

I tempi dell'agire amministrativo alla luce delle nuove regole sui termini del procedimento*.

Ti auguro tempo, per divertirti e per ridere;
se lo impiegherai bene potrai ricavarne qualcosa.
E. Michler

Sommario: Premessa – 1. Il dovere di concludere il procedimento nei tempi dati. - 2. Il silenzio assenso: è sufficiente il decorso del tempo? 3- La certificazione del silenzio – 4- I tempi dei controlli sui procedimenti dichiarativi. – 5. La violazione del termine di chiusura del procedimento - 6. L'inefficacia delle decisioni tardive – 7 Le deroghe ai limiti temporali delle decisioni: la c.d. “autotutela doverosa”. 8- L'inesauribilità del potere di vigilanza come potenziale *vulnus* alla certezza del diritto. 9- Il monitoraggio dei tempi dei procedimenti amministrativi. 10. Le responsabilità (cenni). 11. Conclusioni.

Premessa.

La valorizzazione del fattore tempo delle decisioni amministrative ha ispirato sin dall'origine l'intelaiatura della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990, n. 241, ed è alla base delle numerose novelle che hanno successivamente inciso sulla materia. Le prassi delle amministrazioni pubbliche - cui corrisponde inevitabilmente una copiosa casistica giurisprudenziale- dimostrano tuttavia che esse spesso non concludono i procedimenti, non li concludono nei termini previsti dalla legge, ovvero li concludono solo all'esito di un'azione giudiziaria avverso il loro originario silenzio; altrettanto spesso tornano sulle proprie decisioni, per ragioni di diritto o di fatto, condivisibili o meno, ma col risultato pratico di renderne precarie le originarie risultanze (¹). Le riforme che si sono via via succedute, sino alle più recenti, hanno dunque cercato di arginare tali prassi, sforzandosi di positivizzare il giusto punto di equilibrio tra la teorica inesauribilità del potere amministrativo e la necessità di dare certezza alle situazioni giuridiche, che non possono essere esposte a ripensamenti *sine die*, ancorché indotti da segnalazioni/denunce di terzi, interessati a rimuovere gli effetti degli altrui atti ampliativi. L'intenzione del legislatore appare dunque chiara da tempo,

1 Testo dell'intervento svolto in occasione del Convegno di Studi della Corte dei conti dal titolo “Giustizia al servizio del Paese-Il principio di legalità”, Firenze, 21 novembre 2024.

Nel saggio di M.L. Maddalena, *Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo*, testo dell'intervento svolto in occasione del webinar dal titolo: “L'efficienza dell'azione amministrativa nel 30ennale della legge generale del procedimento amministrativo”, organizzato dall'Università di Torino e dall'Università del Piemonte Orientale, tenutosi il 13 luglio 2020, in www.giustiziaamministrativa.it, l'autrice ricorda l'altissimo tasso di sopravvenute carenze di interesse o improcedibilità dei ricorsi avverso il silenzio della p.a., proprio in ragione del suo determinarsi (solo) in corso di causa e quale conseguenza della sua avvenuta instaurazione. Riporta altresì il celebre aforisma, che la tradizione vuole attribuito a Roosevelt, che ben rende le esigenze sottese alla valorizzazione del rispetto della tempistica delle decisioni amministrative: “*In any moment of decision, the best thing you can do is the right thing. The second best is the wrong thing. The worst thing you can do is nothing*”.

ma forse non lo è altrettanto la sua declinazione normativa, avuto riguardo all'enunciazione dei principi singolarmente intesi, ovvero calati nella più complessiva cornice di riferimento o rapportati a quelli, pur analoghi, disseminati in diversi contesti normativi. La cautela, finanche terminologica (si pensi all'utilizzo della parola "inefficacia" quale sanzione alla tardività dell'atto e ai dibattiti che ne sono conseguiti), unitamente proprio alla stratificazione delle novelle, non solo riferite alla legge n. 241 del 1990 (tipico esempio è costituito dalle continue "fughe in avanti" della disciplina urbanistico-edilizia) continuano a far sì che sia la giurisprudenza a farsi carico di conciliare le esigenze della legalità con quelle della tutela dell'affidamento che il privato deve poter riporre nella correttezza dell'operato delle pubbliche amministrazioni con cui si interfaccia, anche nei confronti del terzo che lamenta di essere stato leso dalle medesime. Affermava Goethe: *"Preferisco commettere un'ingiustizia, piuttosto che sopportare il disordine"*. E l'ordine, evidentemente, è conseguenza anche degli effetti del tempo, che cristallizza e rende stabile *-recte*, deve rendere stabile, almeno in generale - una situazione che, se ben inquadrata da subito, probabilmente non avrebbe potuto divenirlo. Per arginare tuttavia l'ingiustizia sostanziale, non solo formale, che rischia di conseguire a tale affermazione, è evidente che essa deve essere relegata nell'ambito delle eccezioni alla regola, laddove la regola è data dall'effettuazione dei controlli preventivi nella tempistica indicata come congrua dal legislatore, con conseguente rispetto anche del principio di legalità e di buon andamento dell'amministrazione. Ancor prima, infatti, che il principio di leale collaborazione fosse inserito espressamente all'interno della legge n. 241 del 1990, si era andato evolvendo nel diritto vivente un modello di pubblica amministrazione, permeato dallo stesso, in quanto desumibile dall'art. 97 della Costituzione ⁽²⁾. In esso, cioè, oltre *«alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel*

² Il comma 2-bis, inserito nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, prevede espressamente che *«I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»*.

perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino». Ciò in quanto già «l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è conferma l'emersione del principio di accountability)»⁽³⁾. D'altro canto, il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, presente nell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sin dalla riforma introdotta dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, egualmente implica un rilievo primario alla tutela dell'affidamento legittimo. «È noto, infatti, come il principio della tutela dell'affidamento, sebbene non espressamente contemplato dai Trattati, sia stato più volte affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza Topfer del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell'ordinamento comunitario»⁽⁴⁾.

Accanto alla legalità e al buon andamento, e quale precipitato pratico di entrambi, il sistema ruota attorno al perno delle responsabilità, il cui richiamo il legislatore non ha mai inteso modificare sì da farne il *fil rouge* che attraversa la materia, coinvolgendo, ciascuna per quanto di competenza, tutte le giurisdizioni. Da un lato, infatti, si pone sicuramente la responsabilità del privato chiamato a dichiarare -spesso per il tramite dei propri tecnici di fiducia - il possesso dei requisiti e la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'esercizio di un'attività, in cambio di accelerazioni procedurali, accettando il rischio delle conseguenze, anche penali, del proprio mendacio; dall'altro, quella dei funzionari pubblici, che non possono più trincerarsi dietro meri simulacri formali per posticipare l'avvio dell'istruttoria, ovvero infarcirla di

³ Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, cui ha continuato a far riferimento anche la giurisprudenza successiva. Di recente, vedi infatti Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2024, n. 1331.

⁴ In tal senso v. Cons. Stato, A.P., 4 maggio 2018, n. 5.

defatiganti richieste, sovrapponibili per contenuto, ovvero estranee al tessuto normativo di riferimento, anche locale, sì da renderne palese la strumentalità a procrastinare l'avvio della decorrenza dei termini per la conclusione dei procedimenti. In tale logica, a ben guardare quello che il legislatore richiede è un vero e proprio salto culturale, in mancanza del quale l'affermazione di qualsivoglia principio rischia di rimanere lettera morta. Si impone cioè la creazione, ovvero la formazione, di un apparato burocratico che per essere al passo coi tempi al tempo altrui deve dare definitivamente valore. Nell'era dell'intelligenza artificiale, che richiede moduli organizzativi sempre più sofisticati anche a tutela della sicurezza delle proprie banche dati ⁽⁵⁾, non si può non pretendere la capacità di un'istruttoria celere, per quanto possibile partecipata, che per ciò solo garantisce legalità, e nel contempo favorisce lo sviluppo socio-economico delle collettività sotteso al quadro delle riforme. Il legislatore, ad ogni livello, e il giudice dovrebbero soltanto dare slancio a tale salto culturale, l'uno enunciando regole chiare, l'altro trasmutandole in altrettanto chiare indicazioni dei principi cui la p.a. deve attenersi nell'esercizio delle proprie funzioni (il c.d. potere conformativo), ciascuno nel rispetto delle sfere di potere altrui, sì da dare definitiva effettività a quell'esigenza di alleggerimento degli oneri burocratici propugnata da tempo dal diritto europeo, di cui anche l'ipertrofia dei precetti, per quanto condivisibile ne sia la finalità di rimedio alla distorsione delle prassi, costituisce l'antitesi. In realtà, l'analisi sistematica della cornice giuridica restituisce ancora oggi un quadro tutt'affatto cristallizzato, fluido, se non addirittura incerto, a fronte del quale l'esigenza di stabilire dei punti fermi appare sempre più attuale, al fine di superare una volta per tutte ingiustificati arroccamenti su posizioni di conservazione, evitando altresì

⁵ Vedi le previsioni del d.lgs. 4 settembre 2024, n. 138, recante Recepimento della direttiva (UE) 2022/2555, relativa a misure per un livello comune elevato di cybersicurezza nell'Unione, in modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148. (24G00155).

che si senta l'esigenza di tornare sui medesimi concetti ribadendoli, ma con ciò non necessariamente chiarendoli meglio ⁽⁶⁾.

1. Il dovere di concludere il procedimento.

Punto di partenza per qualsiasi discussione sull'importanza del tempo nell'assunzione delle decisioni amministrative è, come noto, l'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che sotto la rubrica «*Conclusione del procedimento*», declina la doverosità amministrativa in risposta ad un'istanza di parte necessaria all'attivazione del procedimento ovvero ad un obbligo in tal senso previsto *ex officio*. Essa va evidentemente intesa sia in termini di avvio che di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso e per quanto qui di interesse entro un tempo dato ⁽⁷⁾. Al riguardo, il vocabolario della giurisprudenza si è adeguato all'*incipit* della norma, facendo espresso riferimento ai casi in cui «*il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio*». La sussistenza dell'obbligo, tuttavia, non è stata ancorata in maniera assolutistica ad una previsione normativa che vincoli in maniera puntuale la Pubblica Amministrazione, ma ravvisata più genericamente in tutti quei casi in cui ragioni di giustizia *-recte*, di giustiziabilità- e di equità impongono l'adozione di un provvedimento. La fonte dell'obbligo giuridico di provvedere, cioè, scaturisce sì da una norma di legge o di regolamento o è individuabile in un atto amministrativo, ma non dovendo necessariamente derivare da una disposizione puntuale e specifica, può conseguire anche da prescrizioni di carattere generale e/o dai principi regolatori dell'azione amministrativa ⁽⁸⁾. Va ancora ricordato come già con l'art. 1, comma 38, della legge 6 novembre 2012, n. 190, il comma 1 dell'art. 2 si è arricchito di un ulteriore periodo,

⁶ L'evoluzione della disciplina della d.i.a., finanche nella relativa denominazione, dalla sua introduzione nella legge n. 241 del 1990 ad oggi, costituisce la miglior testimonianza dell'esigenza di dare effettività a un istituto nato come di semplificazione ed evolutosi in chiave di liberalizzazione, senza che tuttavia l'obiettivo sia stato mai pienamente raggiunto. Sul punto, si veda A.M. Sandulli, Silenzio assenso e inesauribilità del potere, Intervento al Convegno del 1° aprile 2022 su "Questioni controverse del diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza" in www.giustizia-amministrativa.it

⁷ La giurisprudenza ha ricondotto all'art. 2 della l. n. 241 del 1990, in combinato disposto con l'art. 3 della stessa, quale strumento di verifica del rispetto dell'obbligo di motivazione, anche quello dell'Amministrazione di rendere una pronuncia "conoscibile", ovvero, in un'accezione più caratterizzante, "comprensibile", sia per il suo contenuto (positivo o negativo), che in relazione alle ragioni che lo hanno determinato. Il che non si risolve certo in un obbligo di motivazione integrale, ma di *clare loqui*, rispettato anche laddove vengano messi in evidenza i motivi autosufficienti considerati più significativi, purché ne risulti, appunto, accessibile la portata dispositiva (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. II, 4 aprile 2024, n. 3105; sez. V, 3 giugno 2010, n. 3487).

