

L'INEFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO TARDIVO DI CUI AL NUOVO ART. 2, CO. 8-BIS DELLA L.N. 241/1990 E GLI EFFETTI SULLA DISCIPLINA DEL SILENZIO ASSENSO: PRIMI PASSI NELL'OTTICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO

Marco Calabrò¹

Abstract (it) Nel quadro dei recenti interventi normativi che il d.l. n. 76/2020 (decreto semplificazioni) dedica al procedimento amministrativo, lo scritto si sofferma sul nuovo comma 8-bis dell'art. 2 della l. n. 241/1990, laddove prevede espressamente l'inefficacia del provvedimento emanato una volta decorso il termine procedimentale (a carattere perentorio), al fine di riflettere sulle possibili conseguenze della norma sul piano del regime del silenzio assenso. Ricostruita la *ratio* della nuova disposizione, si esaminano gli obiettivi ad essa sottesi, finalizzati a rendere chiara e univoca la portata dell'istituto del silenzio significativo in funzione di stabilità delle situazioni giuridiche del privato e della pubblica amministrazione scaturenti dal suo formarsi, per poi verificare l'effettiva idoneità della norma a conseguire i suddetti scopi. Da un lato, si rileva il compimento di un "passo in avanti" favorito da quello che rappresenta comunque un tentativo di consolidamento dell'impianto del, fino ad oggi "instabile", meccanismo del silenzio assenso; dall'altro lato, si delineano i limiti di una "riforma a metà", sia in ragione delle criticità connesse alla qualificazione del provvedimento tardivo in termini di inefficacia (e non, piuttosto, di nullità) sia a causa della mancata distinzione, foriera di possibile incertezza sul piano interpretativo, tra la disciplina del provvedimento tardivo a carattere negativo e quella del provvedimento tardivo a carattere positivo. Le soluzioni proposte, al contrario, sono rivolte alla ricerca di un sistema di principi e regole idoneo ad offrire maggiore certezza del diritto e, al contempo, a ridurre gli ostacoli alla piena ed effettiva operatività del meccanismo sotteso al silenzio assenso.

Abstract (en) In the framework of the recent regulatory interventions established by legislative decree No. 76/2020 on the administrative procedure, this paper focuses on the

1 Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli. Il presente lavoro, rivisto per la pubblicazione, riprende il contenuto della Relazione tenuta nel corso del Convegno intitolato «La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 n. 120 e le recenti novità in materia di contratti pubblici», organizzato dai Professori Sandro De Götzen e Giulia Milo, con la collaborazione ed il patrocinio dell'Università degli Studi di Trieste, del Comune di Trieste e della Rivista di Classe «A» AmbienteDiritto.it.

new paragraph 8-bis in Article 2 of law No. 241/1990, with a particular reference to the part in which it provides for the ineffectiveness of the administrative measure adopted after the mandatory date, in order to verify the impact of that rule on the legal regime of silent consent. After identifying the rationale of the new regulatory provision, this research focused on objectives, aimed at making clear and unique the scope of the institution of significant silence in the light of the stability of the legal situations of the private and of the public administration ariseed by its formation, and on the actual suitability of the rule to achieve those objectives. On the one hand, it is highlighted a "step forward" favored by the attempt consolidate the so far "unstable" structure of silent consent; on the other hand, the limits of a "half-reform" are outlined, both because of the critical issues related to the classification of the late administrative measure in terms of ineffectiveness (and not, rather, nullity) and because of the lack of distinction, which produces possible uncertainty at the interpretative level, between the rules governing the late adoption of a negative administrative measure and the rules governing the late adoption of a positive administrative measure. The proposed solutions, on the contrary, are aimed at finding a system of principles and rules suitable to greater legal certainty and, at the same time, to reduce the obstacles to the full and effective operation of the mechanism underlying the silent consent.

SOMMARIO: **1.** Il nuovo art. 2, co 8-*bis* della l. n. 241/1990: *ratio* ed effetti della riforma. **2.** L'incerta portata della riforma e le sue ricadute sul dibattito circa la qualificazione giuridica del provvedimento tardivo. **2.1.** Le ragioni della tesi della nullità del provvedimento tardivo. **3.** I possibili riflessi della sanzione dell'inefficacia sulla responsabilità del funzionario pubblico. **4.** Provvedimento tardivo inefficace e autotutela "atipica" sul silenzio assenso. **5.** Una riforma "a metà": le criticità ancora irrisolte nella disciplina del silenzio assenso. **6.** Riflessioni conclusive.

1. Il nuovo art. 2, co 8-*bis* della l. n. 241/1990: *ratio* ed effetti della riforma.

L'art. 12, co. 1, lett. a) del d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito in l. n. 120/2020) ha introdotto un nuovo co. 8-*bis* all'art. 2 della l. n. 241/1990, con il

quale vengono individuate alcune fattispecie nelle quali l’emanazione di un provvedimento oltre i termini procedurali legislativamente prescritti per la sua adozione determina l’inefficacia del provvedimento stesso. Si tratta, in particolare, delle ipotesi nelle quali opera il regime del silenzio assenso – sia *sub specie* di silenzio assenso endoprocedimentale (artt. 14-bis e 14-ter, conferenza di servizi; art. 17-bis, silenzio tra amministrazioni), che di silenzio assenso provvedimentoale (art. 20) – nonché delle ipotesi relative all’esercizio dei poteri inibitori delle attività principiate mediante la presentazione di una s.c.i.a.². Il presente contributo si limiterà ad esaminare la parte della riforma concernente le fattispecie di silenzio assenso.

La disposizione si colloca nella scia di una serie di interventi posti in essere negli ultimi anni da parte del legislatore, tutti volti a sottolineare la centralità che oggi assume il rispetto della tempistica procedimentale da parte dell’amministrazione, prospettiva che trova conferma all’interno dello stesso d.l. semplificazioni, il cui art. 12, co. 1, lett. l), nel modificare l’art. 29, l.n. 241/1990, riconduce l’obbligo di misurare i tempi di effettiva conclusione dei procedimenti ai livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m) Cost.³

La prima novità presente nella disposizione consiste nell’introduzione di una deroga al principio generale in base al quale il termine procedimentale avrebbe carattere ordinario, prevedendo specifiche eccezioni nelle quali, al contrario, il

2 “Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all’ultima riunione di cui all’articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all’articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”, (art. 2, co. 8-bis, l.n. 241/1990, introdotto dall’art. 12, comma 1, lettera a), legge n. 120 del 2020).

3 Tale disposizione deve essere letta in combinato disposto con il co. 4-*bis* dell’art. 2 l.n. 241/1990 – anch’esso introdotto dal d.l. Semplificazioni, ai sensi del quale “Le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, 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. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo”. F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020, parlano, al riguardo di “una sorta di ossessione per il tema del tempo”, a dimostrazione della “consapevolezza, acquisita dal legislatore, dei problemi che genera in Italia l’indolenza dell’amministrazione”, 35.

termine finale deve qualificarsi come perentorio⁴. Come noto, infatti, i termini che presiedono all'attività delle pubbliche amministrazioni sono sempre ordinatori “ed anzi sollecitatori, in quanto espressione della necessità della tempestiva cura degli interessi pubblici, e, nel perseguimento di tale necessità, il legislatore, o altra autorità dotata di poteri normativi, individua e stabilisce il tempo entro il quale il procedimento preordinato alla gestione dell'interesse pubblico deve essere perfezionato con l'adozione del provvedimento conclusivo espresso”⁵. In altre parole, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, la scadenza del termine massimo di durata del procedimento non incide di per sé né sulla sussistenza del potere di provvedere, né sulla legittimità del provvedimento conclusivo del procedimento.

