



8 FEBBRAIO 2023

L'inefficacia degli atti tardivi e i
presupposti per la formazione del
silenzio-assenso in materia edilizia

di Luca Golisano

Dottorando di ricerca in Diritto e impresa
Università Luiss Guido Carli – Roma

L'inefficacia degli atti tardivi e i presupposti per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia*

di Luca Golisano

Dottorando di ricerca in Diritto e impresa
Università Luiss Guido Carli – Roma

Abstract [It]: Il contributo indaga le possibili implicazioni sui presupposti per la formazione del silenzio-assenso derivanti dalla recente previsione dell'inefficacia degli atti tardivi, oggi disciplinata dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990. In particolare, si intende dimostrare che tale previsione porta a superare quella consolidata giurisprudenza che, in materia edilizia, subordinava la formazione del silenzio-assenso non solo al decorso del termine per provvedere, ma anche alla completezza della domanda e alla sua conformità alla disciplina di riferimento. Tuttavia, data la nota difficoltà dei Comuni a garantire un effettivo controllo sugli interventi edilizi, ciò conduce inevitabilmente al rischio di consentire *per silentium* anche la realizzazione di fabbricati abusivi. Di conseguenza, lo scritto cercherà altresì di verificare se la nuova dimensione del silenzio-assenso sia davvero riconducibile a una logica di semplificazione amministrativa e coerente con l'esigenza di sottoporre le attività economiche a quel controllo amministrativo necessario a tutelare l'interesse pubblico.

Title: The ineffectiveness of delayed acts and the prerequisites for the formation of silence-assent in building law matters.

Abstract [En]: The essay aims to analyse the consequences on the rule of tacit consent of the ineffectiveness of the delayed administrative acts (art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990). The purpose of the article is to demonstrate the overcoming of the prevailing thesis of the administrative court in building law, which subordinates the formation of tacit consent not only to the expiration of time to adopt the act, but also to the fact that the application is complete and complies with the law. However, given the well-known difficulty of the Municipalities in ensuring effective control over building interventions, this inevitably leads to the risk of allowing for *silentium* also the construction of abusive buildings. Consequently, the paper also seeks to verify whether the new dimension of tacit consent is truly a logic of administrative simplification and is consistent with the need to subject economic activities to the administrative control necessary to protect the public interest.

Parole chiave: silenzio-assenso, permesso di costruire, inefficacia degli atti tardivi, semplificazione, edilizia.

Keywords: tacit consent, building permit, ineffectiveness of delayed administrative acts, simplification, building law.

Sommario: **1.** L'inefficacia degli atti tardivi nel decreto Semplificazioni. - **2.** La formulazione, apparentemente chiara, dei presupposti per la formazione del silenzio-assenso. - **3.** Il recente contrasto giurisprudenziale sui presupposti del silenzio-assenso per le domande di permesso di costruire. - **4.** Il decorso del termine come l'unico e necessario presupposto ai fini della formazione del silenzio-assenso. - **5.** La nuova dimensione del silenzio-assenso e le contraddizioni della semplificazione. - **6.** Verso un controllo soltanto eventuale dell'edilizia?

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. L'inefficacia degli atti tardivi nel decreto Semplificazioni

Un intenso dibattito in dottrina¹, ancora tutto in evoluzione, è stato suscitato dalla recente previsione dell'inefficacia degli atti tardivi a opera del nuovo art. 2, c. 8-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241², introdotto dal decreto Semplificazioni³, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

¹ Per chi volesse esaminare le prime riflessioni in merito all'inefficacia degli atti tardivi, si suggerisce la lettura di M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 174 ss.; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2020, pp. 337 ss.; M. CALABRÒ, *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*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2021; F. G. RUSSO, *Il provvedimento inefficace, rectius inutile nell'ambito del comma 8-bis dell'articolo 2 della Legge n. 241/1990*, in *Ratioiuris.it*, 2021; F. GREGORACE, *La consumazione del potere amministrativo e il regime del provvedimento amministrativo tardivo*, in *rivista.camminodiritto.it*, 2022; A. TORTORA, *Il provvedimento inefficace: problemi e prospettive l'inefficacia e la consumazione del potere*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici, contabilita-pubblica.it*, 2022; B. VERZICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali dell'emergenza pandemica*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2, 2021, pp. 161 ss..

² La norma, nella sua formulazione attuale, dispone che: «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».

³ Più precisamente, nell'art. 2, l. n. 241/1990, il comma 8-*bis* è stato inserito dall'art. 12, c. 1, lett. a), n. 2), del decreto Semplificazioni. Al riguardo, va poi sottolineato che, in fase di conversione del decreto, il Parlamento si è limitato a circoscrivere l'ambito di applicazione dell'inefficacia degli atti tardivi rispetto all'istituto della Segnalazione certificata d'inizio attività (Scia). In particolare, la l. n. 120/2020 ha precisato che l'art. 2, c. 8-*bis* trova applicazione per i provvedimenti tardivi riguardanti le Scia edilizie e adottati soltanto ai sensi del «primo periodo» dell'art. 19, c. 6-*bis*, l. n. 241/1990. In tal modo, il legislatore ha circoscritto l'inefficacia soltanto a quei provvedimenti inibitori e ripristinatori adottati oltre il termine di trenta giorni entro il quale l'amministrazione può esercitare il proprio controllo *ex post* sulle Scie presentate in materia edilizia. Diversamente, grazie alla modifica apposta in sede di conversione, resta ferma l'efficacia dei provvedimenti di cui al secondo periodo dell'art. 19, c. 6-*bis*, ossia di quei provvedimenti adottati in forza di «disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali». Una soluzione quest'ultima che si condivide data la necessità di contrastare il diffuso fenomeno dell'abusivismo edilizio e, di conseguenza, impedire che l'inerzia dell'amministrazione possa consolidare lo stato giuridico di fabbricati realizzati in contrasto con l'ordinato assetto del territorio per come delineato dal Comune con i propri strumenti di pianificazione.