⁸ Sul punto cfr. CGARS, 2 marzo 2021, n. 167; T.a.r. per la Campania, Salerno, 1° agosto 2012, n. 1580.

recante l'obbligo di concludere comunque il procedimento con un provvedimento espresso, «*la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*», anche nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. Da tale formulazione parte della dottrina ha ritenuto di trarre addirittura la nascita di un vero e proprio diritto soggettivo dell'istante ad avere una risposta dall'amministrazione, a prescindere dalla spettanza del bene della vita anelato ⁽⁹⁾. Ora, pur senza accedere a ridetta tesi, certo è che il legislatore ha inteso rafforzare la doverosità di conclusione del procedimento, prevedendola anche nei casi in cui la valutazione dell'Amministrazione si arresta per così dire *in limine litis*, ovvero alla valutazione di sostanziale inadeguatezza dell'istanza avanzata dalla parte, purché, evidentemente, si tratti di procedimento che la legge prevede come attivabile obbligatoriamente in tal modo. La questione non è di poco conto, se si considera che proprio la portata formale o sostanziale e l'estensione del concetto di inadeguatezza dell'istanza/segnalazione sta alla base della sua ritenuta inidoneità a far decorrere il termine di maturazione del silenzio assenso o di effettuazione dei controlli c.d. ordinari nell'ambito di un procedimento dichiarativo. Del tutto differente è la situazione laddove si versi al di fuori dei presupposti di operatività dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990 e la risposta dell'Amministrazione costituisca un di più, ovvero sia resa in ossequio al principio di leale collaborazione tra le parti che, come anticipato in premessa, comunque deve improntare i rapporti con i cittadini. Si allude qui alle comunemente denominate “risposte di cortesia”, che in quanto ultronee ovvero meramente esplicative di scelte già adottate, non hanno la capacità di ledere la posizione giuridica soggettiva del privato e come tali non sono suscettibili di impugnazione. La giurisprudenza vi ha talvolta fatto rientrare anche gli atti meramente confermativi, che in quanto non innovano una decisione già presa, ma la ribadiscono per dare riscontro a un'istanza di parte, rendono comunque inammissibile l'eventuale gravame ⁽¹⁰⁾. A ben guardare, un esempio tipico di “risposta di cortesia” si

⁹ Sul punto, v. N. Posteraro, Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere, Editoriale scientifica ed., Napoli, 2018, in special modo pag. 235, ove si ricorda tuttavia come altra parte della dottrina richiami altri casi in cui sussistono obblighi cui non si contrappongono sol per questo diritti soggettivi.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 24. Nella fattispecie oggetto di impugnativa era una nota cui il giudice ha riconosciuto natura puramente ricognitiva e confermativa di circostanze passate, semplicemente nuovamente esplicitate per dare risposta ad un'istanza del privato.

ha anche nel caso in cui l'Amministrazione decida di rendere il privato edotto della propria volontà di non accedere alla sua istanza di rieditare un provvedimento sfavorevole, esplicitandone o meno le ragioni: se si eccettua il caso in cui tale istanza afferisca ad una s.c.i.a. -di cui si dirà più avanti - la natura ontologicamente discrezionale dell'autotutela (con le eccezioni pure di seguito evidenziate) fa sì che al privato si riconosca solo un generico potere sollecitatorio o di segnalazione, cui non corrisponde né un obbligo di risposta, né, men che meno, di motivazione delle scelte assunte (o non assunte) ⁽¹¹⁾. In generale, le risposte di cortesia si esauriscono in un carteggio, quale modalità tipica di riscontro alla richiesta del privato, per lo più formulata non in termini immediatamente "operativi", ma maggiormente intesa a "sondare" quale possa essere l'intendimento dell'Amministrazione stessa su una certa problematica. Esse dunque non costituiscono manifestazione deliberativa *ex se* lesiva e, in quanto immediatamente pregiudizievole per gli interessi del privato immediatamente impugnabile. Pur a fronte dell'evoluzione in senso "partecipativo" del procedimento, la giurisprudenza amministrativa ha infatti condivisibilmente continuato a predicare il principio per cui condizione per proporre un ricorso è che l'atto gravato abbia natura lesiva, e che ciò discenda dal contenuto provvedimentale dello stesso.

Va poi ricordato che ai sensi del comma 7 dell'art. 2, ferme restando le previsioni di cui all'art. 17 per le valutazioni di natura tecnica, la sospensione dei termini del procedimento può essere disposta per una sola volta e per non più di trenta giorni. Nella stessa logica di concentrazione - ed effettività di tutela - sottesa all'art. 2 della legge n. 241 del 1990, si collocano altresì le modifiche apportate dall'art. 12 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, all'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990, afferente il preavviso di diniego, che dopo tale novella sospende, non interrompe, i termini del procedimento, che ricominciano a decorrere, senza azzerarsi, dieci giorni dopo la scadenza di quello per la presentazione delle osservazioni ovvero l'avvenuta presentazione delle stesse. Esula dal perimetro

¹¹ *Ex multis* v. Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2023, n. 7486; sez. IV, 5 settembre 2024, n. 7434; *id.*, 3 giugno 2024, n. 4958, relativa ad un caso in cui la P.A. ha dato riscontro all'istanza di autotutela, negandola, e l'atto è stato impugnato censurandone l'incompletezza motivazionale; 12 febbraio 2024, n. 1401; sez. VI, 6 aprile 2022, n. 2564.

della trattazione la discussa questione inerente la natura sostanziale o processuale della disposizione (il c.d. processualprocedimento) e il conseguente impatto della riforma sulla validità del provvedimento elusivo comunque adottato. Secondo la (nuova) disciplina dell'art. 21-*octies*, infatti, si è esclusa la riconducibilità a vizio formale, incapace di incidere sulla validità dell'atto il contenuto del quale l'amministrazione dimostri in giudizio che non avrebbe potuto essere comunque diverso da quello adottato in concreto, della violazione delle disposizioni di cui all'art. 10-*bis*. È stato poi codificato il limite allo *jus variandi* dell'amministrazione per il caso di riesercizio del potere in conseguenza di un giudicato di annullamento, prevedendo espressamente che *«In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»* (c.d. principio *once only*)⁽¹²⁾. Così dimostrando ancora una volta la centralità da riconoscere alla completezza dell'istruttoria delle pratiche amministrative.

2. Il silenzio assenso: è sufficiente il decorso del tempo?

Nel quadro delle riforme amministrative degli anni '90, il ruolo della semplificazione amministrativa, quale insieme degli interventi aventi il fine di diminuire il carico burocratico che grava su cittadini ed imprese, ha assunto, come noto, un consistente rilievo. In tale contesto, il silenzio assenso costituisce sicuramente una figura centrale. In ambito eurounitario, la direttiva 2006/123/CE sui “servizi nel mercato interno” (c.d. direttiva *Bolkenstein*), al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica, anche sotto il profilo dell'incertezza temporale delle

¹² Si tratta di un'opzione limitata del principio giurisprudenziale, nato per evitare che la “perdita di tempo” consegua all'instaurazione di un contenzioso, noto come *one shot* temperato o della “doppia chance”. In forza dello stesso l'amministrazione, dopo un giudicato di annullamento, da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo, avrebbe il potere di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per sempre, tutte le questioni che ritenga rilevanti, non potendo successivamente tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili prima non esaminati (Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; sez. III, 2 febbraio 2021, n. 946; sez. II, 14 aprile 2020, n. 2378; *id.*, 4 agosto 2022, n. 6829). Tale principio, tuttavia, non si estende ai tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, ai poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo. Come è stato precisato, infatti, «[...] il principio dell'*one shot* temperato non ha valore assoluto, e in particolare “non significa che i fatti sopravvenuti non abbiano una loro rilevanza”, che potrebbe anche “escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata”, all'esito di un “eventuale nuovo e diverso iter, fondato su presupposti o modalità autonome”: così in motivazione C.d.S. sez. IV 31 marzo 2015 n.1686. Ciò è coerente con la logica del principio, che è quella di non porre a carico del privato “gli errori e le omissioni della fase istruttoria, che spetta all'amministrazione” (così sempre la sentenza citata), non certo quella di impedire di considerare i fatti sopravvenuti rilevanti» (Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660). L'esecuzione del giudicato trova, pertanto, un sicuro limite nelle sopravvenienze di fatto intervenute dopo l'adozione del provvedimento oggetto del giudizio definito con sentenza irrevocabile di annullamento. La compatibilità di tali affermazioni con la nuova formulazione dell'art. 10-*bis*, comma 1, quinto periodo, della legge n. 241 del 1990, è stata di recente affermata dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2024, n. 2883).

procedure amministrative, ha dunque operato nella duplice direzione di limitare il regime della previa autorizzazione, per cui il bene della vita consegue a procedimenti dichiarativi dei privati (liberalizzazione) e ampliare i casi di tacita autorizzazione, vale a dire la possibilità di esternare la volontà provvedimentale con forme diverse dal provvedimento espresso (semplificazione). L'Amministrazione dunque può scegliere di utilizzare l'istituto del silenzio-assenso; esso tuttavia non può essere ritenuto la modalità "ordinaria" di svolgimento dell'azione amministrativa, rappresentando il più delle volte non un'alternativa consapevole, ma il rimedio che il legislatore ha inteso individuare a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione stessa. Di fatto, con il silenzio assenso il richiedente ottiene automaticamente il bene della vita a cui tende, in conseguenza di un meccanismo normativamente determinato nei presupposti e nei limiti di applicazione che produce un effetto legale equipollente a quello di un provvedimento favorevole ⁽¹³⁾. Per completezza, può altresì ricordarsi che il suo ambito di applicazione è stato declinato in chiave ricognitiva nell'elencazione delle attività e dei procedimenti ad esso soggetti contenuta nella Tabella "A" allegata al d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. "s.c.i.a. 2"), che riporta anche quelli, comunque riferiti ai settori del commercio e delle attività assimilabili, dell'edilizia e dell'ambiente (per un totale di 246 attività/procedimenti) soggetti al regime dell'autorizzazione o della s.c.i.a., appunto.

Il problema che si pone in relazione a tale istituto afferisce all'individuazione della data di decorrenza del termine di maturazione, che non sempre viene fatta coincidere con quella di presentazione dell'istanza. In linea di massima, cioè, laddove la domanda è

¹³ Tale ricostruzione teorica appare preferibile rispetto alla tesi c.d. "attizia" del silenzio, che appare una *fictio* non necessaria. Il tema è stato da sempre al centro del dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Fra i molti contributi sulla c.d. "attività silenziosa", si segnala, anche per la diversità dell'approccio sistemico, G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2021, in particolare p. 142 e ss. V. altresì M. D'Orsogna e R. Lombardi, Il silenzio assenso, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, p. 968 e seguenti; A. Police, Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento, *ibidem*, p. 273 ss.; N. Paolantonio, Il provvedimento in forma semplificata, *ibidem*, p. 301 ss.; nonché S. Cogliani, Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo, *ibidem*, p. 309 ss.; G. Mari, L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, 3 adizione, Milano, 2020, e ivi ulteriori richiami;

“inadeguata”, si ritiene che il termine neppure inizi a decorrere. E trattandosi di una inadeguatezza che interviene in un procedimento per il quale l’inerzia assume un significato, neppure si pone il problema di “avvertire” il richiedente mediante l’adozione di un provvedimento espresso “in rito”, che rilevi cioè le carenze, sì da consentirgli di ripresentare la domanda stessa. Ciò in quanto l’art. 2 della legge n. 241 del 1990 si riferisce ai casi di procedimento avviato a domanda, ma per il quale il silenzio, appunto, non abbia significatività. E tuttavia il principio di buona fede fa sì che un comportamento amministrativo attivo e collaborativo debba ritenersi operante in senso preclusivo dell’effetto legale previsto dall’art. 20 della legge n. 241 del 1990, il quale presuppone una inerzia o comunque un ritardo in qualche modo imputabile a colpa dell’amministrazione, se non altro in termini di trascuratezza gestionale, in violazione del principio del buon andamento, *«non configurabile quando invece il decorso del tempo consegua all’esercizio del soccorso istruttorio, espressione del principio solidaristico che concorre a conformare, in senso democratico, lo statuto costituzionale dell’amministrazione, come servizio e non come potere»* ⁽¹⁴⁾. Il problema, pertanto, diviene stabilire cosa si debba intendere per “domanda inadeguata” e immaginarne un ambito di operatività che abbracci sostanzialmente tutti i casi di inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza che sulla base della norma generale determinerebbero comunque *-recte*, dovrebbero determinare - una risposta espressa per lo più in rito; nel contempo, diviene capire quale sia il confine tra la consulenza collaborativa e l’insistenza burocratica, che con i richiamati principi di leale collaborazione evidentemente ha assai poco a che spartire. Ed è in tale perimetro che si colloca la categoria dell’“inconfigurabilità”, calzante neologismo con il quale il Consiglio di Stato ha inteso indicare le situazioni di non rispondenza della richiesta al “modello normativo astratto”, dicitura che ben si comprende laddove

14 In tal senso v. Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2024, n. 7768, riferita ad un caso di silenzio assenso in materia edilizia.

l'istanza/dichiarazione travalichi totalmente i confini del regime giuridico assegnato all'attività cui si riferisce (come tipicamente in caso di utilizzo di un procedimento dichiarativo in ambito edilizio, quale la s.c.i.a. o addirittura la c.i.l.a o la c.i.l., nei casi in cui l'intervento che si va a realizzare necessita di permesso di costruire) ⁽¹⁵⁾. Se si eccettuano, tuttavia, le ipotesi quasi di scuola che la dottrina riconduce alla nozione di sostanziale inesistenza della domanda (quale, tipicamente, la mancanza di chiarezza sull'indicazione del suo autore ovvero sul suo oggetto, l'incapacità del soggetto agente o l'incompetenza assoluta dell'amministrazione compulsata), qualsivoglia diversa carenza ben potrebbe essere stigmatizzata *sub specie* di irricevibilità, improcedibilità o inammissibilità, sì da costituire pretesto per la mancata decorrenza del termine per la formazione del silenzio ⁽¹⁶⁾. A fronte della oggettiva difficoltà di indicare gli elementi che costituiscono il perimetro della "configurabilità" della domanda, il giudice amministrativo ha provato a fornire alcune indicazioni esemplificative. In materia urbanistico-edilizia, ad esempio, si è condivisibilmente affermato che costituisce una sostanziale mancanza di oggetto chiaramente individuabile la carenza degli elaborati progettuali, in quanto insieme alla asseverazione e alla relazione illustrativa del tecnico incaricato, descrivono la natura dell'intervento e quindi delimitano il perimetro dell'effetto autorizzatorio eventualmente discendente dal silenzio ⁽¹⁷⁾. Ciò si desume dalla formulazione dell'art. 20, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 che espressamente menziona gli «*elaborati progettuali richiesti*», rendendoli dunque parte essenziale della domanda. La presentazione di nuovi elaborati progettuali determina quindi una modifica dell'oggetto dell'intervento, sicché ci si trova di fronte ad una nuova istanza,

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746. Il termine "inconfigurabilità" della domanda viene utilizzato quale sinonimo della inidoneità della stessa ad innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto.

¹⁶ Per un'approfondita disamina della tematica, v. N. Posteraro, Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere, cit. *sub* nota 8, pag. 122 ss., che in tali casi parla di "non istanze", ovvero di mere sollecitazioni inidonee in quanto tali a far sorgere in capo alla P.a. alcun dovere di provvedere. Tra i casi di inesistenza l'autore cita anche l'ipotesi di richiesta pretestuosa, nel senso di non corrispondente ad alcun esercizio tipico del potere amministrativo riconosciuto dalla legge. Sembrerebbe invece non rientrarvi quello della domanda presentata senza rispettare un format prestabilito, in forza del principio della libertà delle forme. Per esempi di "oggetto impossibile", v. Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2014, n. 1351, avente ad oggetto la richiesta di alienazione di un bene demaniale; *id.*, 30 novembre 2015, n. 5399, in cui si esclude la formazione del silenzio rifiuto a fronte della richiesta di manutenzione di una strada comunale perché trattasi di un interesse generale che «*non è tutelabile in via amministrativa né giurisdizionale [...] fronteggiando esso un mero dovere imposto in capo alla pubblica amministrazione per il vantaggio della collettività nella sua interezza, non soggettivizzata*».