In realtà, anche prima della riforma in esame si sarebbe potuto/dovuto sostenere la natura perentoria del termine finale nelle ipotesi di silenzio significativo. Solo ritenendo non più esercitabile il potere di amministrazione attiva, una volta decorso il termine per provvedere, rinviene una sua coerente giustificazione il formarsi “silenzioso” degli effetti provvedimentali *ex lege*. Tuttavia, come si avrà modo di chiarire *infra*, su tale profilo si continuavano a registrare indirizzi contrastanti (soprattutto in giurisprudenza), il che ha evidentemente indotto il legislatore ad esplicitare il carattere perentorio del termine, con effetti decadenziali, ovvero preclusivi di un tardivo esercizio del potere⁶.

Ma ciò che rappresenta senza dubbio l'elemento innovativo di maggior interesse è l'espressa qualificazione delle conseguenze scaturenti dal decorso del termine (perentorio), conseguenze consistenti nella inefficacia del provvedimento emanato tardivamente. Nelle riflessioni che seguono ci si propone di indagare la *ratio* della nuova disposizione, gli obiettivi ad essa sottesi e, in ultimo, l'effettiva idoneità della norma a conseguire i suddetti scopi.

La *ratio* della previsione di una espressa inefficacia *ex lege* – nelle fattispecie connotate dal regime del silenzio assenso – del provvedimento emanato una volta decorso il termine procedimentale, sembrerebbe quella di rendere finalmente chiara ed univoca l'effettiva portata dell'istituto del silenzio significativo, in termini di effetti sulle situazioni giuridiche del privato e della p.a. scaturenti dal suo formarsi. Tale convincimento trova conferma nella lettura del Dossier sul d.l. semplificazioni

4 Sulla natura di regola ordinatoria dei termini procedimentali, con conseguente irrilevanza – in punto di legittimità dell'esercizio del potere – della mancata osservanza degli stessi, v. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 236.

5 Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2015, n. 313, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 2664, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 maggio 2012, n. 3975, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1627.

6 SANTI ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 46 ss., parla di decadenza in termini di effetto preclusivo all'esercizio di un potere.

predisposto dal Servizio Studi del Senato, ove si parla della introduzione di uno strumento in grado di “incentivare il rispetto dei termini procedimentali, nonché di garantire la piena operatività dei meccanismi di silenzio assenso”⁷.

L’affermarsi dell’orientamento volto a inquadrare il silenzio assenso non in chiave provvedimentale (*sub specie* di provvedimento silenzioso)⁸, bensì in termini di mero comportamento omissivo dal quale la legge fa scaturire effetti giuridici analoghi a quelli che sarebbero derivati dalla espressa emanazione di un provvedimento favorevole per il privato⁹, aveva dato adito a dubbi circa la consumazione o meno del potere di pronunciarsi in capo alla p.a. La recente espressa dichiarazione della improduttività degli effetti di quei provvedimenti emanati dall’amministrazione competente nonostante si siano già formati *ex lege* gli effetti del silenzio significativo a seguito della decorrenza del termine procedimentale sembrerebbe, in tal senso, idonea a fugare i suddetti dubbi e, nel contempo, a consolidare l’impianto del fino ad oggi “instabile” meccanismo del silenzio assenso.

Prima di esaminare nel dettaglio le conseguenze che la disposizione in esame è destinata a produrre, appare opportuno interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre una norma di tale tenore all’interno di una riforma complessivamente finalizzata ad operare sul profilo della semplificazione amministrativa. Non si tratta, infatti, di una disposizione destinata ad incidere sulle espressioni più tipiche delle politiche di semplificazione, quali la riduzione degli oneri procedimentali, la razionalizzazione delle procedure, o la riorganizzazione dei rapporti tra pubbliche amministrazioni¹⁰. D’altro canto, è innegabile che la

7 Dossier del Servizio Studi sugli emendamenti approvati dalle Commissioni 1° e 8a all’A.S. 1883. Conversione in legge del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, 229. Il testo è reperibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01178105.pdf>.

8 Come noto, un primo indirizzo affermava che il silenzio assenso fosse da equiparare ad un provvedimento autorizzativo tacito, attraverso una *fictio iuris* ritenuta necessaria in un’ottica di massima garanzia della posizione del cittadino (terzo controinteressato), posto così in grado di tutelare il proprio interesse innanzi al g.a. con l’ordinario ricorso di tipo impugnatorio (cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2010, 84; T.A.R. Toscana, Sez. I, 13 luglio 2005, n. 3272, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2407).

9 In termini, *ex multis*, v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, *passim*; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell’atto scritto*, Milano, 1996, 131; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 329 ss.

10 M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell’esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell’azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 405 ss.

disposizione in esame sia connotata da una accezione “semplificante”, nel senso di rendere più “semplice” (perché meno incerta) l’iniziativa del cittadino, al quale è oggi espressamente e inequivocabilmente indicata la conseguenza del decorso del termine procedimentale. In precedenza, la legge chiariva gli effetti dell’inerzia della p.a. solo *ex parte civis*, riconoscendo a quest’ultimo la titolarità di una posizione giuridica soggettiva analoga a quella che avrebbe avuto se fosse stato rilasciato il provvedimento a carattere positivo¹¹. La stessa chiarezza non sussisteva, di contro, *ex parte pubblica*, non essendo espressamente indicati gli effetti del decorso del termine procedimentale sull’esercizio della funzione da parte dell’amministrazione competente, il che aveva condotto al sorgere di orientamenti contrapposti circa la qualificazione del provvedimento emanato tardivamente dalla pubblica amministrazione.

2. L’incerta portata della riforma e le sue ricadute sul dibattito circa la qualificazione giuridica del provvedimento tardivo.

Come già osservato, anche prima della recente riforma, la *ratio* stessa dell’introduzione della disciplina del silenzio assenso – ovvero evitare che il cittadino subisca gli effetti negativi dell’inerzia della p.a. – avrebbe dovuto far concludere per la natura perentoria del termine procedimentale. In tal senso, deve interpretarsi quella giurisprudenza maggioritaria che già sosteneva che il potere di provvedere permanesse solo fino allo scadere del termine, momento che avrebbe segnato l’impossibilità di pronunciarsi in maniera espressa da parte della p.a. (se non, come si vedrà *infra*, *sub specie* di autotutela)¹². Si registrava, tuttavia, un orientamento minoritario secondo il quale anche una volta spirato il termine procedimentale sarebbero residuati in capo all’amministrazione spazi di esercizio del potere di provvedere: il rapporto tra p.a. e cittadino sarebbe risultato solo provvisoriamente chiuso, essendo ancora esposto all’effettivo esercizio della funzione di amministrazione attiva¹³.

11 In tal senso si ritiene potersi far rientrare il regime del silenzio assenso all’interno degli strumenti di semplificazione. Cfr. L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 4/2006, 765.

12 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 maggio 2018, n. 3493, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 237.

