autotutela amministrativa, sussistendone i (rigidi) presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990, da esercitare entro il ristretto termine di 12 mesi (e non più 18 mesi, come ha stabilito l'art. 63 del D.L. n. 77/2021).

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 lesa l'affidamento del privato: non potrà attestare, in pratica, che non si è formato il silenzio assenso, ma potrà operare – dopo averne attestato gli effetti – per rimuoverli.

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 alla legge, fermo restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, implica la responsabilità del dipendente che avrebbe dovuto istruire la pratica tempestivamente per proporre il diniego 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 n. 241/1990.

In conclusione, va evidenziato, 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 pro-

cedurali previsti dalle norme organizzative interne, attuative della Legge n. 241/1990.

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, la fattispecie del silenzio assenso (valutazione legale tipica dell'inerzia in termini di accoglimento), sebbene l'art. 21, comma 2-*bis* della Legge n. 241/1990 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 che abbiamo esaminato 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 a quel punto esclusivamente l'esercizio del potere di autotutela che, però, si basa su presupposti più restrittivi del potere amministrativo primario.

Al fine di prevenire rischi di *maladministration* nella gestione di tali procedimenti, favorendo il formarsi di titoli *immateriali* ormai facilmente spendibili sul mercato, è necessario mappare tutti i procedimenti di interesse di ogni singola amministrazione per i quali la legge prevede l'operatività della fattispecie del silenzio assenso, individuando il livello di esposizione al rischio corruttivo e gli eventuali fattori abilitanti, al fine di individuare e programmare specifiche misure di prevenzione nell'ambito della sotto-sezione *Anticorruzione* del Piao, a partire dal presidio sul rispetto dei termini di conclusione dell'istruttoria. A tal fine, si ipotizzano anche le seguenti misure:

- a. trasmissione al Rpct di tutte le istruttorie non concluse nei termini;
- b. l'istituzione di un registro dei procedimenti per i quali si è formato il silenzio assenso, prevedendo modi e tempi per il suo aggiornamento, e la sua pubblicazione;
- c. disciplinare le modalità di istruttoria e rilascio dell'attestazione dell'avvenuta formazione del silenzio assenso, escludendo per tale attività la delega dirigenziale.



www.
paweb.it
IL WEB DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE

BDI
BANCHE DATI
INTEGRATE

RIVISTE
ON-LINE