¹⁷ Sul punto, v. Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2024, n. 7768, ove si richiama l'art. 20, comma 1, del T.u.e. che include tra gli elementi perché la domanda sia "configurabile", «*gli elaborati progettuali richiesti*».

trattandosi di modifica di un requisito essenziale, con la conseguenza che il termine inizia a decorrere nuovamente solo da quella data. Per contro, le indicazioni dei regolamenti edilizi e finanche delle leggi regionali non potrebbero ampliare il novero di ridetti elementi a corredo delle domande, in quanto «[...] *le Regioni sono autorizzate dall'art. 29, comma 2-quater della legge n. 241 del 1990 a prevedere livelli "ulteriori di tutela" ma non ad aggravare il procedimento con ulteriori adempimenti o documenti che avrebbero l'effetto di depotenziare l'efficacia dello strumento di semplificazione, comprimendo un livello essenziale della prestazione, lo standard minimo, riservato alla competenza esclusiva del legislatore statale ex art. 117, comma 2, lett. m.), Cost.*» ⁽¹⁸⁾. In verità, laddove le indicazioni di completezza sono preventivamente indicate in un atto regolatorio, sì da consentirne la previa conoscenza da parte di chicchessia, nel rispetto di principi di trasparenza e *par condicio*, non parrebbe ipotizzabile una lesione di quel livello minimo delle prestazioni che l'art. 29, comma 2-ter, della legge n. 241 del 1990, ravvisa nel regime generale (anche) del silenzio assenso per come declinato nella legge stessa. Per contro, assai più "insidiose" rispetto all'efficacia del sistema si palesano le richieste integrative, anche progettuali, che non si collocano nel mutamento condiviso di cui al comma 4 dell'art. 20 del T.u.e., né nella richiesta di integrazione istruttoria, effettuabile, secondo le regole generali, una sola volta ⁽¹⁹⁾. Le modifiche progettuali che fuoriescono dal perimetro istruttorio delineato dall'art. 20, comma 4, dunque, e cioè quelle non concordate nel dialogo procedimentale laddove «*di modesta entità*» o che esorbitino le scadenze temporali ivi decise, in ragione dell'effetto sorpresa che generano, ove non richieste, determinano una regressione del procedimento alla fase della iniziativa procedimentale trattandosi di domanda nuova per la quale occorre rinnovare anche l'istruttoria *ab initio*.

¹⁸ V. ancora Cons. Stato, n. 7768 del 2024, cit. *sub* nota precedente.

¹⁹ Altro è, evidentemente, la previsione di cui all'art. 20, comma 4, del T.u.e., altro quella di cui al comma 3. Nel primo caso, il Comune richiede, ai fini del rilascio del permesso di costruire, di apportare «*modifiche di modesta entità*» al progetto originario, illustrandone le ragioni, e l'interessato si pronuncia su tale richiesta entro il termine fissato «*e in caso di adesione, è tenuto ad integrare la documentazione nei successivi quindici giorni*». L'effetto che ne deriva è di tipo sospensivo. Per contro, in caso di richiesta di integrazione istruttoria, l'effetto è interruttivo del termine di conclusione del procedimento.

L'efficacia delle scelte di semplificazione dei regimi di accesso a determinate attività, che il legislatore ha tentato via via di rafforzare introducendo ulteriori rimedi ed accentuando gli elementi di garanzia della certezza delle situazioni giuridiche, si gioca dunque preliminarmente sul piano delle prassi distorte degli uffici, che si collocano astrattamente a monte dello stesso avvio dei procedimenti, ovvero, come detto, nella fase nevralgica dell'istruttoria. Un'ingiustificata attesa nell'avvio dell'istruttoria di una pratica, laddove la stessa non sia *prima facie* del tutto priva dei requisiti minimi di esaminabilità in concreto, non solo non può impedire la decorrenza del termine di maturazione del silenzio assenso, ove previsto, ma a maggior ragione impone la successiva compressione dei tempi di chiusura della stessa, "rimediando" per quanto possibile al pregresso colpevole ritardo nei confronti della legittima aspettativa del cittadino a conoscere il contenuto e le ragioni, qualunque esse siano, delle scelte dell'amministrazione. Diversamente opinando egli si ritroverebbe anacronisticamente relegato in un ruolo di suddito, continuamente esposto al rischio di vedersi procrastinare il *dies a quo* per consolidare la propria situazione, in sostanziale dispregio di qualsivoglia tentativo di riduzione degli oneri e in totale antitesi con la stessa nozione di semplificazione o liberalizzazione delle attività economiche. Così come, pertanto, al cittadino che lo invoca o che comunque può beneficiarne, va richiesto un comportamento responsabile e collaborativo, evitando l'inoltro di istanze-scatole vuote, ovvero, peggio ancora, del tutto eterogenee rispetto al paradigma procedimentale invocato (si pensi, a mero titolo di esempio, all'utilizzo palesemente improprio di procedimenti dichiarativi, quali in particolare la CIL o la CILA); in egual misura l'Amministrazione è tenuta al rispetto delle scansioni procedurali previste e, ancor prima e a prescindere, ad un comportamento che non si palesi come inutilmente e immotivatamente dilatorio, seppure formalmente e astrattamente corretto. Quanto detto si riferisce quindi sia alla vera e propria inerzia, che ai casi in cui l'incompletezza di una pratica venga rilevata per così dire "per step successivi", determinando uno

stillicidio di risposte, spesso solo ammantate dall'egida della consultazione collaborativa, che finiscono per procrastinare *sine die* il perfezionamento dei procedimenti ad istanza di parte.

La fattispecie più problematica è evidentemente quella della manifesta infondatezza della domanda, che può individuarsi nei casi in cui il bene della vita richiesto non sarebbe accordabile con un provvedimento espresso. Il tema si è posto ancora una volta con particolare significatività in ambito urbanistico-edilizio, ove la natura multilivello della normazione, in uno con la sua intrinseca complessità, rendono non sempre agevole l'immediata percezione del regime giuridico di una determinata zona, che il professionista è chiamato ad acclarare. Abbiamo già detto, infatti, che sia il rilascio del permesso di costruire -art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, peraltro dopo una prima novella, vigendo nella versione originaria l'opposto principio del silenzio-rifiuto-, sia quello del condono -art. 32 della legge n. 47 del 1985, via via richiamato dalle altre previsioni speciali⁽²⁰⁾- prevedono un regime di silenzio assenso (diversamente peraltro da quanto sancito per il c.d. accertamento di conformità, o sanatoria ordinaria, *ex art.* 36 del medesimo T.u.e.)⁽²¹⁾. É dunque necessario a questo punto stabilire se la mancata conformità della fattispecie concreta ai presupposti disciplinati e richiesti dal modello legale di riferimento, piuttosto che, più genericamente, la sua conformità ad esso complessivamente inteso, determina comunque la formazione del silenzio significativo, incidendo solo quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo tacito, ovvero ne impedisca in radice la formazione⁽²²⁾.

La differenza tra le prospettazioni che si contrappongono sul punto afferisce al fatto che, per una tesi, il binomio è costituito dai concetti esistenza/inesistenza del silenzio

20 L'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, in coerenza con quanto detto nel testo, ha espressamente qualificato come improcedibile l'istanza che non venga integrata con la presentazione dei documenti previsti per legge entro il termine di tre mesi dalla espressa richiesta di integrazione notificata dal Comune, con ciò lasciando presupporre una (utopistica) capacità di scrutinio di tutte le istanze da parte dei Comuni e successiva richiesta di integrazione, appunto. Il periodo in questione è stato peraltro inserito al termine del comma 4 dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662.

21 Ben diverso è il regime dell'accertamento di conformità nelle ipotesi di parziali difformità e di variazioni essenziali introdotto dal d.l. 29 maggio 2024, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2024, n. 105, c.d. "salva casa", mediante inserimento nel d.P.R. n. 380 del 2001 dell'art. 36-*bis*.

22 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato IV, 24 gennaio 2020, n. 569; sez. VI, 30 luglio 2029, n. 5384; *id.*, 1° aprile 2019, n. 2115 del 2019.

assenso, con il corollario che può esistere solo un provvedimento tacito di accoglimento legittimo; mentre, per l'altra tesi, il binomio, una volta decorso il termine di legge, è costituito dai concetti legittimità/illegittimità del silenzio assenso, con il corollario che può esistere un provvedimento tacito di accoglimento illegittimo. La giurisprudenza ha altresì propugnato come terza tesi quella che vuole la formazione del silenzio assenso anche in caso di mancato rispetto della normativa sostanziale, ma alla sola condizione che la domanda sia "esaminabile", ovvero, come chiarito sopra, in concreto "configurabile" ⁽²³⁾. La "configurabilità", tuttavia, afferisce piuttosto ad una pre-condizione, in assenza della quale si è al di fuori del paradigma normativo, sicché neppure è sorto l'obbligo dell'Amministrazione di valutare l'istanza presentata. Una volta accertata la sussistenza della stessa, come già detto, non vi è ragione di ritenere che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale. Chi scrive propende da tempo per la prima tesi (ferma restando la ricordata configurabilità della domanda), pur nella consapevolezza che si tratta di una lettura, ormai diffusa in giurisprudenza, ancora non univoca, e comunque difforme da quella tradizionale dell'istituto ⁽²⁴⁾. Tale «*consapevolezza della incertezza interpretativa che circonda la materia in esame*» è stata del resto espressamente ribadita ancora di recente per tornare agli approcci originari, in ragione dell'affermato permanere del dovere dell'amministrazione di esercitare i propri poteri autoritativi a tutela dell'interesse pubblico affidato alla propria specifica competenza, invocando finanche l'art. 2 della Costituzione quale presupposto del più vasto interesse pubblico generale all'ordinato

²³ Cfr. sul tema Cons. Stato, VI, 16 agosto 2023, n. 7774; *id.*, 27 dicembre 2023, n. 11203, ove si legge: «*per l'espletamento di una efficace istruttoria, l'istanza debba essere corredata da tutti gli elementi necessari a consentire l'accertamento della spettanza del bene della vita, per cui il silenzio assenso può formarsi solo in tale ipotesi, nel qual caso l'eventuale discrasia della fattispecie rispetto al modello legale di riferimento determina l'illegittimità dell'atto tacito, ma non ne impedisce il venire ad esistenza. L'opzione ermeneutica più idonea alla tutela degli interessi in conflitto, in altri termini, deve essere individuata nel fatto che l'assenso tacito si forma allorquando sulla domanda, se corredata di tutti gli elementi occorrenti alla valutazione della P.A., sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre non può essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento. Diversamente, ove l'istanza non sia stata corredata da tutta la documentazione necessaria ovvero si presenti imprecisa o foriera di possibili equivoci, in modo tale che l'amministrazione destinataria sia stata impossibilitata per il comportamento dell'istante a svolgere un compiuto accertamento di spettanza del bene, il silenzio assenso non può formarsi, per cui si avrà un'ipotesi di inesistenza dello stesso e non di sua illegittimità*». Di recente, v. sez. IV, 25 settembre 2024, n. 7768, già citata.

²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2023, n. 7534; *id.*, 27 dicembre 2023, n. 11217; Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072; sez. VI, 16 dicembre 2022, n. 11034 che segue la n. 5746 del 8 luglio 2022; in linea, anche se in tema di onere della prova, cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2239; per una recente riaffermazione invece dell'indirizzo tradizionale si veda Cons. Stato, sez. VII, 16 febbraio 2023, n. 1634.

sviluppo del territorio ⁽²⁵⁾. A tale ricostruzione si ritiene si opponga in primo luogo il regime generale della annullabilità, che riferendosi anche al silenzio significativo non consente una distinzione tra comportamento attivo o inerte della p.a. L'art. 21-*novies* della l. n. 241 del 1990, infatti, nel disciplinare in generale l'istituto dell'annullamento d'ufficio, ne individua l'oggetto (anche) nel «*provvedimento [che] si sia formato ai sensi dell'art. 20*», con ciò presupponendo evidentemente che la violazione di legge non incida sul perfezionamento della fattispecie, bensì rilevi (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto. Da qui il rimedio postumo che l'ordinamento appronta per l'Amministrazione che si ravveda e ravvisi la necessità di rimediare agli effetti del proprio indebito comportamento inerte. *«Inoltre, l'impostazione di “convertire” i requisiti di validità della fattispecie ‘silenziosa’ in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda»* ⁽²⁶⁾. D'altro canto, la formazione di un provvedimento implicito di assenso - *recte*, di un silenzio equivalente ad un provvedimento esplicito - in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell'istanza non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente, che deve ugualmente svolgere, proprio come nell'ipotesi in cui fosse obbligata all'adozione di un provvedimento espresso, una puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene richiesto.

Quella descritta è la fisiologia del procedimento amministrativo ove sia presentata un'istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio assenso. Diventa dunque centrale una efficace istruttoria,

²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez.VII, 11 maggio 2023, n. 4769.

²⁶ V. ancora Cons. Stato, n. 5746/2022.

che, come detto, presuppone che l'istanza sia corredata da tutti gli elementi necessari a consentire l'accertamento della spettanza del bene della vita. In queste ipotesi, l'omesso o l'incompleto svolgimento dell'istruttoria da parte dell'amministrazione competente costituisce dunque una situazione patologica, che occorre in ogni modo prevenire. Per molti aspetti l'istituto del silenzio-assenso, dimostra e conferma dunque l'intuizione dottrinale secondo la quale, delle fasi in cui si scompone convenzionalmente il procedimento amministrativo, quella centrale è data proprio dall'istruttoria, di cui la fase decisoria – che sia tacita oppure espressa – rappresenta piuttosto un precipitato e una conseguenza logica ⁽²⁷⁾. Va da sé, infine, che tutto si sposta poi sul piano delle responsabilità, giusta la previsione, tra l'altro, di cui all'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 secondo cui *«la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente»* (comma 9). Affermazione che non può che valere anche, *mutatis mutandis*, per la casistica ora in esame.