13 B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, 186.

In particolare, il dibattito si è in passato incentrato principalmente sulla qualificazione del provvedimento tardivo a carattere negativo, con il quale, in altri termini, si vanno a “ribaltare” gli effetti (favorevoli al cittadino) formati a seguito dello spirare del termine procedimentale. Da un lato, muovendo dal convincimento che gli effetti del silenzio assenso si sarebbero formati unicamente in presenza di tutti i presupposti soggettivi e oggettivi di volta in volta richiesti dalla legge, un primo orientamento riteneva legittima l’emanazione di un provvedimento tardivo ad esito negativo con il quale si negava contestualmente il perfezionarsi stesso del silenzio assenso¹⁴. In tale ottica, accanto ai requisiti formali consistenti nella regolarità dell’istanza e nella completezza della documentazione, ai fini della formazione del silenzio assenso sarebbe stata altresì necessaria la sussistenza dei requisiti di carattere sostanziale, consistenti nell’effettiva compatibilità dell’istanza con la normativa di riferimento¹⁵.

Un indirizzo opposto, prevalente, legava il formarsi degli effetti del silenzio al semplice spirare del termine a fronte della presentazione di una istanza regolare (dal punto di vista formale); ciò sulla base non solo dell’avvenuta consumazione del potere, ma anche in ragione della necessaria osservanza dei principi di buona fede e legittimo affidamento, che non avrebbero tollerato la situazione di sostanziale “limbo perpetuo” nella quale si sarebbe trovato il cittadino istante (in buona fede) nell’ipotesi in cui si fosse consentito in ogni tempo alla p.a. di contestare il perfezionarsi della fattispecie provvedimentale silenziosa¹⁶. Secondo tale ricostruzione, in altri termini, l’eventuale emersione di una violazione di ordine sostanziale avrebbe dovuto essere verificata all’interno della fase istruttoria, sicché, una volta spirato il termine, avrebbe potuto tutt’al più formare oggetto di provvedimento di annullamento in autotutela¹⁷.

14 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3204, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 12 marzo 2015, n. 653, in *Foro amm.*, 2015, 959. In dottrina v. G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell’interessato: riflessioni critiche*, in www.giustamm.it, 7/2012, 4; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 179.

15 Cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476, e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 634, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

16 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2266, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1797; Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3626, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 401. In dottrina v. A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 56 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell’atto scritto*, Milano, 1996, 136.

17 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ebbene, il dibattito appena illustrato sembra ormai destinato a volgere al termine, avendo il legislatore con la riforma in esame espressamente aderito all'indirizzo maggioritario teso a non ammettere l'esercizio della funzione di amministrazione attiva da parte della p.a. oltre il termine finale, ritenendo evidentemente inammissibile l'esercizio tardivo del potere (di primo grado) volto a contestare la sussistenza dei presupposti di legge per la formazione della fattispecie silenziosa. In tal senso, invero, già deponavano significativamente sia l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio del silenzio assenso ex art. 20 l. n. 241/1990 (che ne presuppone una illegittima formazione), sia l'attuale formulazione dell'art. 21, co. 2-ter della l. n. 241/1990: ivi, infatti, si dispone che la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 cit. non esclude la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui "l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti", il che sta evidentemente ad indicare che l'eventuale mancanza di uno dei requisiti di legge non osta al perfezionarsi della fattispecie del silenzio assenso¹⁸.

Tuttavia – a fronte della permanenza di margini di incertezza tali da rendere lo spirare del termine inidoneo, da solo, a configurare un assetto di interessi dotato di adeguata stabilità¹⁹ – deve senza dubbio salutarsi con favore la decisione del legislatore di intervenire (si spera definitivamente) sul dibattito circa la legittimità o meno dell'esercizio tardivo del potere di amministrazione attiva nella fattispecie in

18 M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 977.

19 Si pensi, ad esempio, all'incerto regime da applicare in ipotesi di dichiarazioni false o mendaci. Ai sensi dell'art. 21, co. 1, l. n. 241/1990, "con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti" e, prosegue la disposizione, "in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi". Sembrerebbe, pertanto, doversi concludere che il legislatore abbia inteso disporre che nella sola ipotesi di dichiarazioni false o mendaci il silenzio assenso non si formi. Tuttavia, una tale lettura conduce ad un insanabile contrasto con il co. 2-bis dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, laddove – nel disporre la non applicabilità del limite temporale dei 18 mesi all'esercizio del potere di autotutela nei confronti di "provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci" – presuppone evidentemente che si formi il provvedimento (anche silenzioso) nonostante una delle dichiarazioni o attestazioni risulti successivamente non veritiera. Su tale profilo v. M. A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019, 30. Ulteriore profilo di incertezza è, poi, legato a quel minoritario indirizzo giurisprudenziale che ancora di recente sostiene che il silenzio assenso non si formi in mancanza della documentazione completa prescritta, in quanto l'eventuale inerzia dell'amministrazione nel provvedere non potrebbe far guadagnare agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero mai conseguire in virtù di un provvedimento espresso (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 28 luglio 2020, n. 8823, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4273, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 aprile 2017, n. 1776, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 703).

cui opera un regime di silenzio significativo. Ciò detto, non ci si può esimere dal soffermarsi sul “come” il legislatore abbia inteso porre fine al suddetto dibattito, ovvero sulla scelta – peculiare nel panorama del nostro ordinamento – di qualificare come inefficace e non (piuttosto) come invalido il provvedimento tardivo.

Come noto, l’inefficacia rappresenta una condizione dell’atto consistente nella incapacità dello stesso di produrre effetti²⁰. In letteratura si è lungamente dibattuto circa la possibilità o meno di inquadrare tale modo di essere dell’atto in chiave autonoma rispetto al diverso concetto di invalidità dell’atto. Non consentendo il tenore del presente contributo di dar conto compiutamente della complessità di tale dibattito, può sinteticamente osservarsi che ad un primo orientamento – teso a riconoscere la sussistenza di un nesso necessario tra invalidità ed inefficacia, rappresentando quest’ultima il concreto manifestarsi della prima²¹ – si è, poi, affiancato un secondo indirizzo (oggi prevalente) che inquadra l’inefficacia come “categoria a sé stante [...] di cui dispone il legislatore allorché vuole ottenere certi risultati, certe conseguenze funzionali”²².

Del resto, che non debba necessariamente sussistere un legame logico/giuridico tra validità ed efficacia dell’atto lo si desume dallo stesso impianto generale su cui si fonda l’esercizio del potere amministrativo, laddove, come noto, il provvedimento è efficace anche se illegittimo (quindi invalido), sino al suo eventuale annullamento derivante dall’iniziativa altrui²³. Parallelamente, istituti quali la sospensione²⁴ o la revoca²⁵ del provvedimento amministrativo configurano fattispecie nelle quali atti perfettamente validi risultano, tuttavia, nel contempo improduttivi di effetti, ovvero inefficaci.

Invero, pur aderendo alla accezione “autonoma” dell’inefficacia rispetto alla invalidità, non può negarsi come essa non possa per questo ritenersi una condizione autonoma in senso assoluto. A ben vedere, infatti, essa non rappresenta mai uno stato dell’atto del tutto indipendente, consistendo piuttosto sempre in un effetto

20 M.S. GIANNINI, *Inefficacia (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 375 ss.

21 C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964.

22 M.S. GIANNINI, op. ult. cit., 377.

23 G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 352. M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l’efficacia*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 273.