Come noto, la norma, pur facendo salva la possibilità di ricorrere all'annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies*, l. n. 241/1990⁴, ha disposto l'inefficacia degli atti tardivi⁵, ossia degli atti adottati dopo che siano inutilmente decorsi i seguenti termini soggetti tutti a un meccanismo di silenzio-assenso⁶:

- i) il termine, a seconda dei casi, di quarantacinque o novanta giorni, previsto dall'art. 14-*bis*, c. 2, lett. c), l. n. 241/1990, ed entro il quale le amministrazioni coinvolte da quella precedente devono rendere le proprie determinazioni in merito alla decisione oggetto della Conferenza di servizi semplificata⁷;
- ii) il termine, *ex art. 14-ter*, c. 7, l. n. 241/1990, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono far pervenire la propria motivata posizione in sede di Conferenza di servizi sincrona. Tale termine coincide con l'ultima riunione della Conferenza e non può comunque essere superiore a quello di quarantacinque o novanta⁸ giorni decorrenti dalla data di svolgimento della prima riunione⁹;
- iii) il termine, *ex art. 17-bis*, c. 1 e 3, l. n. 241/1990, che apre al silenzio-assenso tra amministrazioni ed entro il quale vanno acquisiti gli atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di amministrazioni o gestori di beni o servizi pubblici ai fini dell'adozione di provvedimenti da parte di altre amministrazioni o gestori¹⁰;
- iv) il termine di cui all'art. 20, c. 1, l. n. 241/1990 che disciplina l'istituto generale del silenzio-assenso nei procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti essenzialmente autorizzatori.

⁴ In B. VERZICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria*, cit., p. 165, si sottolinea inoltre che il richiamo da parte dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, al successivo art. 21-*nonies* consentirebbe all'amministrazione non solo di intervenire con l'annullamento d'ufficio ma, ove necessario, anche con la convalida.

⁵ Peraltro, in A. TORTORA, *Il provvedimento inefficace*, cit., p. 4, e in M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, in *Il processo*, n. 1, 2022, p. 18, si osserva che già prima dell'introduzione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, il legislatore statale prevedeva nella materia del governo del territorio un'ipotesi specifica in cui i provvedimenti erano inefficaci in conseguenza del decorso del termine per provvedere. Trattasi dell'art. 13, c. 6, del Testo unico in materia di espropriazione, d.P.R. 8 giugno 2021, n. 327 che, similmente a quanto oggi previsto dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, dispone l'inefficacia del provvedimento, in questo caso della dichiarazione di pubblica utilità, in conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione, prevedendo infatti che: «la scadenza del termine entro il quale può essere emanato il decreto di esproprio determina l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità».

⁶ Si rinvia alla lettura di S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo*, cit., p. 343, per un esame delle conseguenze derivanti dalla prevista inefficacia degli atti tardivi adottati nelle diverse fattispecie di silenzio-assenso elencate dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990.

⁷ La soggezione di tale termine al meccanismo del silenzio-assenso è prevista dal successivo art. 14-*bis*, c. 4, l. n. 241/1990, in forza del quale «equivalgono ad assenso senza condizioni» la mancata comunicazione della determinazione o, in ogni caso, la comunicazione di una determinazione non motivata e che ometta di indicare le modifiche necessarie a consentire l'accoglimento della domanda.

⁸ Come noto, il termine è ordinariamente di quarantacinque giorni ma viene elevato a novanta giorni dagli artt. 14-*bis*, c. 3, lett. c), e 14-*ter*, c. 7, l. n. 241/1990, in presenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ossia di interessi di natura ambientale, paesaggistico-territoriale, culturale o sanitaria.

⁹ In tal caso, il meccanismo di silenzio-assenso è disciplinato dallo stesso art. 14-*ter*, c. 7, l. n. 241/1990, per il quale «si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni» o non abbia comunque espresso un dissenso motivato e pertinente con le questioni oggetto della Conferenza.

¹⁰ Peraltro, anche nell'ipotesi del silenzio-assenso tra amministrazioni il termine pari a trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, salva diversa previsione delle normative di settore, viene elevato sempre a novanta giorni dall'art. 17-*bis*, c. 3, l. n. 241/1990, qualora le determinazioni debbano pervenire da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili.

Inoltre, al di fuori degli elencati meccanismi di silenzio-assenso propri di una logica di semplificazione, l'inefficacia degli atti tardivi è disposta anche rispetto ai termini di cui all'art. 19, c. 3 e 6-*bis*, l. n. 241/1990, entro i quali possono essere adottati provvedimenti inibitori dell'attività oggetto di Scia e di rimozione dei suoi effetti¹¹.

Diverse sono le possibili implicazioni della norma oggi sottoposte al vaglio della dottrina. Ci si chiede, in particolare, se gli atti tardivi debbano considerarsi nulli o semplicemente inefficaci¹² e, al contempo, se l'inefficacia degli atti tardivi presuppone altresì una trasformazione della natura dei termini, i quali perderebbero il loro originario carattere ordinatorio per divenire invece perentori.

¹¹ Come noto, entro il termine ordinario di sessanta giorni, trenta in materia edilizia, l'amministrazione è chiamata a svolgere il proprio controllo *ex post* sulla Scia presentata, potendo conformare l'attività oggetto di Scia, vietarne la prosecuzione o imporre la rimozione dei suoi eventuali effetti dannosi. Tuttavia, la formulazione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, determina dei problemi di coordinamento con l'art. 19, c. 4, l. n. 241/1990, che, decorso il termine ordinario di trenta o sessanta giorni, consente all'amministrazione di adottare comunque provvedimenti inibitori e ripristinatori «in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*». In altri termini, la disposizione consente anche in caso di Scia di intervenire in autotutela, pur non potendo parlare direttamente di annullamento d'ufficio dato che nelle attività liberalizzate e soggette a Scia non vi è alcun provvedimento su cui si potrebbe esercitare tale potere di autotutela. Il problema di coordinamento risiede quindi nel fatto che l'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, sancisce l'inefficacia degli atti tardivi e ammette espressamente soltanto l'annullamento d'ufficio. Di conseguenza, nell'ipotesi di Scia, i provvedimenti inibitori e ripristinatori adottati al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, sarebbero comunque inammissibili o, più precisamente, inefficaci. Tuttavia, una tale interpretazione letterale delle norme condurrebbe irragionevolmente a escludere la possibilità stessa di un intervento in autotutela da parte dell'amministrazione. Per tale ragione, si ritiene che il coordinato disposto di cui agli artt. 2 e 19, l. n. 241/1990, non possa che essere interpretato nel seguente modo. Da un lato, vanno ritenuti inefficaci, poiché tardivi, i provvedimenti inibitori e ripristinatori adottati una volta decorso il termine di trenta o sessanta giorni e che non presentino i requisiti, motivazionali e temporali, richiesti dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio. Dall'altro, vanno ritenuti inefficaci, sempre perché tardivi, anche quei provvedimenti inibitori o ripristinatori adottati al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 21-*nonies*, ma oltre il termine annuale previsto oggi per l'annullamento d'ufficio. Tanto premesso, si segnala che simili e ulteriori problematiche inerenti all'estensione della previsione dell'inefficacia degli atti tardivi anche alle attività oggetto di Scia sono evidenziate da M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo*, cit., p. 178 ss.