3. La certificazione del silenzio.

L'istituto della “certificazione del silenzio” è stato inserito in prima battuta nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, mediante l'aggiunta di un periodo al comma 8 dell'art. 20, concernente il procedimento di rilascio del permesso di costruire, da parte del già ricordato decreto legge n. 76 del 2020. La disposizione reca: *«Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti»*. Con l'art. 62 del successivo d.l. 31 maggio 2021, n.77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11203, egualmente ispirata alla c.d. “tesi intermedia”.

luglio 2021, n. 108, la previsione ha assunto portata generale, essendo stato inserito il comma 2-*bis*, di analogo contenuto, direttamente nell'art. 20 della l. n. 241 del 1990. In linea generale, dunque, è ora previsto l'obbligo per l'amministrazione, nei casi in cui operi il silenzio assenso, di rilasciare in via telematica, su richiesta del privato, un'attestazione «circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda». Anche in tale ipotesi restano fermi, per espressa previsione della norma, gli effetti, già «*intervenuti*», del silenzio assenso. La formulazione apparentemente poco felice della norma, tende a disgiungere il fatto oggettivo dell'avvenuto decorso del tempo, che si richiede all'Amministrazione inadempiente di attestare, dal suo significato, che consegue all'operatività del meccanismo del silenzio (equivalente «*pertanto*» ad accoglimento della domanda). E tuttavia la circostanza che nell'omologa previsione del T.u.e. tale richiamo alla significatività del silenzio *ex se* manchi conferma ancora una volta il reiterato sforzo del legislatore di ribadire principi già intrinseci agli istituti nella loro configurazione originaria, nella consapevolezza della loro sostanziale disapplicazione. La precisazione non può non valere anche per il caso in cui in luogo dell'attestazione dell'Amministrazione il privato si avvalga della propria autodichiarazione, facoltà ulteriore che l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 ha inteso introdurre e che non figura nel procedimento di rilascio del permesso di costruire. In tal modo, si ritiene, le potenziali responsabilità del dichiarante, il cui spettro rischia di divenire comprensibilmente il vero argine al concreto utilizzo dell'istituto, si limitano al fattore tempo, non ai suoi effetti, che scaturiscono direttamente dalla legge. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, il privato, infatti, anziché agire avverso l'inadempimento, può sopperire in via autonoma, sostituendo alla (mancata) attestazione dell'Amministrazione una propria autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico sulla documentazione amministrativa) ⁽²⁸⁾. Come esplicitato nella relazione illustrativa che ha accompagnato

28 Sulle potenziali criticità di tale sistema, per l'ulteriore carico di responsabilità di cui si onera l'istante, evidentemente ritenendo che la dichiarazione sostitutiva debba assumere un contenuto "complessivo", v. M.A. Sandulli, Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa" 2020, in www.giustiziainsieme.it, 2 settembre 2021 e, più in generale, sui rischi delle autodichiarazioni, dello stesso autore si segnala "Autodichiarazioni e dichiarazione non veritiera", ivi, 15 ottobre 2020.

questa ulteriore novella, la finalità della disposizione è ancora una volta quella di «consentire la piena operatività e il rafforzamento dell'efficacia del silenzio assenso», evidentemente ravvisandosene uno strumento nella fornitura di un documento che cristallizzi formalmente l'avvenuta legittimazione dell'attività. Si è così confermato come nella prassi la disciplina del silenzio assenso abbia finito per costituire un blando incentivo a provvedere, incapace di offrire totale certezza al privato in merito alla sua equiparazione alla valutazione favorevole compiuta da parte dell'Amministrazione sull'istanza presentata. Il decorso dei termini per la sua formazione, cioè, in assenza di un provvedimento di diniego espresso, è stato in passato ritenuto compatibile sia con una valutazione positiva, sia con un'istruttoria ancora non completa, sia con una pura inerzia, sia infine con un giudizio negativo. Tale ipotetico esito sfavorevole, tuttavia, è ora impedito, almeno in teoria, dalla sancita inefficacia del provvedimento tardivo (su cui più avanti nel testo), nonché dalla -eventuale- presenza della dichiarazione sostitutiva resa dal privato per "materializzare" la propria legittimazione, che egualmente deve essere motivatamente superata. Entrambe le previsioni, inoltre, ove non le si voglia considerare lettera morta, finiscono per rafforzare l'obbligo motivazionale dell'annullamento d'ufficio, quale unica modalità per concludere sfavorevolmente il procedimento, accentuando altresì la responsabilità del dipendente chiamato ad intervenire in revisione del significato del proprio precedente comportamento omissivo o comunque inerte. In tal senso assume rilievo la ricordata circostanza per cui il legislatore non ha elevato la dichiarazione del privato, al pari della ricevuta rilasciata dall'Amministrazione, a provvedimento di secondo livello, capace di rafforzare l'atto originario formatosi *per silentium*, sì da metterne in discussione i tempi di maturazione (spostandoli in avanti): proprio attraverso l'inciso «fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso», identico nell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001 e nell'art. 20, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, ha piuttosto ribadito la portata solo formale e aggiuntiva dei rimedi indicati, la cui effettiva valenza è dunque esclusivamente pratica, ovvero di ulteriore sollecitazione all'adempimento. Non avendo tuttavia la novella toccato il comma 3 dell'art. 20,

laddove continua appunto a fare salve le determinazioni dell'Amministrazione in via di autotutela ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, la motivazione delle stesse anche in termini di comparazione di interessi dovrà necessariamente dare atto della prevalenza di quello pubblico rispetto all'inefficacia del provvedimento tardivo, esplicitando altresì le ragioni dell'inerzia serbata anche a fronte dell'istanza di rilascio dell'attestazione. Il fatto che la dichiarazione sostitutiva non possa essere utilizzata in prima battuta, ma presupponga a sua volta un tentativo non andato a buon fine di compulsare l'Amministrazione quanto meno al rilascio dell'attestazione dell'avvenuta decorrenza del termine, si giustifica solo sul piano dell'accentuazione della responsabilità laddove si decida di agire in autotutela. Il ricordato difetto di coordinamento tra le due disposizioni - quella in materia edilizia e quella generale – infine, rischia di attualizzare problematiche interpretative del passato circa la prevalenza del regime speciale o di quello sopravvenuto nel tempo, finanche avuto riguardo al termine diversificato per il rilascio della certificazione da parte dell'Amministrazione (pari a 15 giorni in un caso e a 10 in un altro). Il non del tutto chiaro impatto pratico di entrambe le previsioni rende tuttavia le relative problematiche più teoriche che pratiche.

4. I tempi dei controlli sui procedimenti dichiarativi.

Anche la tempistica per i controlli sui procedimenti dichiarativi non è ovviamente illimitata e in bianco, il che la porrebbe in manifesto contrasto con il principio di legalità-tipicità. Al contrario, secondo il disposto dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, essi devono essere effettuati di regola nei sessanta giorni dalla data di presentazione della s.c.i.a., ridotti a trenta in caso di utilizzo dell'istituto in materia edilizia. Segnatamente, l'art. 19, comma 3, attribuisce alla p.a. in tale ristretto lasso temporale un triplice ordine di poteri (inibitori, repressivi e conformativi, questi ultimi ormai da preferire, giusta l'inciso «*Qualora sia possibile*», se del caso sospendendo cautelamente l'attività). La già evocata ricerca di un punto di equilibrio tra la doverosa responsabilizzazione del privato, che deve darsi cura di corredare le proprie istanze con

quanto necessario da subito ad attribuire loro consistenza e renderle “esaminabili” dall’Amministrazione e, quale contraltare, l’approccio collaborativo di quest’ultima, anche in questo caso si gioca sulla auspicata unicità e tempestività delle richieste di integrazione, evitando la reiterazione dei contatti per il semplice tramite di una valutazione iniziale esaustiva e trasparente. Si ricorda per completezza come il termine per provvedere alla regolarizzazione dell’attività, con o senza sospensiva della stessa, non può essere inferiore a 30 giorni, decorso il quale, senza che le misure siano state adottate, essa si intende vietata. L’atto motivato dell’amministrazione interrompe il termine per l’effettuazione dei controlli che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l’adozione delle misure richieste. Il comma 4 dell’art. 19 consente di esercitare i poteri sopra richiamati anche una volta decorso il termine “ordinario”, ma solo in presenza delle condizioni previste dall’art. 21-*novies* della stessa legge n. 241 del 1990, ovvero secondo le regole generali che governano l’annullamento d’ufficio di atti illegittimi, che impongono la verifica della sussistenza di un interesse pubblico ulteriore rispetto al ripristino della legalità, l’effettuazione di un bilanciamento fra gli interessi coinvolti e, per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati, che non si superino i dodici mesi dall’emanazione dell’atto, nel caso di specie da computare dallo spirare del termine ordinario previsto per il controllo (gli originari diciotto mesi sono stati ridotti agli attuali dodici dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108). Il comma 6-*bis*, riferito alla materia edilizia, in linea di principio non contiene alcuna diversa declinazione dei poteri di controllo, salvo ridurre i termini per l’effettuazione di quelli “ordinari” a trenta giorni, secondo il modello poc’anzi ricostruito. Il comma 6-*ter*, a sua volta, riconosce al terzo la possibilità di compulsare tali controlli, che tuttavia non si diversificano per tempistica, contenuti e finalità da quelli attivati *ex officio*, come da ultimo ben chiarito dalla Corte costituzionale (sentenza n. 45 del 2019). È ormai consolidato che l’autotutela di cui al comma 4 dell’articolo 19 della legge n. 241/1990 si diversifica per così dire sul piano ontologico dal modello generale declinato dall’art. 21- *novies*, cui pure rinvia, innanzi tutto per il fatto che non incide su un precedente provvedimento

amministrativo, connotandosi pertanto per conseguire ad un procedimento di primo e non di secondo grado, tanto da indurre la dottrina a rivederne finanche la qualificazione definitiva. Anche dopo la decorrenza del termine di verifica della regolarità della s.c.i.a., pertanto, si ritiene che la pubblica amministrazione abbia la possibilità di intervenire purché effettuando la doverosa comparazione di interessi sottesa all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, secondo la cornice generale in materia di autotutela. Non trattandosi di un provvedimento da caducare, come già detto, potrà farlo soltanto con un atto inibitorio ovvero sospensivo, comunque da motivare, a pena di inefficacia dello stesso (ora prevista anche dopo i 60 giorni o 30, a seconda della materia) e tale motivazione è da ritenere attenga anche al motivo del ritardo e alla portata sostanziale della carenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività. Inoltre, mentre di regola il potere di autotutela, come chiarito nei paragrafi precedenti, è ampiamente discrezionale nell'apprezzamento dell'interesse pubblico che può imporne l'esercizio e pertanto non coercibile, al punto che la p.a. non ha neanche l'obbligo di rispondere a eventuali istanze con cui il privato ne solleciti l'esercizio, nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, si ritiene che l'Amministrazione abbia l'obbligo di rispondere. Il limite estremo verso il quale possono spingersi le deviazioni dalle ordinarie regole che governano il potere di autotutela, si spinge fino a ritenere sussistente, accanto all'obbligo di attivazione, chiaramente desumibile dal dato testuale della norma, anche un assai più pregnante obbligo di pronuncia, di talché l'Amministrazione è chiamata a motivare non soltanto la scelta di procedere all'annullamento, nell'accezione chiarita con riferimento ai procedimenti dichiarativi, ma anche quella opposta, di non annullare, seppure in presenza di presupposti di illegittimità dell'atto, utilizzando in senso speculare i parametri individuati dal legislatore (la mancanza di interesse pubblico all'annullamento, ovvero la tutela dell'affidamento del soggetto la cui posizione sia stata ampliata dall'atto che si andrebbe ad eliminare). La discrezionalità quindi risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-novies. *«Depongono nel senso della doverosità (in deroga al consolidato orientamento*

*secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile), sia l'argomento letterale – segnatamente, la differente formulazione dell'art. 21-nonies rispetto all'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990, il quale ultimo, a differenza del primo, dispone che l'amministrazione “adotta comunque” (e non già semplicemente “può adottare”) i provvedimenti repressivi e conformativi (sempre che ricorrano le ‘condizioni’ per l'autotutela) –, sia la lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo»⁽²⁹⁾. Ferma restando quindi la piena discrezionalità nel *quomodo* del controllo tardivamente compulsato dal terzo denunciante, opera in questo ambito una sorta di deroga al consolidato orientamento secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile. Una lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo, infatti, avendo il legislatore optato per silenzio inadempimento quale unico mezzo di tutela amministrativa messo a disposizione del terzo, non consente di ritenere che non sussista alcun obbligo di iniziare e concludere il procedimento di controllo tardivo con un provvedimento espresso, privando il terzo di tutela effettiva davanti al giudice amministrativo in contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione. Il regime delle tutele accordate al terzo controinteressato in via giurisdizionale è contenuto nel comma 6-ter dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990. La norma, dopo avere affermato che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, ed avere codificato la ricordata facoltà dello stesso di «sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione», completa il quadro riconoscendogli «esclusivamente» la possibilità, in caso di inerzia, di esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del c.p.a.: il che sottintende appunto un obbligo di pronuncia, ancorché negativa, pur senza indirizzarne i contenuti⁽³⁰⁾. In materia urbanistico-edilizio, la giurisprudenza ha ricondotto la ritenuta sussistenza di tale obbligo, oltre che alla peculiarità della tipologia di autotutela di cui all'art. 19, comma 4, all'immanenza sulla stessa dei poteri*

²⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208.

³⁰ Con sentenza non definitiva n. 12 del 22 gennaio 2019 il T.a.r. per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, ha sollevato ulteriori dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, della l. n. 241 del 1990, ravvisando una ipotetica tutela del controinteressato nella possibilità di riqualificare in senso accertativo dell'obbligo l'azione demolitoria avverso il diniego di autotutela. La Corte costituzionale con ordinanza n. 153 del 20 luglio 2020 ha dichiarato inammissibile la questione, richiamando *in toto* le affermazioni già contenute nella propria precedente n. 45 del 2019, citata nel testo.

di vigilanza in ambito urbanistico-edilizio. Ciò «a maggior ragione alla luce delle considerazioni svolte dalla sentenza della Corte costituzionale la quale – pur riconoscendo di non potere intervenire sui vuoti normativi esistenti nel sistema – ha messo in evidenza la questione di possibili lacune nella tutela del terzo confinante rispetto agli interventi realizzati sulla base della SCIA» ⁽³¹⁾. In verità, il potere di vigilanza, ovviamente esercitabile senza limite di tempo, incontra a sua volta dei limiti nei potenziali esiti sanzionatori, come si proverà a chiarire nel paragrafo a ciò dedicato.