24 S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012; A.G. PIETROSANTI, *Il potere di sospensione della p.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020, 485 ss.

25 M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L’instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013.

scaturente da “altro”, ovvero da alcune patologie (nullità, annullabilità) o stati (sospensione, revoca) del provvedimento. In merito alla categoria dell’invalidità è possibile porsi sia in una prospettiva statica, intendendola come connotato dell’atto divergente dal suo modello legale, sia in una prospettiva dinamica, quale “forma di reazione contro la suddetta divergenza”²⁶. Al contrario, nei confronti dell’inefficacia è possibile adoperare unicamente una prospettiva dinamica, non configurando la stessa (anche) un *modus essendi* dell’atto, bensì unicamente un effetto giuridico che discende da un accadimento che ha “colpito” il provvedimento.

Pertanto, laddove una norma si limita ad affermare che un atto è inefficace, ciò non consente di qualificare compiutamente la condizione giuridica dell’atto stesso, mancando indizi idonei a risalire alle ragioni causali della sua incapacità di produrre effetti. Ed è proprio questa l’operazione “a metà” effettuata dal legislatore con la riforma in esame, laddove viene adoperata la categoria della inefficacia senza in alcun modo specificare quale sia il *prius* logico di tale stato dell’atto.

2.1. Le ragioni della tesi della nullità del provvedimento tardivo.

Quanto sin qui osservato impone, dunque, di procedere ad una operazione di interpretazione della *voluntas legis*, che sia evidentemente compatibile con la lettera (incompleta) della disposizione e, nel contempo, coerente con la *ratio* complessiva dell’intervento riformatore²⁷.

Una prima opzione ermeneutica potrebbe essere quella di ritenere che il legislatore abbia effettivamente inteso sancire l’incapacità di produrre effetti del provvedimento tardivo, pur mantenendone in piedi la validità, il che condurrebbe (almeno astrattamente) al vantaggio di consentire al cittadino di non tener conto del contenuto dell’atto senza alcun onere di impugnazione: l’atto è valido, quindi non annullabile, ma i suoi effetti non incidono sulla sfera giuridica dei destinatari. Ciò, tuttavia – come è stato condivisibilmente osservato – finirebbe per incrementare e non certo ridurre il grado di incertezza e complessità dell’azione pubblica, e rappresenterebbe solo apparentemente un vantaggio per il privato, il quale ben

²⁶ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 375. In termini v. anche F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 125 ss.

²⁷ Attesa l’inadeguatezza del solo criterio di interpretazione normativa logico-letterale, occorre, infatti, ricorrere altresì al c.d. criterio teleologico, inteso come individuazione dello scopo perseguito dal legislatore, in uno con il criterio sistematico, enucleando il contenuto della disposizione “dal significato che la stessa assume nel contesto normativo di sua applicazione” (L. MEZZETTI, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2017, 146).

difficilmente sarebbe “propenso a ritenere non efficace un provvedimento espresso comunque validamente adottato”²⁸.

Ma anche al di là di tali considerazioni, la scelta di dichiarare meramente inefficace il provvedimento tardivo si rivela inopportuna, in quanto non tiene conto delle criticità che già connotavano la disciplina del silenzio assenso, finendo per mantenere una situazione di sostanziale incertezza. Ci si riferisce al già illustrato dibattito relativo alla produzione o meno degli effetti del silenzio significativo anche in assenza dei presupposti di legge. Se è vero che secondo un indirizzo maggioritario un eventuale difetto di questi ultimi consentirebbe comunque il formarsi del silenzio assenso, incidendo non in termini di esistenza/inesistenza, bensì di legittimità/illegittimità della fattispecie²⁹, non mancano pronunce del giudice amministrativo che escludono il perfezionamento della fattispecie del silenzio significativo nel caso non vi sia una piena corrispondenza tra l’istanza ed il precetto normativo³⁰. Ebbene, la disposizione oggetto delle presenti riflessioni non ha affatto chiarito se – nell’ipotesi in cui l’amministrazione si pronunci oltre il termine procedimentale contestando (nel contempo) il formarsi stesso del silenzio assenso – il suddetto provvedimento tardivo debba considerarsi inefficace o meno.

Pur volendo escludere, dunque, che il legislatore abbia voluto introdurre una ipotesi di inefficacia non invalidante, non può, di contro, sostenersi che la *intentio legis* sia stata quella di intendere che il provvedimento tardivo debba ritenersi illegittimo e, quindi, annullabile; in tal caso, infatti, le conseguenze dell’inefficacia non potrebbero prodursi *ex lege* – come invece espressamente indicato dalla disposizione in esame – dovendo piuttosto discendere dall’eventuale annullamento dello stesso (in sede giurisdizionale o in autotutela)³¹. Come è noto, infatti, il regime dell’annullabilità non comporta l’immediata ed automatica interruzione del nesso tra l’esistenza del provvedimento ed il venire in essere dei suoi effetti, bensì unicamente

28 M. MACCHIA, *L’inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, 181.

29 cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 428, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, *ivi*. In dottrina v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 900.

30 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1730, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, in *Foro it.*, 2019, 6, III, 332; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 22 agosto 2016, n. 1909, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina v. B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 180. *Contra*, M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, 220 ss.

31 In tal senso, in passato, si sono espressi T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1 aprile 2019, n. 1798, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 marzo 2009, n. 544, in *Foro amm. TAR*, 2009, 901.

la possibilità che l'atto ed i suoi effetti siano eliminati dal rilevante giuridico attraverso l'intervento di un soggetto competente a farlo³².

L'ambiguità della formulazione normativa adoperata potrebbe, allora, giustificare il richiamo di una risalente tesi, proposta da Cannada Bartoli, secondo la quale – accanto alle figure della annullabilità e della nullità – il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo contemplerebbe altresì la figura della inapplicabilità, intesa come qualificazione negativa del provvedimento tale da consentire al giudice di pronunciarsi senza tener conto dell'esistenza stessa dell'atto³³. Tale tesi, tuttavia, non ha avuto seguito in dottrina, anche alla luce della considerazione che nell'ordinamento italiano la disapplicazione giudiziale dell'atto amministrativo non assurge a categoria autonoma, avendo “i caratteri di un accadimento marginale, con portata limitata alla materia dei giudizi penali (art. 650 c.p.) ed al caso dei provvedimenti che ledano direttamente il contenuto del diritto di un terzo (esempio, art. 1145 c.c.)”³⁴. In ogni caso, la tesi della inapplicabilità da parte del giudice non sembra potersi riferire alla fattispecie in esame, laddove la espresa comminazione normativa dell'inefficacia dell'atto tardivo rende gli effetti di quest'ultimo privi di capacità di produrre effetti giuridici non solo in sede giurisdizionale, ma anche sul piano sostanziale.

Formalmente compatibile con il dettato normativo e maggiormente coerente con la *ratio* semplificatrice della riforma appare, dunque, la ricostruzione tesa a sostenere che il provvedimento emanato tardivamente a seguito del prodursi degli effetti del silenzio assenso sia stato qualificato inefficace perché invalido, ma non in quanto annullabile, bensì nullo³⁵. Si tratterebbe, in altri termini, di una “infelice” formulazione della norma, che nasconderebbe la scelta di aderire a quell'indirizzo giurisprudenziale ai sensi del quale – una volta spirato il termine e consumatosi il potere di decidere – la successiva attività provvedimentale sarebbe da considerarsi come *tamquam non esset*³⁶.