¹² In particolare, gli atti tardivi sono ritenuti nulli da S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo*, cit., p. 371; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo*, cit., p. 182; 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 questa *Rivista*, n. 36, 2020, p. 37; M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, cit., p. 12; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, n. 1, 2021, p. 16. Parlano invece di inefficacia dell'atto tardivo F. G. RUSSO, *Il provvedimento inefficace*, cit., p. 9 ss.; A. TORTORA, *Il provvedimento inefficace*, cit., p. 12. Peraltro, anche parte della prima giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sull'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, considera gli atti tardivi come inefficaci, anziché nulli. Si veda, in tal senso, il Tar Puglia, sez. II, 1° agosto 2022, n. 1128, che, con riferimento a dei pareri resi tardivamente in sede di Conferenza di servizi, ha precisato che la tardività degli atti «comporta come "sanzione" l'immediata inefficacia e non la nullità degli stessi. Questo significa che detti pareri, se tardivi, non potranno sicuramente esplicare la loro funzione-efficacia tipica, ma, essendo comunque entrati nel quadro procedimentale in corso di svolgimento, potranno e dovranno essere presi in considerazione anzitutto come fatti storici e le considerazioni giuridiche in essi eventualmente contenute potranno fornire spunto per una autonoma valutazione discrezionale - anche in termini di pura "mimesi" - da parte dell'Autorità procedente». Inoltre, gli atti tardivi sono stati espressamente ritenuti come inefficaci anche nelle sentenze del Tar Campania, sez. II, Salerno, 21 marzo 2022, n. 772; Id., 29 novembre 2021, n. 2589; Tar Piemonte, sez. II, 29 giugno 2022, n. 605; Tar Puglia, sez. III, 25 marzo 2022, n. 423; Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 3 aprile 2021, n. 121.

Questo scritto intende però soffermarsi su un ulteriore profilo, anch'esso esaminato dai primi commentatori dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, ossia sui riflessi della norma sui presupposti e gli effetti del silenzio-assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990.

L'indagine sarà condotta prendendo a riferimento il permesso di costruire, in quanto questo non solo costituisce uno dei principali provvedimenti soggetti al meccanismo di silenzio-assenso¹³, ma è altresì oggetto di un recente contrasto giurisprudenziale in merito ai presupposti che ne consentono il rilascio *per silentium*. Nello specifico, si vuole verificare se – come si ritiene – la previsione dell'inefficacia degli atti tardivi si rifletta anche su quella consolidata giurisprudenza che nega la formazione del silenzio-assenso su domande per il rilascio del permesso di costruire incomplete o difformi dalla disciplina edilizia e urbanistica di riferimento.

2. La formulazione, apparentemente chiara, dei presupposti per la formazione del silenzio-assenso

Ricostruito così l'oggetto di indagine, va innanzitutto constatato che le disposizioni in materia di silenzio-assenso individuano chiaramente l'inutile decorso del termine per provvedere come l'unico requisito necessario per la formazione del silenzio-assenso¹⁴. In tal senso depone sia la disciplina generale del silenzio-assenso di cui alla l. n. 241/1990, sia quella *ad hoc* per il permesso di costruire dettata dal Testo unico dell'edilizia, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

Procedendo per ordine, l'art. 20, c. 1 e 2, l. n. 241/1990, dispone espressamente che il silenzio «equivale a provvedimento di accoglimento della domanda» soltanto se l'amministrazione non comunica il provvedimento di diniego entro il termine di conclusione del procedimento o se, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, non indice una Conferenza di servizi¹⁵. Per di più, con il recente decreto Semplificazioni-*bis*, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con mod. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, il legislatore ha dato l'impressione di voler nuovamente ribadire la riconducibilità del meccanismo del silenzio-assenso al solo decorso del termine.

¹³ D'altronde, la materia edilizia costituisce uno dei primi settori in cui è stato introdotto il meccanismo del silenzio-assenso. In tal senso, come ricordato anche in N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 351, si pensi al noto decreto Nicolazzi, d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, che aveva previsto un meccanismo di silenzio-assenso per le domande di concessione, ma in realtà licenza, edilizia presentate sino al 31 dicembre 1994 e aventi a oggetto interventi di edilizia residenziale.

¹⁴ Negli stessi termini si esprime anche la maggior parte della dottrina. Si vedano, a titolo esemplificativo, M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, *cit.*, p. 4, e M. D'ORSOGNA e R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M. A. SANDULI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 977.

¹⁵ Come osservato in G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2007, p. 88, la possibilità di impedire il formarsi del silenzio-assenso mediante la convocazione di una Conferenza di servizi costituisce un piccolo paradosso in quanto «un istituto di semplificazione», la Conferenza di servizi, «viene utilizzato per contrastare un altro istituto di semplificazione», ossia il silenzio-assenso.

In particolare, nell'introdurre l'onere per l'amministrazione di attestare la formazione del silenzio-assenso e, in caso di sua inerzia, la facoltà per il privato di autocertificarsi la stessa¹⁶, l'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 ha chiarito che il contenuto di tali attestazioni ha a oggetto «il decorso dei termini del procedimento e pertanto (...) l'intervenuto accoglimento della domanda¹⁷».

Vero è che l'attestazione è ammessa dalla norma soltanto «nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento»¹⁸; tuttavia, tale precisazione non costituisce un implicito riferimento all'esistenza di ulteriori requisiti ai fini della formazione del silenzio-assenso. Diversamente, l'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, non fa altro che circoscrivere il ricorso all'attestazione soltanto ai casi di silenzio-assenso e non anche a quelli in cui l'inerzia dell'amministrazione comporta, sempre ai sensi dell'art. 20, l. n. 241/1990, un mero inadempimento o il rigetto della domanda.