5. La violazione del termine di chiusura del procedimento.

In termini generali, tranne che nei casi di silenzio significativo, alla violazione del termine finale di un procedimento amministrativo non consegue l'illegittimità dell'atto tardivo salvo che il termine sia qualificato perentorio dalla legge, trattandosi di una regola di comportamento e non di validità. Il ritardo, in definitiva, di regola non è un vizio in sé dell'atto ma un presupposto che può determinare, in concorso con altre condizioni, una eventuale forma di responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione, ferma restando la possibilità per gli interessati di chiedere la condanna della stessa a provvedere ai sensi dell'art 117 c.p.a. ⁽³²⁾. In altre parole, in generale il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 non vizia l'atto adottato (in ipotesi) tardivamente, salvo che la legge di settore lo qualifichi come perentorio ⁽³³⁾. A conferma di tale ricostruzione, si richiama la previsione dell'art. 2-bis della legge 241 del 1990, che seppur dedicato alle «Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento» correla all'inosservanza del termine finale conseguenze sul piano della responsabilità dell'Amministrazione, ma non include profili afferenti la legittimità dell'atto tardivamente adottato. Fino ad epoca recente, la giurisprudenza ha ricondotto la perentorietà dei termini procedurali, quale eccezione alla regola della loro natura

³¹ Cons. Stato, sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1737, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 611, nonché sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610.

³² Con riferimento al danno da c.d. "contatto sociale", definitivamente superato dalla pronuncia dell'A.P. del Consiglio di Stato (23 aprile 2021, n. 7), v. anche G. Tulumello, Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale, *ibidem*, 2020.

³³ Cons. Stato, sez. VII, 30 marzo 2024, n. 2979; sez. VI, 25 maggio 2020, n. 3307; principio ribadito anche per le sanzioni amministrative da Cass. civ., sez. lav., 6 settembre 2018, n. 21706 e sez. II, 18 aprile 2018, n. 9517).

meramente ordinatoria o acceleratoria, ai soli casi in cui disponga in tal senso una norma che disciplini in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati, o sanzioni espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell'amministrazione entro gli stessi. Si è dunque più volte sottolineato che *«l'individuazione del termine come perentorio – oltre che dalla definizione come tale – discende in primo luogo dalla ragione della sua introduzione, normalmente consistente nell'esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento, in coerenza con la giurisprudenza prevalente, secondo cui, per i termini esistenti all'interno del procedimento amministrativo, il carattere perentorio o meno deve essere ricavato dalla loro 'ratio'»* nonché dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento in un arco di tempo prefissato è indirizzato a soddisfare ⁽³⁴⁾. La prospettiva è di recente mutata seppure avuto riguardo al limitato ambito dell'esercizio del potere sanzionatorio, in relazione al quale la perentorietà del termine è stata desunta dal sistema. Si è perciò ritenuto che l'affermazione secondo la quale la necessità di un'esplicita previsione legislativa in tal senso, nella sua rigidità, da un lato, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto di rimetterla ad un'espressa previsione; dall'altro, che essa porterebbe a concludere che anche qualora il legislatore costruisca una disciplina che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento in termini di normazione sostanziale, la mancanza di una locuzione esplicita ponga nel nulla l'impianto complessivo della disciplina. *«Infine, vedrebbe sminuito il ruolo dell'interprete, avallando un approccio esegetico, cieco rispetto all'imperante pluralismo normativo delle fonti nazionali e sovranazionali. È noto, infatti, al contrario come la ricerca di un non semplice equilibrio tra le fonti multilivello in ogni campo dell'amministrazione ha accresciuto, e non diminuito, l'importanza del momento interpretativo»* ⁽³⁵⁾. In tal modo si è ammesso in generale

³⁴ Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2023, n. 2354, che richiama A.P. 25 febbraio 2014, n. 10.

³⁵ Sulla natura perentoria dei termini previsti dall'art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689 e la sua applicabilità agli atti delle Autorità indipendenti, v. Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2021, n. 2308; nonché *id.*, 19 gennaio 2021, n. 584, ove si è affermato che *«il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità [nel caso di specie, l'ARERA] ha natura perentoria, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso»*.

che l'esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività. Quanto detto tenuto conto anche che risulta assente a livello sostanziale una norma di carattere generale quale quella contenuta nel comma 2 dell'art. 152 c.p.c., secondo il quale: «*I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori*». Precetto la cui operatività è evidentemente limitato all'ambito processuale.

6. L'inefficacia della decisione tardiva.

Come chiarito fin qui, l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione – si realizza stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi “silenziosamente”. È innegabile infatti che l'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si ponga in contrasto con il principio di «*collaborazione e buona fede*» (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'Amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990) ⁽³⁶⁾. Da un lato, dunque, c'è un'esigenza di corretta individuazione del *dies a quo* a decorrere dal quale computare la maturazione del provvedimento tacito, ovvero la possibilità di controllo “fisiologico” di un'attività soggetta a s.c.i.a., non potendosi dare certo rilievo a istanze meramente strumentali in quanto prive finanche del corredo documentale e descrittivo richiesto dalla norma; dall'altro, all'opposto, di far sì che un atteggiamento ondivago o comunque pretestuosamente insistito dell'Amministrazione finisca per vanificare la portata anche responsabilizzante degli istituti, avvalorando la comprensibile ritrosia del privato ad accontentarsi di un atto non ostensibile all'organo di controllo. È in tale ambito che si collocano le più recenti novelle in materia che nella cornice dell'alleggerimento

36 T.a.r. per la Puglia, Bari, sez. III, 10 marzo 2023, n. 474, che richiama Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746.

burocratico teleologicamente orientato a favorire la ripresa economica del post pandemia individuano modalità di rafforzamento degli istituti del silenzio assenso e della segnalazione certificata di inizio attività, sulla cui concreta efficacia può al momento avanzarsi solo un giudizio di prognosi. Abbiamo già detto della certificazione del silenzio, che pur lasciando inevitabilmente immutata la struttura essenziale del provvedimento tacito, comprensiva delle scansioni temporali che ne determinano la formazione, ha cercato di ovviare alla riluttanza del privato a ritenersi “appagato” dallo stesso, piuttosto che aspirare alla sua “materializzazione” sul piano formale, a torto o a ragione percepita come più cautelante a fronte di un eventuale controllo. Con l’art. 12 del più volte ricordato d.l. n. 76/2020 è stato anche inserito nell’art. 2 della l. n. 241/1990 il comma 8-*bis* ai sensi del quale «*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza di alcuni termini, sono inefficaci*». Vale la pena ricordare come la nozione dell’efficacia dei provvedimenti amministrativi trovi consacrazione formale nell’art. 21-*bis* con esclusivo riferimento a quelli limitativi della sfera giuridica dei privati: superando la teorica dell’atto ricettizio, essa si identifica in linea generale nell’avvenuta messa a conoscenza dei destinatari dei contenuti dell’atto. A livello definitorio, come ben sintetizzato da autorevole dottrina, l’efficacia di un atto amministrativo indica la sua idoneità a produrre effetti e conseguenze giuridiche e, allo stesso tempo, per una sovrapposizione semantica, il complesso medesimo di tali conseguenze ⁽³⁷⁾. *A contrario*, l’inefficacia, più che una nuova forma di invalidità, può costituirne piuttosto una conseguenza, un effetto. Ove tuttavia la questione venga riguardata dall’angolazione della tutela del privato che intenda avvalersene, l’inquadramento dogmatico si palesa più complicato e denso di conseguenze pratiche. Si è infatti inizialmente ipotizzato che ci si trovi di fronte ad un caso di vera e propria nullità, per far valere la quale lo strumento verrebbe ad essere

37 V. Cerulli Irelli, Lineamenti del diritto amministrativo, II, Torino, 2010, p. 422; G. Gardini, L’efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, in Codice dell’azione amministrativa, cit. *sub* nota precedente, p. 1002 ss. Sulle conseguenze, anche in termini di tutela, della tardività delle decisioni v. P. Cerbo, Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela in Diritto Processuale amministrativo, Anno XLII, Fasc. 1, 2024, Giuffrè ed.

quello della relativa azione di accertamento, basandola sull'affermazione dell'avvenuta consumazione del potere della p.a. (dunque una forma di nullità non riconducibile alle ipotesi tassativamente individuate dall'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990). Abbandonata tale ricostruzione, sembra ormai prevalere la tesi della invalidità dell'atto, sottoposta a normale ricorso demolitorio, ovvero, più correttamente, dell'utilizzo del rimedio demolitorio per rimuovere l'atto dal mondo del diritto, giusta gli effetti che ne sono in via di fatto conseguiti, ancorché esclusi dalla legge. È evidente dunque che si viene a creare una sorta di "strappo" al sistema, uno iato tra teorica sostanziale degli istituti e tutela processuale, nello sforzo inevitabile di rendere quest'ultima effettiva. In applicazione pertanto dei principi generali del diritto processuale amministrativo, che privilegiano, al fine di dare effettività alla tutela, appunto, ridetto rimedio, evitando azioni di accertamento della nullità di atti che peraltro a stretto rigore, proprio in quanto "inefficaci", non si dovrebbe avere alcun interesse ad impugnare. Vero è che per la giurisprudenza, cui poi si è allineata anche la dottrina, il principio basilare su cui si è retta la teorica dell'atto amministrativo e dei conseguenti rapporti sostanziali e processuali -e che ha operato per decenni alla stregua di una norma positiva- è quello secondo cui lo stato naturale della fattispecie invalida è l'annullabilità. «*Sicché il sistema relativo all'invalidità si è incentrato sull'unico vizio principale, ossia l'illegittimità*» ⁽³⁸⁾. Si è infatti ricordato come solo con la legge 11 febbraio 2005, n.15 il binomio invalidità/annullabilità è stato intersecato dalla esplicitata categoria delle nullità, declinate all'art. 21-*septies* ⁽³⁹⁾. Alla disciplina sostanziale è seguita quella processuale, ossia quella ora contenuta nell'art. 31 del codice del processo amministrativo, intitolato «*Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*», che al comma 4 ne ha prevista l'esperibilità nel termine di decadenza di 180 giorni. Dalla normativa indicata si ricava che le ipotesi di nullità ammesse sono state circoscritte a quattro, che diventano le uniche, tranne l'azione dichiarativa e quella della nullità c. d. testuale. Si è cioè escluso uno spazio per la

38 Cons. Stato, A.P., 16 ottobre 2020, n. 22.

39 La norma, rubricata «Nullità del provvedimento», stabilisce: «*E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*».

cosiddetta nullità virtuale o di protezione di cui all'articolo 1418, primo comma, del codice civile, in quanto essa avrebbe avuto l'effetto di minare la stabilità e la continuità dell'azione amministrativa. Nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, con affermazioni ancora attuali, si è dunque ricordato che: *«La norma, introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, tra le varie opzioni possibili -ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto tutte le ipotesi di nullità (testuale strutturale e virtuale) previste dall'articolo 1418 del codice civile e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi- ha scelto la soluzione di compromesso, ossia quella di escludere la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa. In altri termini, le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, VI, 13 giugno 2007, n. 3173; V 26 novembre 2008, n. 5845). Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione»* ⁽⁴⁰⁾. Appurato, dunque, che finirebbe per rivelarsi non soddisfattiva per il ricorrente una sentenza che, coerentemente con la categoria concettuale dell'inefficacia, ne dichiara la carenza di interesse all'impugnativa, in piena coerenza con la teorica dell'atto, nella stessa logica che ha condotto alla "certificazione del silenzio" appare cautelante adire al rimedio generale, ancorché pensato per i casi di invalidità/annullabilità degli atti, seppure in un'accezione più estesa di quella della loro radicale inefficacia/nullità. Il che peraltro è quanto sta accadendo nelle prassi dei Tribunali.

⁴⁰ Cons. di Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, richiamata da A.p., cit. *sub* nota 38.

Ciò detto, i casi di “inefficacia” (invalidità) del provvedimento quale “sanzione” del mancato rispetto di alcuni termini, per lo più endoprocedimentali, consegue alla violazione di quelli previsti dalle seguenti norme, tassativamente individuate:

- art.14-*bis*, comma 2, lett. c), relativo alle determinazioni delle amministrazioni coinvolte in sede di conferenza di servizi c.d. semplificata, che devono essere adottate entro il termine comunicato dall’amministrazione procedente, non superiore a 45 giorni (90, in caso di interessamento di amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili). La legge qualifica infatti la mancata comunicazione della determinazione nei termini come assenso senza condizioni (comma 4 della medesima norma);
- art. 17-*bis*, commi 1 e 3, relativo all’acquisizione di assensi, concerti, nulla osta comunque denominati di competenza di altre amministrazioni pubbliche ovvero di gestori di beni o servizi pubblici per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi da parte di una pubblica amministrazione. Anche in questo caso è prevista la formazione del silenzio assenso decorso il termine di 30 giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, elevato a 90 nel caso di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili ⁽⁴¹⁾;
- art. 20, comma 1, sul silenzio assenso;
- art. 14-*ter*, comma 7, relativo ai lavori della conferenza di servizi c.d. simultanea, che si concludono non oltre 45 giorni decorrenti dalla prima riunione (90 giorni nel caso in cui siano coinvolte amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili ai sensi dell’art. 14 *ter*, comma 2). Anche in tale ipotesi sono previsti meccanismi di silenzio assenso: all’esito dell’ultima riunione l’amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento e si considera acquisito

⁴¹ Anche l’art. 17-*bis* è stato inciso dalla riforma del 2020 nella logica acceleratoria dell’estenderne l’applicabilità a tutti i casi di procedimenti nei quali interagiscono una pluralità di pubbliche amministrazioni, in particolare sotto il coordinamento di quel collettore organizzativo che è il SUAP: innanzitutto è stata sostituita, in maniera molto significativa, la rubrica, che ora recita «*Effetti del silenzio e di inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*», sottolineando l’ampliamento delle fattispecie disciplinate dalla norma. Il meccanismo del silenzio è poi esteso ai casi in cui per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l’atto; conseguentemente, in via analoga alla disciplina vigente per l’acquisizione del concerto, in tali casi, qualora l’amministrazione proponente rappresenti esigenze istruttorie, motivate e formulate in modo puntuale, si applica lo stesso termine di 30 giorni previsto dalla medesima norma.

l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero non abbia espresso, partecipandovi, la propria posizione, ovvero infine abbia espresso un dissenso motivato riferito a questioni estranee all'oggetto della conferenza.