In tale ottica, sarebbe stato maggiormente coerente (e davvero foriero di una situazione di stabilità e certezza) qualificare espressamente come nullo, e

32 G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2020, 135 ss.

33 E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 23 ss.

34 A. PIRAS, *Invalità (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 600.

35 Optano per la tesi della nullità anche M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, cit., 182 e F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, cit., 37, i quali parlano di “una sorta di “spegnimento” del potere di provvedere”.

36 Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 16 marzo 2004, n. 1316, in *Foro amm. TAR*, 2004, 812; Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1310.

conseguentemente anche inefficace³⁷, il provvedimento tardivo; nullità testuale evidentemente giustificata in ragione di una sopravvenuta carenza assoluta di potere³⁸. Tale opzione ermeneutica avrebbe il pregio, tra l'altro, di confermare quanto già sostenuto dalla dottrina più recente, ovvero che nelle ipotesi in cui opera il regime del silenzio assenso la funzione di amministrazione attiva debba considerarsi esaurita, non potendo trovare applicazione il tradizionale principio della inesauribilità del potere³⁹.

La qualificazione del provvedimento tardivo come atto nullo è foriera di numerose conseguenze, sia di ordine sostanziale che processuale. Sul fronte processuale ci si limita a ricordare che l'art. 31, co. 4 del d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), se da un lato ha introdotto una specifica azione volta all'accertamento delle ipotesi di nullità⁴⁰, dall'altro lato nulla ha detto in merito al profilo della giurisdizione⁴¹, con conseguente applicazione della regola generale della *causa petendi* quale criterio di riparto. Nel caso di specie, pertanto, l'incapacità dell'atto emanato in una situazione di carenza di potere di incidere sulla posizione giuridica del privato, porta a concludere per la giurisdizione del giudice ordinario, con contestuale inapplicabilità del termine decadenziale di 180 giorni⁴².

37 "Il regime del provvedimento nullo [è] caratterizzato dalla totale inefficacia", B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 1017. *Contra*, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 115-116, secondo il quale anche la nullità, come l'annullabilità, presuppone l'efficacia dell'atto.

38 N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, 855 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010.

39 M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 283 ss. In termini cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2016, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it.

40 F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 795 ss. Ritengono applicabile l'azione di nullità ex art. 31 c.p.a. avverso il provvedimento tardivo inefficace anche F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit., 38.

41 Ad eccezione delle ipotesi di nullità per violazione o elusione di giudicato, le quali sono espressamente devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in sede di ottemperanza. Sul tema v. M. DI LULLO, *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1517 ss.

42 T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 14 novembre 2019, n. 2627, in *Foro amm.*, 2019, 11, 1930; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 10239, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 12 febbraio 2016, n. 420, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1247, in *Foro amm.-CDS*, 2010, 3, 643. Si esprime, tra l'altro, a favore della giurisdizione del giudice ordinario e della imprescrittibilità dell'azione in caso di contestazione di un provvedimento nullo per carenza di potere, C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43 ss.

Sul piano sostanziale, invece, come è noto l'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990 – nell'individuare le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo – non dota le stesse di una disciplina specifica, il che ha fatto sorgere un acceso dibattito tra coloro che ritengono si debba mutuare il regime giuridico da quello codicistico⁴³, e coloro che, al contrario, sostengono che tale soluzione si riveli insoddisfacente, attese le diverse peculiarità che connotano il provvedimento nullo rispetto al contratto⁴⁴.

Non sembra assumere rilievo, invece, nel caso di specie, la questione relativa alla effettiva incapacità del provvedimento nullo di produrre effetti giuridici *ex se*, a prescindere dalla pronuncia dichiarativa di un giudice che ne accerti la nullità. Parte della dottrina ha ritenuto di dover effettuare una distinzione tra effetti giuridici ed effetti pratici, attribuendo al provvedimento nullo l'idoneità a produrre questi ultimi⁴⁵; tesi alla quale si è obiettato che la suddetta distinzione non avrebbe alcuna portata applicativa, nella misura in cui "gli effetti prodotti dal provvedimento invalido in quanto fatto giuridicamente rilevante non possono che essere effetti giuridici"⁴⁶. Pur aderendo a tale ultimo orientamento, nel caso di specie, come detto, il profilo non rileva, in ragione del fatto che è la stessa norma a dichiarare espressamente e inequivocabilmente l'inefficacia, e quindi l'incapacità del provvedimento tardivo di produrre effetti (giuridici o pratici), venendo meno anche l'"apparenza" di provvedimento valido ed efficace.

3. I possibili riflessi della sanzione dell'inefficacia sulla responsabilità del funzionario pubblico.

L'introduzione della "sanzione legale" dell'inefficacia potrebbe condurre anche ad un ulteriore effetto positivo, ponendosi quale strumento di *moral suasion* in grado di ridurre, nel lungo periodo, il numero di provvedimenti tardivi, di scoraggiarne l'emanazione. Lo stesso Dossier sul d.l. semplificazioni predisposto dal Servizio

43 D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016, 461-462.

44 M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 247; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 370 ss.

45 E' questa la posizione espressa da A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, *passim*.

46 M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 281.

Studi del Senato, in effetti, indica il “fine di incentivare il rispetto dei termini procedurali” tra gli obiettivi dell’introduzione del co. 8-bis in esame⁴⁷.

Sino ad oggi, attesa la sostanziale incertezza che connotava il regime del provvedimento tardivo, il funzionario non aveva particolari freni a pronunciarsi anche una volta spirato il termine finale, mettendo in tal modo il cittadino in una situazione di notevole precarietà.

Anzi, sotto un certo punto di vista era l’ordinamento stesso ad indurre il funzionario a pronunciarsi nonostante il decorso del termine procedimentale. Ed infatti, sebbene le diverse conseguenze che generalmente scaturiscono dall’inerzia della p.a. – in termini di esercizio dei poteri sostitutivi⁴⁸, di valutazione della *performance* e responsabilità del soggetto agente⁴⁹, nonché di danno da ritardo⁵⁰ – non trovino applicazione nelle fattispecie *de quibus* (proprio perché la “sanzione legale” in questi casi è rappresentata dalla perdita del potere di decidere e dalla produzione *ex lege* degli effetti provvedimenti), l’incertezza che contraddistingue l’istituto del

47 V. *supra* la nota n. 7.

48 Cfr. art. 2, l. n. 241/1990, co. 9-bis (*L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma e co. 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria*) e 9-ter (*Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario*).

49 Cfr. art. 2, co. 9., l. n. 241/1990 (*La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*).

50 Cfr. art. 2-bis, l. n. 241/1990, co. 1 (*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*) e co. 1-bis (*Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento*).

silenzio assenso fa sì che spesso il funzionario preferisca comunque emanare il provvedimento finale (ad esito positivo o negativo), seppure tardivo.