Appare così evidente che per il legislatore attestare la formazione del silenzio-assenso significa attestare soltanto il decorso del termine, il quale dovrebbe quindi costituire l'unico requisito necessario ai fini della sua formazione¹⁹. Inoltre, come già accennato, alle medesime conclusioni si giunge anche con riferimento alla formazione del silenzio-assenso sulle domande presentate per il rilascio del permesso di costruire di cui all'art. 20, d.P.R. n. 380/2001²⁰.

Da un lato, secondo l'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, il silenzio-assenso si forma se, entro «il termine per l'adozione del provvedimento», non viene opposto un motivato diniego sulla domanda da parte del dirigente o del responsabile dell'ufficio; sicché, anche in tal caso, il meccanismo resta subordinato al solo requisito temporale²¹. Dall'altro, anche l'attestazione da parte dell'amministrazione della formazione del

¹⁶ La norma è stata introdotta dall'art. 62, c. 1, l. n. 108/2021 di conversione del d.l. n. 77/2021.

¹⁷ Più precisamente, qualora l'amministrazione non attesti la formazione del silenzio-assenso entro il termine di dieci giorni decorrenti dalla richiesta in tal senso del privato, quest'ultimo può rendere nel proprio interesse, *ex art.* 47, d.P.R. 28 dicembre, n. 445, una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà.

¹⁸ Perplessità su tale formulazione dell'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 sono evidenziate da M. A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), in *Enciclopedia del diritto. Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 423.

¹⁹ Alle medesime conclusioni era già giunta M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, *cit.*, p. 25.

²⁰ Va però evidenziato che la sottoposizione delle domande di permesso di costruire al meccanismo del silenzio-assenso è relativamente recente e, in ogni caso, incontra ancora oggi diverse eccezioni. Da una parte, l'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, qualificava l'inerzia dell'amministrazione nei termini di silenzio-rigetto sino alle modifiche apposte dall'art. 5, c. 2, lett. a), del decreto Sviluppo, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. con mod. dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, che ha introdotto l'opposta regola del silenzio-assenso. Dall'altra parte, tutt'oggi il silenzio-assenso non trova applicazione, *ex art.* 20, c. 9, d.P.R. n. 380/2001, in presenza di vincoli idrogeologici, ambientali, paesaggistici o culturali. Difatti, similmente a quanto previsto dall'art. 20, c. 4, l. n. 241/1990, il Testo unico dell'edilizia qualifica l'inerzia dell'amministrazione come un mero inadempimento, anziché come un silenzio "significativo" di accoglimento, quando questa è chiamata a pronunciarsi su procedimenti che interessano interessi sensibili. Come già osservato in dottrina, ciò significa altresì che le esigenze dietro la semplificazione, consistente nell'estensione del silenzio-assenso anche al procedimento di rilascio del permesso di costruire, retrocedono rispetto alla tutela degli interessi sensibili; sul punto, cfr. G. PAGLIARI, *Il permesso di costruire*, in F. G. COCA, P. STELLA RICHTER e P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2018, p. 909.

²¹ In dottrina non mancano autorevoli esponenti che, pur giungendo alle medesime conclusioni, parlano non di un unico requisito legato al decorso del termine, ma di due requisiti formali, ossia il «decorso del termine e (l')assenza di un diniego espresso». In tali termini, ad esempio, si esprime G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, *cit.*, p. 12.

silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire ha a oggetto soltanto «il decorso dei termini del procedimento²²».

Ciò detto, non mancano disposizioni nella normativa statale che subordinano il silenzio-assenso al ricorrere di requisiti ulteriori a quello del solo inutile decorso del termine. Si pensi, restando sempre nella materia edilizia, alle domande di condono il cui accoglimento *per silentium* richiede, a seconda della legge condonistica, anche il pagamento delle oblazioni dovute e la presentazione di una documentazione completa di tutti gli allegati previsti dalla legge e di tutte le denunce richieste²³.

Tuttavia, l'individuazione per alcuni specifici procedimenti di ulteriori requisiti oltre a quello temporale previsto dalla l. n. 241/1990 conferma – anziché contraddire – quanto previsto all'art. 20, l. n. 241/1990. Tali disposizioni, difatti, non sono altro che un'eccezione all'opposta regola generale che richiede solo il decorso del termine, esattamente come le ipotesi di silenzio inadempimento o rigetto non contraddicono, ma semplicemente derogano alla regola generale del silenzio-assenso²⁴.

²² Rispetto all'attestazione del silenzio-assenso non mancano però significative differenze nelle discipline dettate dalla l. n. 241/1990 e dal d.P.R. n. 380/2001. L'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, impone all'amministrazione di rilasciare l'attestazione del silenzio entro dieci giorni dalla richiesta del privato che, in caso di inerzia dell'amministrazione, potrà presentare una dichiarazione sostitutiva. Diversamente, l'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, non solo innalza a quindici giorni il termine entro cui l'amministrazione deve rilasciare l'attestazione ma, in caso di sua inerzia, neppure consente espressamente al privato di presentare una dichiarazione sostitutiva. Non è però chiaro se la mancata previsione della dichiarazione sostitutiva in merito alla formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire sia il risultato di una scelta consapevole del legislatore o, semmai, di una semplice svista in sede di redazione del decreto Semplificazioni-*bis*. Ad avviso di chi scrive, quest'ultima ipotesi pare la più probabile, dato che l'onere dell'amministrazione di attestare il silenzio era stato inizialmente introdotto dal decreto Semplificazioni soltanto con riferimento al permesso di costruire e, in seguito, è stato generalizzato dal decreto Semplificazioni-*bis*, disciplinandolo anche all'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990. È quindi ragionevole ritenere che in sede di conversione del decreto Semplificazioni-*bis* il Parlamento, introducendo all'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, la possibilità della dichiarazione sostitutiva da parte del privato, si sia dimenticato di esplicitarla anche all'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, o, in ogni caso, abbia ritenuto sufficiente disciplinarla soltanto nella legge generale sul procedimento amministrativo.

²³ In particolare, rispetto alla prima stagione di condono, l'art. 35, c. 17, l. 28 febbraio 1985, n. 47, subordina la formazione del silenzio-assenso al decorso del termine di due anni, al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a titolo di conguaglio e alla presentazione dei documenti necessari ai fini dell'accatastamento dell'immobile. Per quanto concerne invece la terza legge condonistica, l'art. 32, c. 37, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con mod. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, richiede il decorso di un termine pari sempre a due anni, il pagamento degli oneri di concessione, la presentazione di una documentazione completa di tutto quanto richiesto dalla legge e delle denunce in catasto ai fini dell'imposta comunale degli immobili, nonché, ove dovuta, la presentazione delle denunce ai fini delle tasse in materia di rifiuti e dell'occupazione del suolo pubblico. Con riferimento al meccanismo del silenzio-assenso in materia condonistica si veda, tra i tanti, M. OCCHIENA e F. SAIITTA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *giustamm.it*, n. 10, 2010, p. 8 ss..