Mentre, dunque, non risulta messo in discussione il principio in forza del quale il termine non decorre in mancanza della documentazione completa prescritta dalle norme in materia per il rilascio del titolo, lo stesso non pare potersi affermare con riferimento alla tesi in forza della quale il tempo di maturazione del silenzio non decorre laddove la domanda non sia assistita da tutti i presupposti per l'accoglimento per mancanza dei requisiti di fatto e di diritto richiesti dalla legge. La novella, infatti, nel sancire l'inefficacia del provvedimento tardivo, finisce per erodere l'affermazione che l'eventuale inerzia dell'Amministrazione non può far guadagnare agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero conseguire in virtù di un provvedimento espresso. Una decisione tardiva è ormai possibile solo *sub specie* di esercizio dell'autotutela, richiedendo dunque, secondo i canoni generali sottesi alla stessa, la valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico prioritario, non identificabile con il mero ripristino della legalità lesa. Il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990 riveste particolare importanza anche nella parte in cui sanziona con l'inefficacia pure l'adozione fuori termine dei provvedimenti interdittivi dell'attività intrapresa sulla base di s.c.i.a. in assenza dei presupposti di legge. La norma peraltro circoscrive la previsione a ridetta tipologia di atti, non menzionando invece quelli espressivi del potere conformativo, associati o meno alla sospensione dell'attività, che è ormai limitata ai soli casi di attestazioni non veritiere o di sussistenza di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale. Il fatto tuttavia che l'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990 rinvii all'art. 21 *nonies* («ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni») solo «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo», sembra escludere dal regime di inefficacia le scelte conformative e/o sospensive, benché osteggiate da un eventuale controinteressato.

6. Le deroghe ai limiti temporali all'esercizio dell'autotutela: la c.d. "autotutela doverosa".

L'art. 21-*nonies* declina il potere di annullamento d'ufficio, in combinato disposto con l'art. 21-*octies*, che ne individua i presupposti nella teorica dei classici vizi dell'atto amministrativo (violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza). Le istanze centripete e contrapposte di tutela della certezza delle situazioni giuridiche, da un lato, e di ripristino della legalità, dall'altro, hanno indotto a non ritenere sufficiente quest'ultima quale motivazione per l'esercizio del potere (discrezionale) di agire in autotutela per l'annullamento di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, circoscrivendone altresì la possibilità di utilizzo nel tempo. Il punto di equilibrio fra ridette contrapposte esigenze è stato ravvisato con le ultime novelle in dodici mesi, ritenendo il relativo termine congruo a consentire lo *ius poenitendi* dell'Amministrazione, nel contempo non lasciando il privato cittadino in un limbo di incertezza sostanzialmente *ad libitum* ⁽⁴²⁾. Peraltro, l'applicazione di un termine "fisso", che non accorda specificità di tutela al patrimonio storico e artistico, è stata ritenuta non conforme agli artt. 3, comma 1, 9, commi 1 e 2, 97, comma 2 e 117, con riferimento agli artt. 1, lett. b) e d), e 5, lett. a) e c) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005 e ratificata dall'Italia con legge 1 ottobre 2020, n. 133 dalla Sezione VI del Consiglio di Stato, che ne ha recentemente rimesso il vaglio alla Corte costituzionale ⁽⁴³⁾. La manifesta irragionevolezza della previsione è fatta discendere anche dal confronto con altri segmenti della disciplina generale del procedimento amministrativo, e in particolare sia dalla inapplicabilità del silenzio assenso (art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990) e della s.c.i.a. (art. 19, comma 1), sia dalla diversa entità del lasso di tempo dato all'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo per esprimersi (artt. 14-*bis* e 14-*ter*), sia infine dalla previsione di specifici

⁴² Il termine è stato ridotto da diciotto a dodici mesi dal d.l. n. 77/2021, convertito dalla l. n. 108/2021. L'art. 264, comma 1, lettera b), del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, per i provvedimenti adottati in regime di emergenza COVID ha stabilito un termine ridotto a tre mesi, salvo i casi di mendacio, attecchito come meglio precisato nel testo.

⁴³ V. la sentenza non definitiva del 16 ottobre 2024, n. 8296.

rimedi avverso la determinazione conclusiva della conferenza dei servizi in favore delle stesse ove dissenzienti (art. 14-*quinquies*).

Fa eccezione al limite temporale generale la c.d. “autotutela doverosa”. L’espressione contiene in sé un ossimoro, in quanto l’intrinseca discrezionalità nell’esercizio dell’autotutela pare porsi in insanabile contrasto con l’affermata obbligatorietà della stessa. In realtà, occorre in primo luogo distinguere i casi in cui l’obbligatorietà afferisce solo all’*an*, da quelli in cui incide anche sul *quomodo*. L’autotutela doverosa vera e propria sussiste invece nei soli casi tassativamente individuati come tali dal legislatore e via via scomparsi dall’ordinamento. La loro compatibilità astratta col sistema è già stata affermata dal giudice delle leggi. Chiamata infatti a pronunciarsi sulla legittimità dell’art. 6, comma 17, l. 15 maggio 1997, n. 127, recante l’obbligo per gli enti locali di autoannullare i propri provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi la Corte costituzionale ebbe modo di affermare che *«in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale. Lo strumento dell’autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell’azione amministrativa, espressi dall’art. 97 Cost.»* ⁽⁴⁴⁾. Al riguardo, può citarsi quale esempio l’art. 94, comma 2, del codice antimafia, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che impone, ove successivamente alla stipula del contratto siano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa, oppure emergano cause correlate di decadenza, di sospensione o di divieto, alle stazioni appaltanti di revocare le autorizzazioni e le concessioni o di recedere dai contratti. Per contro, la previsione, in passato di ampia incidenza casistica, di cui all’art. 1, comma 136, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, che faceva obbligo alla P.A. di

⁴⁴ Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75. La disposizione censurata peraltro contiene una sorta di rivalutazione generalizzata, a condizioni date, di situazioni pregresse, e consegue ad una precedente disposizione che, in senso diametralmente opposto, aveva operato una sorta di generalizzata sanatoria.

annullare i provvedimenti illegittimi comportanti oneri finanziari, fatta eccezione per quelli incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali efficaci da più di tre anni, è stata abrogata dall'art. 6, comma 2, della l. 7 agosto 2015, n. 124.

Con riferimento ai casi di autotutela doverosa solo nell'*an*, la dottrina più accorta teorizza la sussistenza di una categoria denominata "autotutela doverosa parziale", che per lo più si risolve in una deroga al termine per procedere all'annullamento d'ufficio. In alcuni casi è lo stesso legislatore che individua un termine diverso: tipico esempio la previsione di cui all'art. 39 del T.u.e., che consente di annullare le deliberazioni e i provvedimenti autorizzatori comunali in contrasto con il regime urbanistico entro dieci anni dalla loro adozione, purché entro diciotto mesi dall'accertamento della violazione. In altri esso è rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione procedente.

Un esempio atipico di autotutela doverosa parziale è già stato ravvisato nei controlli tardivi sugli effetti della s.c.i.a. su richiesta del controinteressato, giusta la formulazione della norma che impone, non facoltizza, la valutazione del riesame, ma non consente comunque di superare le condizioni di cui all'art. 21-*novies* della legge n. 241 del 1990, e quindi in primo luogo impone di attenersi agli attuali dodici mesi dalla presentazione della segnalazione ⁽⁴⁵⁾.

La giurisprudenza ha poi individuato casi nei quali l'autotutela è necessaria in quanto considerata strumento di garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento contro la consolidazione degli effetti d'un atto illegittimo ed ingiusto, seppure non tempestivamente revocato o annullato. Fondamento normativo di tali casi è stato ravvisato nell'art. 21-*novies*, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990 che consente di intervenire anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi in caso di «*provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di*

45 Sul punto, v. Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2023, n. 2371; sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208.

false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato». In proposito, occorre innanzi tutto rammentare che la giurisprudenza ha da tempo distinto all'interno della norma tra le due ipotesi, delle quali l'una, riferita alle «*false rappresentazioni dei fatti*», verificabile direttamente dall'amministrazione procedente; l'altra, delle «*dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci*», presupponente invece l'accertamento con sentenza passata in giudicato ⁽⁴⁶⁾. Si è pertanto ritenuto che il superamento del rigido limite temporale di 12 mesi per l'esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21-*nonies* deve ritenersi ammissibile a prescindere da qualsivoglia accertamento penale di natura processuale, solo nei casi in cui il soggetto richiedente abbia rappresentato uno stato preesistente diverso da quello reale, atteso che, in questi casi, viene in rilievo una fattispecie non corrispondente alla realtà ⁽⁴⁷⁾. La ricostruzione è avallata dall'uso della disgiuntiva “o” all'interno della norma che rende alternative le ipotesi che consentono all'amministrazione di esercitare il potere di annullamento d'ufficio oltre il termine di dodici (o diciotto, a seconda del regime *ratione temporis* applicabile, giusta la portata recente della modifica). In questo solco si è, altresì, precisato che nel caso in cui l' (acclarata) erroneità dei presupposti risulti non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ma esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte, si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco ⁽⁴⁸⁾.

⁴⁶ Per un riepilogo di tali ricostruzioni, v. ancora Cons. Stato, sez. VI, n. 8296/2024, cit. *sub* nota 38, nonché *id.*, 27 febbraio 2024, n. 1926; sez. IV, 18 marzo 2021 n. 2329.

⁴⁷ Per rimanere nell'ambito dell'edilizia, ciò accade tipicamente quando nelle rappresentazioni grafiche o progettuali a corredo di un'istanza non venga raffigurato correttamente lo stato dei luoghi o si dichiari come insussistente un vincolo che, al contrario, sussiste.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2021, n. 4745.

L'uso lessicale del verbo servile "potere" («*possono essere annullati*»), anziché dell'indicativo presente del verbo essere ("sono annullati"), pare inequivoco nel rendere l'annullamento d'ufficio comunque discrezionale, ovvero sottoposto a quelle valutazioni in termini di comparazione degli interessi in gioco che il sistema impone in linea generale. Ciò in linea teorica anche in caso di sentenza penale irrevocabile, a maggior ragione ove si consideri che presumibilmente il giudicato di condanna interverrà dopo un lasso di tempo assai consistente dall'adozione dell'atto ampliativo, sicché l'Amministrazione non potrà esimersi dal valutare l'incidenza del fattore temporale sulla decisione relativa all'annullamento d'ufficio, tornando ad espandersi anche, si ritiene, l'operatività della ragionevolezza del termine, avuto riguardo alla specificità del caso. La valutazione della possibilità/necessità di provvedere in autotutela secondo i canoni indicati dal legislatore e chiariti dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.p., 17 ottobre 2017, n. 8), consente peraltro di differenziare le situazioni nelle quali la responsabilità delle violazioni tardivamente accertate sia comunque da ascrivere al richiedente/segnalante (come tipicamente nelle ipotesi di dichiarazioni false o menzognere non rispondenti all'effettività dello stato dei luoghi) da quelle in cui il profilo di illiceità consegua a un non semplice percorso ermeneutico, a maggior ragione ove chiarito definitivamente all'esito di un giudizio (come nel caso in cui si tratti di interpretare il regime urbanistico riveniente dall'intreccio tra norme tecniche attuative e strumenti urbanistici, generali e particolareggiati). Non è casuale, infatti, che la materia urbanistico-edilizia sia da sempre quella nella quale si riscontrano le maggiori difficoltà applicative degli istituti di semplificazione o liberalizzazione voluti dal legislatore. Essa si caratterizza per essere la risultante di un sistema normativo tipicamente multilivello sul piano delle competenze, nonché caratterizzato da un'incessante stratificazione, e per giunta intersecante numerosi interessi cosiddetti sensibili comunque incidenti sul territorio (*in primis* quelli relativi alla salvaguardia del

patrimonio culturale e dell'ambiente, nella rinnovata accezione riveniente dalla recente riforma costituzionale).

La scelta del legislatore di derogare al limite temporale di esercizio dell'autotutela, tuttavia, non può essere privo di effetti sul piano della doverosità dell'attivazione delle necessarie verifiche. La gravità del presupposto, cioè - ovvero la sopravvenienza di giudicato penale di falso – ne impone la valutazione avuto riguardo alle conseguenze della (eventuale) conservazione del titolo, in luogo della sua rimozione. È evidente peraltro come la scelta di caducare l'atto sarà quella più semplice anche dal punto di vista formale, stante che, come precisato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'erronea prospettazione, da parte del privato, delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare mai una sua posizione di affidamento. L'onere motivazionale gravante sull'amministrazione in tali casi potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte ⁽⁴⁹⁾. Non si porranno dunque esigenze di tutela dell'affidamento del dichiarante il falso o del diretto (e consapevole) beneficiario dello stesso. *«L'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell' art. 21-nonies l. n. 241 del 1990 , di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione procedente»* ⁽⁵⁰⁾.

Vero è che la formulazione del comma 2-bis dell'art. 21-nonies è sempre stata oggetto di critiche e rilievi, giusta le difficoltà di coordinamento con altre disposizioni della stessa legge n. 241 del 1990 o di altri testi normativi. L'interpretazione nel senso della obbligatorietà dell'annullamento, infatti, è stata per lo più ricondotta alla clausola di

⁴⁹ Cons. Stato, A.P. 17 ottobre 2017, n. 8.