Ebbene – a fronte della espressa comminazione della sanzione dell'inefficacia nei confronti del provvedimento emanato una volta decorso il termine e, pertanto, della consequenziale privazione del potere di esprimersi in sede di amministrazione attiva in capo alla p.a. – non è da escludersi che l'eventuale emanazione del provvedimento tardivo una volta formatosi il silenzio significativo possa d'ora innanzi configurare una ipotesi di responsabilità del funzionario. La pretesa risarcitoria, in particolare, concernerebbe la lesione dell'interesse alla certezza dei rapporti giuridici⁵¹.

Tra l'altro, nell'aderire alla prospettata ricostruzione dell'inefficacia *de qua* quale effetto della nullità dell'atto per carenza assoluta di potere, potrebbe ipotizzarsi che il profilo della responsabilità riguardi direttamente ed unicamente il funzionario al quale è imputabile la decisione, difettando nel caso di specie la necessaria riferibilità del comportamento di quest'ultimo alla p.a.⁵². A tali conclusioni, invero, si potrebbe agevolmente pervenire solo se si aderisse a quell'orientamento minoritario ai sensi del quale il provvedimento emanato in carenza di potere sarebbe da considerarsi non nullo, bensì inesistente⁵³, ovvero privo di quei requisiti minimi necessari per poter acquisire rilevanza per l'ordinamento giuridico. Tuttavia, nel caso di specie, il provvedimento tardivo – pur se emanato in carenza assoluta di potere (ormai consumatosi) – è connotato da una serie di elementi formali (soggetto emanante astrattamente competente, sussistenza degli elementi essenziali dell'atto) che non consentono di parlare di inesistenza, quanto piuttosto di invalidità (*sub specie* di nullità), imputabile evidentemente solo ad atti esistenti⁵⁴.

51 Sul punto si rinvia alle riflessioni di M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2/2003, 291 ss.

52 Non sembra, invero, che l'ipotesi di carenza assoluta di potere rientri tra quelle riconosciute dalla giurisprudenza quali fattispecie idonee a rescindere il rapporto di occasionalità necessaria tra dipendente e amministrazione di riferimento, strumentale all'applicazione della clausola di responsabilità solidale. Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi di: a) non qualificabilità del soggetto come pubblico dipendente; b) incompetenza assoluta; c) danni arrecati da atti o comportamenti non riconducibili alla qualifica di pubblico dipendente; d) danni scaturenti da atti o comportamenti posti in essere per scopi personali ed egoistici. Su tale profilo si rinvia alle riflessioni di F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2008, 445 ss.

53 L. GALATERIA, M. STIPI, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1999, 476-477.

54 In merito alla non utilizzabilità della categoria dell'inesistenza in relazione agli atti emanati in carenza di potere si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 471 ss.

4. Provvedimento tardivo inefficace e autotutela "atipica" sul silenzio assenso.

Si ritiene oramai da tempo in maniera sostanzialmente unanime che nelle fattispecie nelle quali opera il regime del silenzio assenso, laddove l'amministrazione ritenga che il silenzio significativo si sia formato illegittimamente, essa ha comunque il potere di annullare in sede di riesame gli effetti prodotti *ex lege*⁵⁵. Tale convincimento ha, del resto, trovato in seguito inequivocabile conferma nell'art. 20, co. 3, della l.n. 241/1990, ove è oggi espressamente prevista l'annullabilità d'ufficio del silenzio assenso.

Certo, si tratta di una autotutela atipica, sia perché non consta nel riesame di un previo provvedimento espresso, bensì nella valutazione circa la legittimità della produzione di un effetto provvedimentale derivante da un comportamento (omissivo)⁵⁶; sia in ragione della circostanza che – incidendo unicamente sugli effetti del silenzio e non sull'istanza originariamente presentata dal privato – dall'annullamento inizia a decorrere nuovamente il termine procedimentale⁵⁷.

Ciò premesso, il nuovo co-8 *bis* dell'art. 2 cit., oggetto delle presenti riflessioni, si conclude disponendo che "resta fermo" il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. Anche in questo caso non può dirsi che il legislatore si sia distinto per chiarezza nella formulazione della norma. L'incertezza riguarda, in particolare, l'oggetto del potere di annullamento a cui la disposizione fa riferimento, ovvero se esso sia da considerarsi lo stesso provvedimento tardivo, ovvero gli effetti del silenzio assenso, nel qual caso – per quel che si è detto – questa parte della norma risulterebbe del tutto priva di carattere innovativo.

Ebbene, è proprio tale seconda ipotesi quella che convince maggiormente. Il legislatore avrebbe semplicemente (e, forse, inutilmente) inteso confermare il riconoscimento, in capo alla p.a., della facoltà di intervenire – in presenza dei presupposti di legge – con l'annullamento d'ufficio degli effetti provvedimentali

55 Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 16 ottobre 2019, n. 2171, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 14 giugno 2018, n. 3980, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 maggio 2018, n. 3493, *ivi*. In dottrina v. A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 2-3/1993, 605.

56 A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 508.

57 A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2002, 18.

silenziosi eventualmente formatisi. Nell'introdurre l'espressa inefficacia del provvedimento tardivo, a favore del cittadino e della stabilità della sua posizione giuridica acquisita tramite il decorso del termine procedimentale, il legislatore ha ritenuto opportuno sottolineare – quasi in chiave di bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco – che l'affidamento che il cittadino può prestare nei confronti di quanto ottenuto tramite l'istituto del silenzio assenso non lo rende immune dall'eventuale legittimo esercizio di un potere di riesame.

Neanche può sostenersi che la norma abbia inteso qualificare come "tardivi" (quindi inefficaci) gli eventuali provvedimenti di annullamento d'ufficio emanati successivamente alla decorrenza del termine procedimentale. Come noto, il termine "ragionevole" entro il quale poter procedere all'annullamento d'ufficio di un atto è stato di recente fissato in 18 mesi⁵⁸; tuttavia, in caso di superamento di tale termine, l'atto è considerato illegittimo (quindi efficace finché non annullato) non certo inefficace⁵⁹. Una differente interpretazione, del resto, limiterebbe ulteriormente la possibilità di esercitare un potere, quello di autotutela, di estrema centralità, in particolar modo in relazione a fattispecie in cui operano regimi semplificati, quale il silenzio assenso, che presuppongono (o, comunque, consentono) il "ritrarsi" dell'esercizio della funzione di amministrazione attiva⁶⁰.

Nel confermarsi, quindi, la possibilità, da parte della p.a., di intervenire in sede di riesame nei confronti degli effetti formatisi a seguito del perfezionamento di una fattispecie di silenzio assenso, è possibile altresì affermare che la sanzione dell'inefficacia di cui alla norma in esame non è destinata a colpire l'eventuale provvedimento negativo che, seppur tardivo, risulti però dotato dei caratteri sufficienti ad essere qualificato nella sostanza come atto di autotutela, ovvero che contenga una motivazione in cui si tengano presenti i principi di tutela dell'affidamento e si dia, altresì, contezza della comparazione degli interessi contrapposti⁶¹.

58 F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124*, in *Federalismi.it*, 2015.

59 T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 ottobre 2019, n. 1160, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 733.

60 Per una critica alla tesi che afferma come nelle fattispecie di silenzio assenso la p.a. sarebbe legittimata a non esercitare la funzione di amministrazione attiva, v. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione. Report annuale-2013*, in *www.iuspublicum.com*; G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 121 ss.