²⁴ Resta però fermo, come osservato da molti, che le eccezioni al meccanismo del silenzio-assenso sono così numerose e variamente disperse nella normativa nazionale da ridimensionare sensibilmente l'effettivo ambito di applicazione del silenzio-assenso. Sul punto, si veda anche V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016, p. 169.

3. Il recente contrasto giurisprudenziale sui presupposti del silenzio-assenso per le domande di permesso di costruire

Nonostante l'apparente chiarezza del dato normativo, una giurisprudenza consolidata o comunque maggioritaria²⁵, tanto da essere richiamata anche nella manualistica più recente²⁶, subordina la formazione del silenzio-assenso anche a una seconda condizione.

In particolare, in materia edilizia, la giurisprudenza ritiene che il silenzio-assenso si formi non solo se è inutilmente decorso il termine per provvedere, ma anche se la domanda soddisfa tutte le condizioni, i presupposti e i requisiti, oggettivi e soggettivi, richiesti dalla legge ai fini del rilascio del provvedimento²⁷. Pertanto, ai fini dell'accoglimento *per silentium* della domanda di permesso di costruire, è innanzitutto necessario che questa ricomprenda tutto quanto richiesto dall'art. 20, c. 1, d.P.R. n. 380/2001. Si pensi, in tal senso, alla documentazione inerente al titolo di legittimazione, agli elaborati progettuali o alla dichiarazione di un progettista abilitato che asseveri la conformità dell'intervento con la disciplina urbanistica e edilizia e con le diverse normative di settore²⁸. Inoltre, sempre ai fini del silenzio-assenso, i giudici amministrativi richiedono altresì l'effettiva conformità dell'intervento edilizio oggetto della domanda di permesso di costruire, ossia la sua conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia di riferimento e alle altre normative di settore²⁹.

²⁵ In dottrina, non manca chi ritiene tale orientamento minoritario, considerando viceversa maggioritaria quella giurisprudenza che riconduceva il silenzio-assenso al solo decorso del termine. In tali termini, a esempio, si esprime M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, cit., p. 7; M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, cit., p. 17. La giurisprudenza richiamata è, invece, considerata maggioritaria, oltre che dalla manualistica riportata nella nota seguente, anche da S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo*, cit., p. 344, e da V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia*, cit., p. 172.

²⁶ In tal senso si vedano, a esempio, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 309-310; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Il Mulino, Bologna, 2022, p. 249; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali*, cit., p. 352; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Giuffrè, Milano 2016, p. 521. Gli autori, pur non esprimendosi sulla correttezza o meno della soluzione giurisprudenziale, ricordano che secondo il giudice amministrativo è necessario, ai fini della formazione del silenzio-assenso, anche il possesso dei requisiti cui la legge subordina il rilascio del provvedimento.

²⁷ In tali termini, con riferimento non solo alle domande di permesso di costruire ma anche a quelle di condono o per il certificato di agibilità, si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 8943; Id., 1° settembre 2022, n. 7631; Id., sez. VI, 2 agosto 2022, n. 6780; C.G.A.R.S. 10 ottobre 2022, n. 1018; Id., 18 luglio 2022, n. 839; Tar Sicilia, sez. II, 10 novembre 2022, n. 3145; Tar Umbria, sez. I, 1° ottobre 2022, n. 723; Tar Lazio, sez. II-*quater*, 29 luglio 2022, n. 10792; Tar Campania, sez. III, 13 luglio 2022, n. 1984; Tar Sardegna, sez. I, 1° luglio 2022, n. 468.

²⁸ A esempio, la giurisprudenza ha più volte escluso la formazione del silenzio-assenso per l'assenza degli elaborati progettuali richiesti dall'amministrazione (cfr. Tar Puglia, sez. I, 26 aprile 2022, n. 660) e, in particolare, in mancanza della dichiarazione del progettista di asseverazione della conformità del progetto agli strumenti urbanistici (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4690; Tar Puglia, sez. un., 18 luglio 2022, n. 1075).

²⁹ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 7631/2022; Id., sez. VI, 8 settembre 2021, n. 6235; Id., sez. IV, 1° luglio 2021, n. 5018; Id., sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629; Tar Sicilia, sez. II, 2 maggio 2022, n. 1462; Tar Abruzzo, sez. I, 10 marzo 2022, n. 74; Tar Puglia, sez. III, 25 febbraio 2022, n. 293; Tar Lazio, sez. II-*quater*, n. 10792/2022; Tar Sicilia, sez. IV, 9 luglio 2021, n. 2229. Sul punto, va poi richiamato che tra i presupposti individuati dall'art. 12, d.P.R. n. 380/2001, ai fini del rilascio del permesso di costruire vi è anche la conformità «alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente».

Per tali ragioni, a fronte di una domanda incompleta o difforme dalla legge, la giurisprudenza consente di adottare il provvedimento di diniego anche tardivamente, ossia una volta decorso il termine soggetto al meccanismo di silenzio-assenso che, difatti, non si ritiene formato, non ritenendosi integrati tutti i suoi presupposti.

Tale orientamento, rimasto immutato anche a seguito delle modifiche apposte alla l. n. 241/1990 dai decreti Semplificazioni e Semplificazioni-*bis*, si poggia su due diverse linee argomentative. In primo luogo, si sottolinea che il silenzio-assenso è riconducibile a una logica di semplificazione, anziché di liberalizzazione, e non viene quindi meno né la necessità della conformità della domanda ai presupposti fissati dalla legge, né l'obbligo dell'amministrazione di provvedere all'istruttoria del procedimento instaurato³⁰. In secondo luogo, a prescindere dalla riconducibilità del silenzio-assenso alla logica della semplificazione, si ritiene irragionevole che per effetto della mera inerzia dell'amministrazione un privato possa ottenere un provvedimento che la stessa gli avrebbe negato se avesse effettivamente svolto il proprio controllo³¹.