⁵⁰ Così T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, richiamata da Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2023, n. 6615.

salvaguardia della sanzioni previste dal Capo VI del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con cui la disposizione si chiude ⁽⁵¹⁾. Nell'ambito di tali "sanzioni", infatti, è ricompreso anche l'art. 75, che prevede sempre, ove emerga «*la non veridicità dei contenuti della dichiarazione*» la decadenza dai benefici conseguiti per il tramite della stessa. A tale norma è stata infatti riconosciuta la natura di «*regola generalissima per sanzionare l'ottenimento d'un beneficio (di qualunque natura, foss'anche solo ampliativo del jus aedificandi) solo grazie ad una non veritiera rappresentazione dei presupposti di fatto su cui esso si basa ed altrimenti non dovuto*» ⁽⁵²⁾. Ne sono conseguite letture ancor più rigorose a discapito del privato, che da un lato hanno esteso il concetto di «*rappresentazione di fatti*», riconducendovi anche le omissioni dichiarative; dall'altro hanno consentito l'annullamento a prescindere dalla previa cristallizzazione del falso in un giudicato penale, laddove viceversa lo stesso sarebbe stato necessario. Chi scrive non condivide tale lettura, che non tiene conto delle differenze contenutistiche comunque ravvisabili nel coacervo delle norme – oggettivamente mal coordinate tra di loro – nelle quali il legislatore si è occupato dell'impatto delle dichiarazioni menzognere o comunque non veritiere sul procedimento amministrativo. Laddove, infatti, il rinvio all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 rendesse sempre e comunque applicabile l'annullamento d'ufficio, prescindendo da qualsivoglia valutazione aggiuntiva e dal tempo trascorso, lo stesso si risolverebbe in una sostanziale *interpretatio abrogans* del comma 2-bis dell'art. 21-novies, derubricandolo a mero richiamo a un meccanismo sanzionatorio rinvenibile *aliunde*, del tutto incompatibile con il ricordato utilizzo del verbo "potere" quale ribadita affermazione del permanere di un seppur minimo margine di discrezionalità amministrativa. Al contrario, la clausola di salvaguardia «*fatta salva l'applicazione [...] delle sanzioni previste dal Capo VI del testo unico [...]*» evoca

⁵¹ Per un'approfondita disamina dell'autotutela di cui all'art. 2-*nonies*, comma 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, v. Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415.

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920.

caso mai un cumulo di sanzioni/conseguenze della declaratoria falsa, non la radicale sovrapposizione delle due ipotesi, con assorbimento dell'una nell'altra. D'altro canto, la già ricordata mancanza di chiarezza espositiva e di coordinamento fra disposizioni comunque riferite alle false dichiarazioni ha inevitabilmente generato dubbi e lacune, cui la giurisprudenza si è vista costretta a porre rimedio. Si pensi a quanto rilevato nell'immediatezza della novella del 2015 con riferimento alla formulazione, persistente all'attualità, dell'art. 21 della l. n. 241 del 1990, che vieta la conformazione dell'attività oggetto di s.c.i.a. ovvero sottoposta al regime del silenzio assenso, nonché la sanatoria (termine rimasto nel testo in forza di un sicuro refuso, non essendo prevista alcuna "sanatoria" negli artt. 19 e 20) «*in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni*», la cui valutazione è rimessa, in questo caso per comprensibili esigenze di celerità del procedimento, all'Amministrazione in via autonoma. La norma ipotizza in tali casi la sussistenza di un'autonoma fattispecie di reato, punita con rinvio *quoad poenam* all'art. 483 c.p. Non a caso il mantenimento di tale disposizione era stato segnalato come probabile refuso dal Consiglio di Stato in sede consultiva (in sede di parere sui testi poi divenuti i decreti legislativi 30 giugno 2016, n. 126, c.d. "SCIA 1" e 25 novembre 2016, n. 222, c.d. decreto "Regimi amministrativi" o "SCIA 2"): ma il legislatore delegato non ha inteso accogliere il suggerimento soppressivo espresso, così mantenendo un ulteriore elemento di complicazione del già confuso quadro delle conseguenze delle dichiarazioni mendaci *lato sensu* intese. A stretto rigore, infine, va ricordato che l'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 fa riferimento alla decadenza da «*benefici*», dicitura che può sicuramente essere sovrapposta a quella di «*provvedimenti di attribuzione di benefici economici*» cui fa espresso richiamo l'art. 21-novies, comma 1, della l. n. 241 del 1990 e che in via pretoria è stato riferito anche alla contrapposta indicazione delle "autorizzazioni", pure evocata dalla norma. Tale ampliamento ha avuto il conforto anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che con riferimento alla natura della decadenza di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, ha

fatto riferimento ad una vicenda pubblicistica estintiva, *ex tunc*, di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio), *lato sensu* intesa ⁽⁵³⁾. Vero è che la sovrapponibilità della decadenza di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 all'annullamento d'ufficio è tutt'affatto che scontata, non foss'altro che per la portata limitata giusta la sua portata limitata del vizio rilevante, individuato nella non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante. Essa, infatti, costituisce una vera e propria sanzione, che come tale è richiamata dall'art. 21-*novies*, comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990, con quanto ne consegue, in assenza di un'esplicita previsione normativa al riguardo, sul piano della rilevanza dell'elemento soggettivo, all'interno della valutazione autonoma datane dall'amministrazione precedente. *«Ad ogni buon conto, vuoi che si tratti di una sanzione, vuoi che sia più corretto parlare di meccanismo pubblicistico conseguente alle dichiarazioni false, non ne pare plausibile l'identificazione nell'annullamento d'ufficio, col quale piuttosto coesiste, salvo dar luogo ad un unico atto, coincidente contenutisticamente»* ⁽⁵⁴⁾. Fra l'altro, la ricostruzione fornita trova conforto anche nelle modifiche all'art.75 del d.P.R. n. 445/2000 apportate dall'art. 264, comma 2, lett. a), del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77. Esse si collocano in un più generalizzato contesto di valorizzazione dell'utilizzo delle dichiarazioni dei privati, al fine di agevolarne l'accesso a benefici economici, in un momento di particolare crisi economica quale quello connesso alla pandemia. A fronte, quindi, dell'incremento delle possibilità di utilizzo delle due forme tipiche di dichiarazioni sostitutive (quella in luogo di certificazione e quella di atto notorio) il legislatore ha inteso rafforzare il sistema dei controlli e inasprire le sanzioni, in una logica di centralità del principio di autoresponsabilità, che implica anche assunzione delle conseguenze della erroneità delle proprie affermazioni. Nell'inserire nell'art. 75 del comma 1-*bis*, nonché al successivo divieto di percepirne per un certo lasso di tempo, stante che con riferimento

⁵³ Cons. Stato, A.P., 11 settembre 2020, n. 18.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. II, n. 9415/2023, cit. *sub* nota 51.

al termine «*benefici*», distinto dalla successiva esemplificazione nominativa di «*contributi, finanziamenti e agevolazioni*», se ne richiama la già avvenuta “erogazione”, che non si attaglia certo al rilascio di un titolo autorizzatorio. E tuttavia si rafforza l’idea della finalità di “punizione della violazione del rapporto fiduciario che l’Amministrazione ha inteso instaurare per velocizzare i procedimenti e semplificarne la definizione, attenuando gli oneri gravanti sul privato. La norma, cioè, si inserisce in un contesto in cui alla dichiarazione sullo *status* o sul possesso di determinati requisiti è attribuita funzione probatoria, da cui il dovere del dichiarante di affermare il vero. Ne consegue che la dichiarazione “non veritiera” da un lato gli preclude il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione, dall’altro ne comporta la decadenza, appunto, dall’*utilitas* conseguita per effetto del mendacio, restituendo anche quanto indebitamente già percepito sub specie di revoca, ove si tratti di benefici economici, a prescindere dall’elemento soggettivo che ha connotato la condotta, ovvero il dolo o la colpa del dichiarante. Quanto detto consente infine di evidenziare come l’art. 21-*novies* e l’art. 75 si sovrappongono solo in parte con riferimento all’oggetto della dichiarazione. Il primo, infatti, distingue chiaramente le «*false rappresentazioni*», dizione ad ampia valenza contenutistica nella quale sicuramente rientra la descrizione dello stato dei luoghi ove si va ad inserire un intervento edilizio, dalle «*dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci*», ovvero quella specifica e tipica tipologia di dichiarazioni disciplinate dagli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000, in relazione alle quali l’art. 75 irroga la decadenza quale conseguenza del mendacio. A tutto concedere, quindi, alla lettura rigorista che vuole far prevalere sempre e comunque la decadenza sull’annullamento d’ufficio, ciò deve essere limitato ai casi in cui il mendacio sia contenuto in una dichiarazione sostitutiva di certificazione (i cui oggetti sono analiticamente elencati all’art. 46 del d.P.R. n. 445/2000) ovvero di “atto notorio”, vale a dire quello stato di fatto la cui conoscenza è di comune dominio (“notoria”, appunto) che il privato è autorizzato a formalizzare in un documento a sua

firma. Nei casi, invece, di «*rappresentazioni di fatto*» non veritiere non rientranti in tali tipologie, ovvero rese da soggetti cui l'ordinamento attribuisce una specifica qualifica soggettiva, l'art. 75 non rileva, vuoi che lo si ritenga un rimedio (sanzionatorio o meno) aggiuntivo all'autotutela, vuoi che, per quanto sopra detto, lo si assorba nella stessa, piuttosto che identificarla con essa.

Anche per tale strada, tuttavia, la sostanziale ritenuta operatività, ancorché limitata a specifici casi, del solo art. 75 finisce per vanificare la decantata svolta garantista che il legislatore ha inteso imprimere con la novella del 2015, sottraendo alla valutazione della singola amministrazione la valenza inficiante della declaratoria falsa e pretendendone l'accertamento definitivo da parte di un giudice penale. Da qui, si ritiene, la corretta accezione da attribuire alla doverosità dell'autotutela anche sotto questo profilo: a fronte dell'istanza di un privato che evochi gli effetti di un giudicato penale di falso, l'Amministrazione è obbligata a valutarla. All'esito di ridetta valutazione, la scelta sarà assai più semplice nel senso della caducazione dell'atto piuttosto che del suo mantenimento, stante che, come precisato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, l'erronea prospettazione, da parte del privato, delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare una sua posizione di affidamento, con la conseguenza che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

8. L'inesauribilità del potere di vigilanza come potenziale *vulnus* alla certezza del diritto.

Il legislatore non ha mai abbandonato il riferimento all'autotutela esecutiva, pur quando ha ipotizzato l'autotutela decisoria, così contribuendo ad accrescere le incertezze interpretative dei limiti temporali preposti a quest'ultima, ma non alla prima. In tal senso opera ad esempio la formula di chiusura della previsione di cui all'art. 19, comma 6-*bis*, della l. n. 241 del 1990, laddove tiene «*ferme le disposizioni relative alla*

vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n.380, e dalle leggi regionali». Nello stesso senso dispone il comma 2-bis dell'art. 21, recante le «Disposizioni sanzionatorie», evocando in generale «le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio alle attività ai sensi degli articoli 19 20». La Corte costituzionale a sua volta, nella più volte ricordata sentenza n. 45 del 13 marzo 2019, dopo aver ammesso l'esistenza di profili di lacuna legislativa che rendono non piena la tutela del controinteressato, ha tuttavia ricordato come essa vada pur sempre collocata «in una prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell'insieme degli strumenti apprestati[...]», tra i quali menziona «i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi all'art. 21, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli articoli 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 38, recante “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)”, espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6-bis» (§10.1.).

Va tuttavia precisato che tale richiamo non può che essere inteso nel senso di imporre l'intervento repressivo ogniqualvolta risulti chiaro lo “sconfinamento” rispetto all'ambito definitorio del titolo utilizzato, sicché l'opera/attività non può che essere considerata *sine titulo* (si pensi, in ambito urbanistico-edilizio, alle difficoltà di inquadramento degli interventi non destinati a soddisfare esigenze temporanee e contingenti, realizzati presentando una semplice comunicazione inizio lavori – c.i.l.- ex art. 6, comma 1, lett.e.bis), ovvero all'utilizzo di una comunicazione inizio lavori asseverata –c.i.l.a. – ex art. 6-bis del d.P.R. n. 380 del 2001 per interventi che risultino riconducibili alla nozione di nuove costruzioni ovvero che vadano assoggettati a s.c.i.a.).

Viceversa, in tutti gli altri casi, decorso il tempo per la formazione del silenzio assenso o per l'effettuazione dei controlli sulla s.c.i.a. in via per così dire "fisiologica", è possibile solo l'autotutela, comunque necessaria anche laddove una falsa rappresentazione dei fatti o un giudicato di falso legittimi la tardività del rimedio. Solo una volta venuto meno l'atto originario, anche formatosi *per silentium*, l'attività ad esso sottesa acquisirà, con efficacia *ex tunc*, i connotati dell'abusività e come tale potrà essere sanzionata. In tale logica, l'inesauribile potere/dovere di vigilanza sul territorio attribuito ai Comuni dall'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, tipica norma speciale operante in virtù di esplicito richiamo dell'art. 19-*bis* della legge n. 241 del 1990, ma espressivo pure delle attribuzioni di cui all'art. 21, comma 2-*bis*, impone di verificare in ogni momento la correttezza dei titoli rilasciati o equivalenti, ma ne consente la caducazione solo sussistendone i richiamati presupposti, e solo a far data da tale caducazione consente altresì l'azione di ripristino dello stato dei luoghi. Resta fermo che il consolidarsi della situazione illegittima - *recte*, accertata come tale *ex post*, d'ufficio o su impulso di parte, in via giudiziale o stragiudiziale - non fa infatti venire meno «*le responsabilità connesse all'adozione [recte, in caso di s.c.i.a., alla mancata effettuazione dei controlli nel termine ordinario di 30 o 60 giorni] e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*» (art. 21-*nonies*, comma 1, ultimo periodo). Ed è di tutta evidenza che laddove l'illegittimità trasmodi nell'abusivismo la motivazione della scelta del mantenimento dell'opera dovrà necessariamente essere più incisiva, giusta la possibilità, non a caso evocata anche dalla Corte costituzionale nella ricostruzione del quadro sistematico delle tutele del terzo, che quest'ultimo agisca per il risarcimento del danno derivatogli dall'inerzia colpevole dell'amministrazione, nei controlli tempestivi, indi nell'annullamento d'ufficio, ove possibile. L'unico modo, dunque, per cercare di raggiungere quel delicato punto di equilibrio fra esigenze di stabilità delle situazioni giuridiche e salvaguardia delle regole che sovrintendono ad un ordinato sviluppo dell'assetto del territorio va individuato nella scelta motivata e responsabile, piuttosto che nell'automatismo della sanzione, che finirebbe per vanificare la volontà di liberalizzazione di certe tipologie di uso del suolo che il

legislatore ha inteso esprimere con insistita coerenza, in una continua ricerca di uno strumentario giuridico aggiuntivo che ponga argine alle preoccupate (e preoccupanti) resistenze delle amministrazioni pubbliche. Si è pienamente consapevoli della difficoltà di distinguere tra inesauribile potere di vigilanza e esaurito potere di controllo, che impone una vera e propria opera di cesello interpretativo per distinguere ciò che era noto e rilevabile *ab origine*, e solo per insufficienze istruttorie non lo è stato, da ciò che non può comunque essere “sanato” dalla inadeguatezza della richiesta originaria, ovvero dalla assoluta eterogeneità rispetto allo schema normativo della fattispecie rilevata in concreto.