61 In termini, in passato, cfr. T.A.R. Umbria, 19 dicembre 1999, n. 990, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 853, con nota di A. BARTOLINI, *La conversione giurisdizionale del provvedimento illegittimo, anzi nullo, nel rapporto tra silenzio assenso e diniego sopravvenuto*.

Si deve dare atto, nondimeno, della proposizione di una differente tesi ermeneutica, secondo la quale il riferimento al potere di riesame effettuato nella disposizione oggetto delle presenti riflessioni riguarderebbe anch'esso il provvedimento emanato in seguito allo spirare del termine finale, nel senso che all'amministrazione sarebbe consentito annullare i provvedimenti tardivi (già dichiarati *ex lege* inefficaci) al fine di eliminarli del tutto dal "mondo giuridico"⁶². Non si ritiene, tuttavia, di poter aderire a tale orientamento. Come è noto, uno dei presupposti indefettibili per poter emanare un provvedimento di annullamento d'ufficio è rappresentato dall'illegittimità dell'atto oggetto di riesame, il che esclude *a priori* che l'esercizio del potere di autotutela cui rinvia la disposizione *de qua* possa riferirsi all'annullamento dei provvedimenti tardivi. Questi ultimi, infatti, sono qualificati dal medesimo art. 2, co. 8-*bis* come inefficaci, quindi non certo illegittimi, atteso che, come noto, gli atti illegittimi sono efficaci finché, per l'appunto, non vengano annullati⁶³. Del resto, se un provvedimento è già qualificato dalla legge come inefficace (in via definitiva) – al di là della questione circa la sussistenza o meno dei presupposti per adoperare il potere di autotutela – esso non necessita comunque di alcun atto successivo che lo annulli determinandone l'improduttività degli effetti.

5. Una riforma "a metà": le criticità ancora irrisolte nella disciplina del silenzio assenso.

E' ormai pacifico che, nell'ambito dei fattori che contribuiscono all'attuazione del principio costituzionale del buon andamento, ricopre un ruolo centrale il "tempo dell'amministrazione", ponendosi come nodale la circostanza che il pubblico potere sia in grado di garantire certezze temporali al cittadino⁶⁴. Predeterminazione dei tempi decisionali e certezza del diritto rappresentano, in tale ottica, un'endiadi, rispetto alla quale rileva *in primis* l'introduzione dell'obbligo di provvedere nel

62 M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit., 183.

63 Cfr. M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), 314 ss. Per una ampia ricostruzione del regime dell'illegittimità dell'atto amministrativo, e del la sua relazione con le differenti categorie della invalidità e della inefficacia si rinvia a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013.

64 F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 4/2002, 527 ss.; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 56 ss.

termine procedimentale indicato dalla legge (art. 2, l.n. 241/1990)⁶⁵, ma non secondariamente anche l'istituto del silenzio assenso, che – se correttamente interpretato – dovrebbe a ben vedere essere collocato in una prospettiva di buon andamento, piuttosto che di semplificazione.

Ciò premesso, se la *ratio* della disposizione in esame è quella di garantire l'effettività dell'istituto del silenzio assenso, il giudizio complessivo sulla riforma non può essere pienamente positivo. Oltre al già segnalato poco opportuno (in quanto foriero di incertezze) rinvio al regime della inefficacia, la disposizione non effettua, infatti, alcuna distinzione tra provvedimento tardivo a carattere negativo – ovvero inteso a modificare l'assetto degli interessi cristallizzati con la formazione del silenzio assenso – e provvedimento tardivo a carattere positivo – finalizzato, al contrario, a confermare con un atto espresso gli effetti già prodottisi a seguito del decorso del termine procedimentale. In assenza della suddetta differenziazione, non si può che concludere che il legislatore abbia voluto sanzionare con la formula dell'inefficacia anche il provvedimento tardivo a carattere positivo.

In effetti, tale conclusione appare pienamente coerente con la ricostruzione dell'istituto del silenzio assenso alla quale si è inteso aderire, ovvero alla sua accezione di misura sanzionatoria nei confronti della violazione del dovere di provvedere (nel termine), che ha come necessaria conseguenza la consumazione del potere dell'amministrazione (sia in senso negativo che positivo). La disposizione in esame, pertanto, ha il pregio di segnare il definitivo superamento di quell'indirizzo giurisprudenziale minoritario ai sensi del quale il decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non avrebbe comportato la consumazione del potere della p.a. di provvedere in senso satisfattivo per il destinatario dell'atto finale, di talché il provvedimento positivo espresso, tardivamente intervenuto, si sarebbe sostituito agli effetti silenziosamente prodottisi (pur confermandoli)⁶⁶.

Ciò posto, nell'intervenire sulla disciplina del silenzio assenso, il legislatore – oltre a “chiarire” la qualificazione giuridica del provvedimento tardivo – avrebbe potuto

⁶⁵ G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.AA.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 199 ss.; A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 134 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 251 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

⁶⁶ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 2416, in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo, individua addirittura un vero e proprio “obbligo a carico dell'amministrazione di provvedere alla formazione del titolo documentale”, nonostante si sia formato il silenzio assenso, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 7 novembre 2019, n. 1936, in *Foro amm.*, 2019, 11, 1922.

fare un passo ulteriore, con il distinto obiettivo di superare la situazione di incertezza nella quale viene frequentemente a trovarsi il privato che non riceve piena soddisfazione dagli effetti del silenzio significativo, avendo specifico interesse al rilascio di un atto positivo espresso.

La posizione del cittadino che ha beneficiato del regime del silenzio assenso, infatti, non sempre si rivela analoga a quella del cittadino a cui è stato rilasciato il provvedimento favorevole. Ciò accade ogni qual volta gli effetti provvedimenti conseguiti in maniera silenziosa attribuiscono il bene della vita unicamente dal punto di vista giuridico, non permettendo, tuttavia, al cittadino di conseguire concretamente il risultato pratico cui legittimamente ambisce⁶⁷. Si pensi, ad esempio, all'assenza di motivazione, che non consente al privato di risalire alle ragioni che sorreggono la decisione favorevole (con rischio di maggiore esposizione all'esercizio del potere di riesame)⁶⁸. Ma ancor più grave è l'effetto pregiudizievole scaturente dall'impossibilità di esibire il provvedimento a terzi (soggetti pubblici o privati), nei confronti dei quali risulta particolarmente difficile la dimostrazione del possesso del titolo⁶⁹.

Particolarmente significativa, sul punto, quella giurisprudenza in materia edilizia che sottolinea come il provvedimento espresso (*sub specie* di titolo abilitativo all'edificazione) garantisca al privato un maggior grado di stabilità e affidamento dei rapporti giuridici, esprimendo la sua utilità ultronea rispetto al silenzio assenso "per poter riscontrare il termine finale dei lavori, per l'avvio delle pratiche bancarie e finanziarie propedeutiche all'inizio delle opere, per il trasferimento del bene o del permesso, per la sottoscrizione del preliminare di acquisto del fabbricato, per la documentazione di cantiere, per corrispondere gli esatti importi del contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione e il costo di costruzione"⁷⁰.

Al riguardo, come si è avuto modo di illustrare diffusamente in un precedente scritto, il legislatore avrebbe potuto prevedere in capo alla p.a. l'obbligo di rilasciare, su richiesta, un atto ricognitivo che attestasse l'avvenuta produzione degli effetti

67 D. D'ORSOGNA, *Note in tema di conferenze di servizi, semplificazione, operazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 589.