La giurisprudenza così richiamata è oggetto di vivaci critiche da parte della dottrina³² in quanto poco aderente alla volontà del legislatore che chiaramente subordina la formazione del silenzio-assenso al solo inutile decorso del termine per provvedere. È però evidente che la *ratio* di tale orientamento giurisprudenziale va oltre le argomentazioni in diritto poste a suo fondamento ed è riconducibile a una diversa preoccupazione che, sebbene non esplicitata dai giudici amministrativi, appare più che condivisibile.

Invero, la formazione del silenzio-assenso viene subordinata all'effettiva legittimità della domanda al solo fine di garantire l'ordinato assetto del territorio delle nostre città e, dunque, tutelare quell'interesse pubblico cui è funzionale proprio il controllo *ex ante* da svolgere in sede di rilascio del permesso di costruire. Tale giurisprudenza non ha quindi altra ragione se non quella di evitare che l'assenza di un

³⁰ Più precisamente, secondo la giurisprudenza: «l'istituto del silenzio assenso costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione, con la conseguenza che la formazione del titolo abilitativo *per silentium* non si perfeziona con il mero decorrere del tempo (...) Il silenzio assenso, in particolare, non esclude la necessità di avviare e istruire il procedimento amministrativo, ma permette soltanto di ricondurre gli effetti giuridici propri dell'accoglimento dell'istanza di parte - anziché all'adozione di un atto provvedimento - direttamente alla verifica di taluni presupposti fattuali, delineati dal legislatore» (così Cons. Stato, sez. VI, n. 6780/2022).

³¹ In particolare, la giurisprudenza consolidata ribadisce la necessità, ai fini del silenzio-assenso, della conformità della domanda di permesso di costruire alla legge in quanto «in caso contrario, il richiedente, sulla base dell'inerzia della p.a., verrebbe a ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica, in termini di assenso all'esercizio dello *ius aedificandi*, che non avrebbe potuto conseguire mediante l'ordinario procedimento espresso. Il che significherebbe rimettere a un dato casuale (inerzia o attività della p.a.) la formazione del titolo edilizio, ciò che contrasterebbe con il fondamentale principio di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.)» (così, *ex multis*, Tar Umbria, sez. I, n. 723/2022; Tar Campania, sez. III, n. 1984/2022; Tar Lazio, sez. I, 25 maggio 2022, n. 489; Tar Trentino-Alto Adige, sez. I, 28 febbraio 2022, n. 44; Id., sez. I, 15 settembre 2020, n. 221; Tar Puglia, sez. I, 3 novembre 2020, n. 1187).

³² In tal senso si veda, tra i tanti, G. CORSO, *Silenzio-assenso*, *cit.*, pp. 12 ss.; M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, *cit.*, p. 18.

controllo effettivo sulle istanze edilizie possa condurre ad assentire per *silentium* anche manufatti in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia, ossia abusivi³³.

Risulta difficile, come si è detto, non comprendere le preoccupazioni del giudice amministrativo data sia la nota difficoltà delle amministrazioni a garantire il controllo *ex ante* entro il termine previsto dalla legge³⁴, sia la diffusione dell'abusivismo nel nostro paese, ove si contano 15,1 abitazioni abusive ogni 100 autorizzate³⁵. Resta però fermo che tale operazione giurisprudenziale conduce a un bilanciamento tra interessi pubblici e privati ben diverso da quello delineato dal legislatore, il quale, viceversa, chiaramente privilegia la posizione e l'interesse economico degli istanti.

Tanto chiarito, di recente si è registrato un autorevole, sebbene ancora isolato, arresto rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746³⁶. La sentenza, diversamente dalla giurisprudenza in precedenza richiamata, ha ricondotto la formazione silenzio-assenso soltanto al requisito del decorso del termine, consentendone il prodursi degli effetti anche a fronte di una domanda «non conforme a legge». Nel discostarsi dalla precedente giurisprudenza che “convertiva” «i requisiti di validità della fattispecie “silenziosa” in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento», il Consiglio di Stato ha richiamato diversi elementi che meritano, seppur sinteticamente, di essere qui riportati.

³³ Simili riflessioni sono presenti anche in P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 2, 2022, p. 83, ove si legge che: «l'unico effetto certo e immediato del silenzio-assenso, infatti, dal lato dell'interesse pubblico, è il danno o la distruzione irrimediabile del bene comune, che resta esposto all'intervento di trasformazione diviso dal privato, ancorché non consentito dal regime giuridico sostanziale vigente». Peraltro, nella giurisprudenza emerge chiaramente la consapevolezza dei giudici amministrativi circa la difficoltà di garantire un effettivo controllo pubblico sulle attività edilizie. Invero, da un lato, nella recente pronuncia n. 22 del 9 dicembre 2021, l'Adunanza plenaria, chiamata a pronunciarsi sull'annosa questione della “vicinitas” ai fini dell'impugnazione dei titoli edilizi, ha osservato che l'insieme delle recenti tendenze a espandere i confini della legittimazione a ricorrere «denunciano la (o muovono dalla denuncia della) “crisi” dei controlli amministrativi e i limiti sempre maggiori, di tempo e di spazio, che incontra l'autotutela amministrativa». Dall'altro, non è neppure privo di significato il fatto che, una volta accertata la conformità dell'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con la disciplina edilizia e urbanistica di riferimento, la giurisprudenza riconosce comunque la formazione del silenzio, seppur per ragioni diverse, anche a fronte del mancato pagamento del contributo di costruzione; cfr., *ex multis*, Tar Campania, sez. II, 7 marzo 2022, n. 617; Tar Lazio, Sez. II-*quater*, 23 ottobre 2019, n. 12194; TAR Campania, sez. III, 24 marzo 2016, n. 1535.

³⁴ Per una riflessione sulla sistematica inosservanza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi si rinvia alla lettura di S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2021, pp. 783 ss.

³⁵ ISTAT, *bes 2021. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, 2022, p. 173.

³⁶ La rilevanza di tale precedente è ben dimostrata dall'attenzione subito dedicatagli sia giurisprudenza che dalla dottrina. Quanto alla giurisprudenza, si segnala che tale precedente del Consiglio di Stato è stato oggetto di attenzione nella parte motiva delle seguenti sentenze: Tar Abruzzo, sez. I, 19 luglio 2022, n. 333; Tar Piemonte, sez. II, 7 ottobre 2022, n. 826; Tar Sicilia, sez. I, Catania, 29 settembre 2022, n. 2569; Id., 10 ottobre 2022, n. 2652; Tar Lazio, sez. III stralcio, 23 agosto 2022, n. 11224; Id., sez. II-*bis*, 26 novembre 2022, n. 15822; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2022, n. 8780; Id., sez. IV, 2 agosto 2022, n. 6797. Per un commento della sentenza, si veda invece A. PERSICO, *Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità*, in *giustiziainsieme.it*, 2022.