9. Il monitoraggio dei tempi dei procedimenti.

Il quadro delle modifiche della disciplina sulla tempistica del procedimento si completa con una disposizione di tipo organizzativo, in verità scarsamente coordinata con altre, anche risalenti nel tempo, egualmente volte ad enfatizzare il monitoraggio dell’andamento dei procedimenti in ciascuna amministrazione, quale strumento di efficientamento e controllo del rispetto delle regole sopra indicate. Con il d.l. n. 76 del 2020, infatti, è stato introdotto nell’art. 2 anche il comma 4-*bis*, che contiene l’obbligo per le pubbliche amministrazioni di misurare e rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Come detto, l’attenzione alla tempistica di conclusione dei procedimenti non costituisce in realtà una novità per il legislatore. Già con l’art. 1, comma 9, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si prevedeva infatti l’individuazione di modalità di monitoraggio del rispetto dei termini procedurali previsti dalla legge e dai regolamenti, eliminando tempestivamente le anomalie riscontrate e rendendo pubblici i risultati sul sito web istituzionale (art.1, comma 28). Tale metodica deve essere riportata nel piano di prevenzione della corruzione, il che ne sottintende la ritenuta valenza cautelativa avverso fenomeni di *mala gestio*. Analogamente, quindi, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, con disposizione successivamente abrogata dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97,

insisteva su tale obbligo di pubblicazione. Il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, cosiddetto “semplifica Italia”, a sua volta, ha previsto un vero e proprio programma per la misurazione della riduzione dei tempi dei procedimenti amministrativi e degli oneri regolatori gravanti su imprese e cittadini inclusi gli oneri amministrativi, poi adottato con d.P.C.M. del 28 maggio 2014, da integrare con l’agenda per la semplificazione condivisa tra Stato, regioni e autonomie, cui era assegnato il compito di individuare sulla base degli esiti delle attività di misurazione sia i più rilevanti interventi di riduzione degli oneri e dei tempi da adottare, che le misure per assicurare effettività agli interventi già adottati. L’elemento di novità del novellato art. 2 della l. n. 241 del 1990 è una sorta di passaggio dall’astratto al concreto: la comparazione con i termini previsti dal legislatore serve per valutare la forbice di scostamento, evidentemente in termini riduttivi, quanto meno in relazione ai procedimenti amministrativi considerati “di maggiore impatto” (se pure non sia affatto chiaro con quali criteri questi ultimi vengano classificati tali). Ad ogni buon conto, la norma, secondo una modalità che troppo spesso connota la tecnica di stesura legislativa, non è “autoapplicativa”, in quanto rinvia ad un decreto attuativo, da adottare su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e previa intesa in conferenza unificata, la definizione delle modalità e dei criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti. Sicché all’attualità non può che trarsene un monito ad enfatizzare l’importanza del rispetto della tempistica procedurale quali epifenomeno del buon andamento della pubblica amministrazione, recuperando la relativa finalità sulla base delle norme pregresse citate. Essa è peraltro accentuata dal fatto che il decreto-legge n. 76 del 2020 ha modificato anche l’art.29 comma 2-*bis*, della l. n.241, concernente il suo ambito di applicazione. La norma già ascriveva ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, le disposizioni concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell’interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l’accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelli relativi alla durata massima dei

procedimenti (comma 2). Con il decreto legislativo n. 126 del 30 giugno 2016 ai livelli essenziali delle prestazioni sono state ricondotte anche le disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio attività -ora s.c.i.a.- e il silenzio assenso nonché la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di conferenza unificata, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano (comma 2-ter). Con la novella del 2020 infine anche le disposizioni relative all'obbligo per le amministrazioni di misurare i tempi effettivi di conclusione dei propri procedimenti vengono inserite tra i livelli essenziali delle prestazioni. A ciò consegue che nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza le regioni e gli enti locali non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni in esame, ma solo prevedere livelli ulteriori di tutela (comma 2-quater). Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano hanno l'obbligo a loro volta di adeguare la propria legislazione alle disposizioni in questione, secondo i rispettivi statuti e relative norme di attuazione.

10. Le responsabilità.

Si è via via ricordato come singole disposizioni della legge n. 241 del 1990, nel declinare gli istituti di riferimento, continuino a fare salve le responsabilità degli autori del ritardo, vuoi in ragione dell'avvenuta necessità di intervenire *ex post* sull'atto o sull'attività, vuoi per il fatto che ciò non è più possibile per mancanza dei presupposti dell'autotutela (art. 2, comma 9; 2-bis, comma 1, 21, comma 2-ter e 21-nonies, comma 1, ultimo periodo). La prima di tali norme richiama la responsabilità dirigenziale, disciplinare e amministrativo-contabile; la seconda, quella civile derivante dalla configurabilità di un danno ingiusto quale conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; le altre due evocano un più generico e onnicomprensivo concetto di "responsabilità". In particolare, la previsione contenuta nell'art. 21, comma 2-ter, comma aggiunto dal d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126, ravvisa la fattispecie illecita nella mancata tempestività dell'istruttoria «[...] *nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti*». Così confermando quanto ampiamente esposto nei paragrafi precedenti,

ovvero che gli effetti di una s.c.i.a. possono consolidarsi e il silenzio assenso può formarsi anche in assenza dei presupposti si legge, e in tali casi, ferma restando la responsabilità «*del dipendente che non abbia agito tempestivamente*», l'unico rimedio di cui l'Amministrazione dispone è l'annullamento d'ufficio, sussistendone i presupposti ⁽⁵⁵⁾.

L' art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n.69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n.98, ha previsto un indennizzo per la ritardata conclusione del procedimento inserendo nell'articolo 2-*bis* il comma 1-*bis*, che lo prevede alle condizioni stabilite dalla legge. Sulla base di tale norma, con direttiva del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 9 gennaio 2014 sono state dettate apposite linee guida. La direttiva ha in primo luogo sottolineato la diversa natura dell'indennizzo da ritardo rispetto alla fattispecie del risarcimento del danno da ritardo in quanto sganciato da ogni profilo di colpevolezza dell'amministrazione e dunque riconoscibile anche nel caso in cui il ritardo sia scusabile o addirittura dovuto a forza maggiore. Esso, cioè, viene inquadrato come una forma di ristoro, prevista equitativamente dal legislatore, in caso di disagio patito per la violazione dei termini di conclusione del procedimento. La sua erogazione tuttavia può costituire un tipico caso di danno erariale riconducibile ad inerzia. Le controversie relative all'applicazione dell'art. 2-*bis* sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo come previsto originariamente dal comma 2 della norma, oggi dall'art. 133, comma 1, lett. a), c.p.a., ove la relativa previsione è stata "inglobata".

A valle della declinazione della responsabilità dirigenziale («*elemento di valutazione della performance individuale*»), disciplinare e erariale, i commi 9-*bis*, 9-*ter* (sostituiti dal d.l. n. 77 del 2021) e 9-*quater*, del medesimo art. 2, dopo aver descritto il meccanismo di individuazione del soggetto istituzionalmente deputato a sostituirsi a quello competente, rimasto inerte - che a seguito della ricordata novella è individuabile

55 D'altro canto e in senso speculare, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990 mantiene ferme le responsabilità connesse sia all'adozione che al mancato annullamento del provvedimento illegittimo, inclusi i casi in cui esso si è formato ai sensi dell'art. 20, come meglio chiarito nel testo.

anche nell'unità organizzativa, anziché nel singolo dipendente - impone loro di comunicare annualmente, entro il 30 gennaio, i procedimenti, divisi per tipologia e struttura coinvolta, per i quali non è stato rispettato il termine previsto. Il quadro descritto si completa con la nuova disciplina della responsabilità erariale introdotta con l'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020. La norma contiene una modifica per così dire strutturale, che va ad incidere a regime sulla l. n. 20 del 1994, declinando il dolo richiesto quale uno dei possibili modi di atteggiarsi della colpevolezza nell'illecito erariale in chiave penalistica, e non civilistica (ovvero come coscienza e volontà anche dell'evento dannoso), sì da superare approcci, in verità minoritari, orientati in senso opposto; ed altra di portata eccezionale e temporalmente limitata, astrattamente correlata alla situazione emergenziale per la pandemia in corso, riferita alle fattispecie commesse nel lasso di tempo dal 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del decreto) al 31 dicembre 2024 (giusta la proroga da ultimo operata dal d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18). Sulla base di tale norma transitoria opera una limitazione di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica alla sola forma di colpevolezza costituita dal dolo, con esclusione quindi della colpa grave. Tale limitazione tuttavia si applica ai soli danni cagionati con una condotta attiva, mentre non si estende a quelli riconducibili all'inerzia del soggetto agente, che continuano ad essere perseguibili anche a titolo di colpa (grave). La volontà del legislatore è chiaramente di far sì che i pubblici dipendenti siano incentivati ad agire piuttosto che a rimanere inerti anche dal timore di incorrere in maggiore responsabilità. Si ritiene che ciò abbia trovato ulteriore conferma nella definizione di "colpa grave" contenuta nell'art. 2 («*Principio della fiducia*») del Codice dei contratti pubblici - d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36- che egualmente intende valorizzare lo spirito di iniziativa dei funzionari pubblici, creando loro una "rete di protezione" rispetto al rischio giuridico patrimoniale che ne accompagna l'operato ⁽⁵⁶⁾. In realtà la disposizione, che codifica il diritto

⁵⁶ Con riferimento agli atti delle procedure di gara il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, all'art. 2, comma 3 ha fornito una definizione di colpa grave, ovvero «la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto». Di "rete di protezione" parla espressamente la relazione illustrativa al Codice. Sul punto, v. Napolitano, Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali, in Giorn. Dir. Amm.,

vivente formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, ha inteso piuttosto cercare di definire il perimetro dell'elemento psicologico rilevante per la responsabilità erariale, che, come noto, non si estende alla colpa lieve, precisando peraltro che non sussiste mai colpa grave nel caso *«la violazione o l'omissione [sia stata] determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti»*.

11. Conclusioni.

L'analisi, pur sommaria, degli istituti del silenzio assenso e della scia, nonché, più in generale, della tempistica di adozione dei provvedimenti, per come innovati dai più recenti interventi normativi, evidenzia la continua ricerca, da parte del legislatore, di rimedi non tanto alla configurazione astratta degli stessi, quanto più propriamente all'attuazione che ne danno le Amministrazioni pubbliche. La paura delle responsabilità, tradizionalmente indicata quale fattore frenante l'esercizio delle funzioni pubbliche, in particolare laddove impattino con attività dei privati tutt'affatto aliene da risvolti economici, ha da sempre ostacolato l'individuazione di scelte di governo del territorio, intese nel senso etimologico del termine, innovative, ovvero celeri e contrassegnate dalla riduzione al minimo dei contatti con i cittadini, posti in grado da subito di conoscere le modalità di accesso ai servizi ovvero di esercizio delle proprie prerogative. Ed è la necessità di superare tale fattore che costituisce l'autentico *fil rouge* delle riforme degli ultimi mesi, il cui maggiore elemento di novità finisce per essere proprio l'accentuazione delle responsabilità che conseguono all'inerzia ovvero al ritardo: ferma restando, infatti, l'ormai consolidata natura di provvedimento del silenzio assenso e di non provvedimento della scia, e rimaste inalterate le scansioni procedurali sottese all'uno e all'altra, la dichiarata inefficacia "spezza" il meccanismo, senza alterarlo, di fatto imponendo un maggiore onere motivazionale laddove si intenda annullare l'atto ovvero far cessare l'attività. La "certificazione" dell'avvenuto decorso del termine diviene dunque la cartina di tornasole di ridetta inefficacia, sicché la sua ostensione imporrà all'organo di controllo

di verificare non solo la mancanza del titolo, bensì piuttosto quella dei presupposti per il suo conseguimento, intervenendo *in vigilando*, ove consentito *sine die* dalla legislazione di settore, ovvero in autotutela, nei rimanenti casi, e dunque nel limite temporale dei 12 mesi e ferma restando la sottesa, doverosa comparazione tra interessi in gioco, avuto riguardo alla situazione del privato che nel frattempo si è consolidata. La responsabilità civile, disciplinare e amministrativo-contabile che può conseguirne resta immanente ad un sistema immutato nei suoi assetti definitivi, ancorché intriso di un'attenzione sempre crescente, chiaro indice del fallimento nella pratica dei pregressi tentativi di attribuire alla semplificazione l'effettiva portata di strumento regolatorio volto ad eliminare oneri, non certo a stimolare incertezze. La doverosità dell'azione amministrativa e dei suoi tempi rappresenta dunque una peculiare declinazione del principio di legalità, intesa non più solo come limite negativo all'esercizio del potere, ma anche e soprattutto come affermazione in positivo dell'obbligo che ciò avvenga e che avvenga in un tempo utile (o, se si vuole, ragionevole). Così interpretata, essa si raccorda intimamente al principio di buon andamento o, per usare la più moderna terminologia del diritto europeo, del dovere di buona amministrazione. Ed è in tale contesto che si colloca anche il potere conformativo del giudice amministrativo, in sede di cognizione e, ancor più, in sede di ottemperanza, nella direzione della effettività delle tutele a presidio, appunto, delle legalità e quindi del buon andamento e della efficienza dell'agire pubblico. Una lettura armonica dei principi sottesi alle scelte di semplificazione e liberalizzazione via via rafforzate e ribadite dal legislatore, che si pone a monte dell'esegesi puntuale delle singole norme, pur traendo ragione dal complesso delle stesse, rappresenta la prima cartina di tornasole dell'efficacia di qualsiasi riforma intervenuta al riguardo ⁽⁵⁷⁾.

Antonella Manzione
Consigliere di Stato

⁵⁷ In tal senso, v. Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072.