68 W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 492.

69 M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., 607.

70 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019 n. 10227, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini, da ultimo, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 30 marzo 2020, n. 454, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 3, 548, ove si sottolinea che "la natura rimediale (e derogatoria) del silenzio assenso va qualificata in senso per così dire "protettivo" dell'interesse del richiedente all'irrinunciabilità dell'atto esplicito e formale".

scaturenti *ex lege* dal decorso del termine procedimentale: tale soluzione – pienamente coerente con l’avvenuta consumazione del potere (il rilascio di un atto ricognitivo non configura esercizio del potere di amministrazione attiva⁷¹) – si sarebbe rivelata nel contempo anche del tutto soddisfattiva delle pretese di affidamento e certezza delle situazioni giuridiche del cittadino⁷². La semplificazione, del resto – intesa nella sua più vera accezione di razionalizzazione (di competenze, procedimenti, effetti provvedimenti)⁷³ – può e deve comportare anche l’inserimento di oneri maggiori in capo all’amministrazione, qualora essi trovino giustificazione, come nel caso di specie, nella necessità di superare una situazione di intollerabile incertezza per il cittadino.

Tali considerazioni, del resto, si pongono nella scia di quel processo evolutivo che sta interessando da alcuni anni la pubblica amministrazione, la quale – attraverso una serie di riforme sul piano dell’organizzazione e delle modalità di esercizio del potere – tende a ridurre il c.d. “rischio amministrativo”, mutandosi da elemento di ostacolo “burocratico” in volano delle iniziative economiche private⁷⁴.

6. Riflessioni conclusive.

La disposizione in commento segna, senza alcun dubbio, un “passo in avanti” nella prospettiva della certezza delle situazioni giuridiche, pubbliche e private, scaturenti dall’applicazione dell’istituto del silenzio assenso. Pur nella non felice scelta di qualificare come inefficace il provvedimento tardivo, se non altro si è definitivamente chiarito che – una volta decorso il termine procedimentale – nelle fattispecie di silenzio assenso la p.a. non ha più il potere di intervenire, e se lo fa il suo intervento non è in grado di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari della decisione.

71 E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 680.

72 Sul punto v., *amplius*, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una apparente semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10/2020, 57-59. Tale orientamento è stato già fatto proprio da alcune pronunce: v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 26 aprile 2019, n. 5308, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Liguria, 2 marzo 2017, n. 156, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 459.

73 Cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 1/2009, 75 ss.

74 Su tale profilo v. A. PAJNO, *Crisi dell’amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2017, 549 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it, 5/2016; F. FRACCHIA, *L’amministrazione come ostacolo*, in *Il dir. dell’economia*, 2013, 357 ss.

In tal senso, tra l'altro, l'aver qualificato in termini di inefficacia il provvedimento tardivo ha l'ulteriore risultato di confermare (seppur indirettamente) quell'indirizzo secondo il quale la decisione silenziosa non rappresenta un'opzione per l'amministrazione; ovvero che il silenzio assenso non possa configurarsi come un *modus procedendi* che l'amministrazione è libera di scegliere in alternativa alla emanazione del provvedimento espresso, bensì piuttosto come una sanzione a fronte della violazione di un preciso dovere di provvedere che incombe sempre in capo alla p.a.⁷⁵.

Si tratta, tuttavia, di una "riforma a metà". L'intento di rendere pienamente operativo il regime del silenzio assenso sembra raggiunto solo in parte, sia in ragione delle segnalate criticità connesse alla qualificazione del provvedimento tardivo in termini di inefficacia (e non, piuttosto, di nullità), sia in quanto non si è ritenuto di effettuare le dovute distinzioni tra la disciplina del provvedimento tardivo a carattere positivo e quello a carattere negativo.

In ordine a tale ultimo profilo, deve ulteriormente segnalarsi che l'introduzione di un onere di rilascio, su richiesta, di un atto di certazione della formazione del silenzio assenso non si sarebbe rivelata una assoluta novità. L'art. 264, co.1, lett. e) del d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto rilancio)⁷⁶, infatti – sebbene in via solo transitoria, per il periodo di durata della pandemia Covid 19 – ha introdotto l'obbligo di adottare entro trenta giorni il provvedimento conclusivo del procedimento nei casi di formazione del silenzio endoprocedimentale tra amministrazioni. Se non si vuole ritenere che tale disposizione – la cui *ratio* riposa nella considerazione che spesso la formazione del silenzio non rende effettivo il risultato procedimentale – si ponga in piena contraddizione con l'inefficacia del provvedimento tardivo sancita dalla norma oggetto delle presenti riflessioni, allora essa deve essere interpretata nel senso di imporre un obbligo di adozione di un atto che accerti e certifichi l'avvenuta produzione degli effetti del silenzio significativo.

75 Sul punto si rinvia alle riflessioni di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., 101 e A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., 607. In termini anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1288, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 119, in *Foro amm.*, 2014, 35. *Contra* T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2019, n. 725, in *Guida al diritto*, 2019, 26, 94, dove si definisce il silenzio assenso in termini di "alternativa modalità, presuntivamente semplificata" dell'agire pubblico.

76 Per un commento critico a tale disposizione ed ai suoi effetti solo apparentemente favorevoli nei confronti del cittadino, si rinvia a M.A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in www.giustiziainsieme.it, 2020, 1 ss.

Ancora più significativo, nell’ottica indicata, appare il nuovo capoverso dell’art. 20, co. 8 del T.U. Edilizia, anch’esso introdotto dal d.l. semplificazioni (art. 10, co. 1)⁷⁷. Ivi – proprio al fine di venire incontro alle istanze di certezza del cittadino, in punto di dimostrazione nei confronti di terzi dell’avvenuto formarsi degli effetti del silenzio assenso – è riconosciuto, in capo al soggetto che ha richiesto il rilascio di un permesso di costruire, il diritto di ricevere dallo Sportello Unico per l’Edilizia un’attestazione circa il decorso dei termini procedurali ed il conseguente perfezionarsi della fattispecie provvedimentale silenziosa.

L’auspicio è che in un prossimo futuro tale previsione venga resa di generale applicazione in tutte le ipotesi nelle quali operi il regime del silenzio assenso⁷⁸, aderendo così a quell’indirizzo secondo cui – a fronte di interventi di semplificazione/liberalizzazione che comportano una obliterazione dell’esercizio del classico potere provvedimentale di tipo costitutivo – la tutela degli interessi privati debba essere in ogni caso garantita attraverso una nuova espressione di potere *ex post*, in grado di certificare l’avvenuta formazione di un determinato assetto di interessi e, in tal modo, produrre “certezza”⁷⁹.

77 Su tale specifico profilo sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L’inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in www.giustiziainsieme.it, 2020, 1 ss.

78 Osserva come ciò già accada nell’ordinamento spagnolo, ove il cittadino che ha beneficiato degli effetti del silenzio assenso può sempre richiedere alla p.a. il rilascio del *certificado acreditativo del silencio producido*, G. STRAZZA, *L’ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2020, 864 ss.

79 G. MONTEDORO, *Assenza del provvedimento e tutela degli interessi*, in AA.VV., *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Napoli, 2010, 242. Più in generale, in ordine al sistema pubblicistico di produzione di “certezze” mediante atti di certificazione, si rinvia a A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.