Innanzitutto, viene sottolineata la funzione di semplificazione del silenzio-assenso, il cui scopo dovrebbe essere quello di ridurre i tempi dell'azione amministrativa e, nello specifico, impedire che l'iniziativa privata sia paralizzata dall'inerzia dell'amministrazione³⁷. Pertanto, se si consentisse di adottare anche tardivamente il provvedimento di diniego e, quindi, «in qualunque tempo (di) disconoscere gli effetti della domanda», si vanificherebbe *la ratio* della semplificazione, dato che il privato non avrebbe alcun vantaggio dall'introduzione del meccanismo di silenzio-assenso³⁸.

In aggiunta, si sottolinea che il legislatore ammette l'annullabilità non solo dei provvedimenti espressi, ma anche degli effetti scaturenti dall'inerzia dell'amministrazione dato che, *ex art. 21-nonies*, c. 1, l. n. 241/1990, può annullarsi d'ufficio anche «il provvedimento (...) formato ai sensi dell'articolo 20». Di conseguenza non vi è alcuna norma che giustifichi la formazione del silenzio-assenso soltanto su domande legittime, convertendo così i requisiti di legittimità della domanda in presupposti per la formazione del silenzio-assenso.

Ancora, secondo il Consiglio di Stato, la possibilità per il silenzio-assenso di formarsi anche in presenza di domande non conformi alle leggi discenderebbe poi da due ulteriori considerazioni. Da un lato, l'adozione dell'atto tardivo di diniego si porrebbe in contrasto con i principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra l'amministrazione e cittadini, i quali con il decreto Semplificazioni sono stati espressamente recepiti anche nella l. n. 241/1990³⁹. Dall'altro, la possibilità di riconoscere la formazione del silenzio-assenso anche in presenza di domande illegittime o incomplete discenderebbe dall'univoca formulazione di diverse norme che vengono richiamate nella sentenza⁴⁰, ivi comprese quelle già esaminate in questo scritto, ossia gli artt. 2, c. 8-*bis*, 20, 21-*nonies* l. n. 241/1990 e 20, d.P.R. n. 380/20001.

³⁷ D'altronde, già anteriormente alle stagioni riformiste degli anni '90, anche Sandulli rinveniva nei «casi di silenzio-accoglimento (...) una tendenza legislativa a un'amministrazione meno inibitiva nei confronti della società e dei soggetti controllati»; così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Jovene, Napoli, 1984, p. 672.

³⁸ Le conclusioni del Consiglio di Stato trovano riscontro anche nelle riflessioni di parte della dottrina. Vi è, difatti, chi sottolinea che la possibilità per l'amministrazione di adottare in qualunque momento il provvedimento tardivo di diniego porterebbe a privare il meccanismo di silenzio-assenso di una qualsiasi funzione di garanzia per il privato, con conseguente lesione del suo legittimo affidamento. Sul punto si veda V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. cit.*, p. 173; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in questa *Rivista*, n. 10, 2020, p. 33.

³⁹ Più precisamente, l'art. 12, c. 1, l. 0a), d.l. n. 76/2020, conv. con mod. dalla l. n. 120/2020 ha introdotto l'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, ai sensi del quale: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

⁴⁰ Nella sentenza sono poi richiamate anche ulteriori norme e, in particolare: i) l'art. 21, c. 1, l. n. 241/1990, che esclude la conformazione delle attività e degli effetti soltanto «in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni», e non anche nelle ipotesi di domande semplicemente incomplete; ii) l'abrogazione, per effetto dell'art. 6, c. 1, lett. b), n. 2), l. 7 agosto 2015, n. 124, dell'art. 21, c. 2., l. n. 241/1990, che sanzionava coloro che davano inizio ad attività soggette a Scia o silenzio-assenso di cui agli artt. 19 e 20 «in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente». L'incompatibilità della precedente giurisprudenza con l'abrogazione dell'art. 21, c. 2, l. n. 241/1990 è evidenziata anche da G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale, cit.*, pp. 13-14.

Ciò detto, il Consiglio di Stato, una volta individuata la corretta interpretazione dei presupposti per la formazione del silenzio-assenso, si è altresì preoccupato di chiarire l'esistenza di un'eccezione alla regola elaborata nella sentenza. Più precisamente, nonostante l'inutile decorso del termine per provvedere, è stata comunque esclusa la formazione del silenzio-assenso nell'ipotesi di «una radicale “inconfigurabilità” giuridica dell'istanza», nemmeno «aderente al “modello normativo astratto” prefigurato dal legislatore». Per comprendere il significato di tale eccezione può essere utile prendere a riferimento la fattispecie oggetto della sentenza.

In particolare, nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha escluso la formazione del silenzio-assenso su una domanda di permesso di costruire presentata soltanto dopo la realizzazione di un fabbricato che, pertanto, avrebbe semmai richiesto il rilascio del permesso di costruire in sanatoria. Detto provvedimento consente di ottenere la sanatoria di opere realizzate in conformità della disciplina urbanistica ed edilizia, ma in contrasto o in assenza – come avvenuto nel giudizio – del permesso di costruire, il quale è stato difatti richiesto soltanto dopo aver già realizzato l'immobile. Il permesso in sanatoria costituisce, dunque, un provvedimento diverso dal permesso di costruire; tant'è che il permesso in sanatoria richiede il c.d. accertamento di doppia conformità⁴¹, il pagamento del contributo di costruzione in misura doppia ed è poi soggetto a un meccanismo di silenzio-inadempimento anziché di assenso.

Di conseguenza, parrebbe ragionevole leggere la sentenza del Consiglio di Stato nel senso di escludere il silenzio-assenso soltanto in presenza di domande presentate per il rilascio di un provvedimento diverso da quello invece ammesso dalla legge per la soddisfazione del bene della vita cui aspira l'istante. Tuttavia, non può escludersi che la futura giurisprudenza dia una interpretazione particolarmente estensiva dell'ipotesi di radicale “inconfigurabilità” e tale da farla coincidere, nei fatti, con l'assenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge ai fini dell'accoglimento della domanda⁴².

⁴¹ Come precisa l'art. 36, d.P.R. n. 380/2001, il permesso di costruire in sanatoria è subordinato all'accertamento della conformità dell'intervento realizzato «alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda». Sull'annosa questione inerente all'opportunità della verifica di doppia conformità si rinvia a S. CIVITARESE MATTEUCCI e P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 354-355; G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 535 ss.

⁴² Al riguardo, le pronunce più recenti che hanno richiamato la sentenza n. 5746/2022, pur intervenendo su provvedimenti diversi dal permesso di costruire, hanno ricondotto alla fattispecie della radicale “inconfigurabilità” dell'istanza delle ipotesi di incompletezza della domanda o di suo contrasto con la disciplina sostanziale. In particolare, la formazione del silenzio assenso è stata esclusa da: i) Tar Lazio, sez. III stralcio, 23 agosto 2022, n. 11224, rispetto a una domanda per il riconoscimento dei titoli di efficienza energetica in ragione dell'incompletezza della documentazione inerente al requisito dell'addizionalità del risparmio energetico; ii) Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2022, n. 8780, rispetto a una domanda di condono presentata tardivamente; iii) Con. Stato, sez. IV, 2 agosto 2022, n. 6797, su una domanda di condono che aveva erroneamente indicato la tipologia di abuso per la quale era stato richiesto il condono.

4. Il decorso del termine come l'unico e necessario presupposto ai fini della formazione del silenzio-assenso

A oggi, non è possibile prevedere se la sentenza del Consiglio di Stato avrà seguito nella giurisprudenza, con una conseguente evoluzione dell'orientamento sui presupposti per la formazione del silenzio-assenso, e se sarà necessario un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria sul punto⁴³. Cionondimeno, sebbene per ragioni diverse da quelle esposte dal Consiglio di Stato, si ritiene ragionevole un superamento della precedente giurisprudenza al fine di ricondurre la formazione del silenzio-assenso soltanto all'inutile decorso del termine per provvedere.

Tale soluzione costituisce difatti l'unica percorribile a seguito dell'introduzione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990. In caso contrario, si assisterebbe a un paradossale vuoto giuridico o, più precisamente, all'impossibilità di concludere un procedimento avviato con la presentazione di una domanda di permesso di costruire in contrasto con quanto previsto dall'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, o dagli strumenti urbanistici. A sostegno di quanto affermato è sufficiente verificare come la prevista inefficacia degli atti tardivi si riflette su quella consolidata giurisprudenza che subordina il silenzio-assenso sia al decorso del termine che alla completezza e conformità della domanda.

Anteriormente all'introduzione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, tale giurisprudenza non dava luogo a particolari problematiche. Come già riportato, a fronte di una domanda incompleta e/o difforme, la giurisprudenza escludeva la formazione del silenzio-assenso e, per l'effetto, consentiva l'adozione tardiva del provvedimento di diniego data la natura pacificamente ordinatoria⁴⁴ del termine per provvedere⁴⁵.

Detta soluzione, tuttavia, non è più proponibile a seguito della prevista inefficacia degli atti tardivi.

Invero, a fronte di una domanda incompleta e/o difforme e dell'inerzia dell'amministrazione, la giurisprudenza dovrebbe escludere la formazione del silenzio-assenso ma, al contempo, non potrebbe neppure riconoscere alcuna efficacia al provvedimento tardivo di diniego.

Di conseguenza, la domanda del privato non potrebbe ricevere alcuna risposta da parte dell'amministrazione. Nello specifico, la domanda, da una parte, non potrebbe essere accolta *per silentium* data la sua incompletezza o, comunque, data la sua difformità rispetto alla disciplina urbanistica ed edilizia.

⁴³ Si segnala, a ogni modo, che una richiesta di deferimento alla Plenaria della questione inerente proprio ai presupposti per il rilascio in via tacita del permesso di costruire è stata recentemente respinta dal Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4690.

⁴⁴ Il termine per la conclusione del procedimento avviatosi con la presentazione della domanda di permesso di costruire era, difatti, pacificamente ritenuto come ordinatorio dalla giurisprudenza. Sul punto, si veda, *ex multis*, C.G.A.R.S., sez. giur., 27 ottobre 2022, n. 1113; Tar Campania, sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171; Id., sez. II, Salerno, 27 dicembre 2021, n. 2910.

⁴⁵ Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 7631/2022; Tar Sicilia, sez. II, n. 1462/2022; Tar Trentino-Alto Adige, sez. I, n. 44/2022.

Dall'altra, non potrebbe neppure essere rigettata dall'amministrazione data l'inefficacia degli atti adottati una volta scaduto il termine soggetto a silenzio-assenso.

Si verrebbe così a determinare quel vuoto giuridico cui si faceva in precedenza riferimento e sul quale l'amministrazione neppure potrebbe intervenire in autotutela, *rectius* con l'annullamento d'ufficio *ex art. 2, c. 8-bis*, l. n. 241/1990.

Non si potrebbe annullare d'ufficio il silenzio-assenso perché la giurisprudenza – a prescindere dalla sua qualificazione come provvedimento o come effetto ricondotto al fatto-inerzia dell'amministrazione⁴⁶ – non lo ritiene formato data la difformità o incompletezza della domanda. Nemmeno, poi, si potrebbe annullare d'ufficio il provvedimento tardivo di diniego in quanto, sia se lo si considera nullo sia se inefficace, non è comunque produttivo di alcun effetto giuridico su cui si potrebbe intervenire in autotutela⁴⁷. Per di più, l'annullamento d'ufficio, presupponendo l'illegittimità del provvedimento di I grado e quindi anche la sua efficacia, non potrebbe comunque avere a oggetto gli atti tardivi che sono espressamente definiti dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, come inefficaci anziché come illegittimi⁴⁸.

Per tali ragioni, l'unica strada percorribile appare quella tracciata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5746/2022, la quale consente di concludere il procedimento amministrativo anche a fronte di una domanda per il rilascio del permesso di costruire incompleta o difforme dalla legge.

Difatti, seguendo la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato, il procedimento troverebbe sempre una sua conclusione dato che, una volta decorso il termine, il silenzio-assenso si formerebbe anche su una domanda difforme dalla legge. D'altronde, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato, l'ordinamento pacificamente ammette l'annullabilità e, quindi, l'illegittimità anche degli effetti scaturenti dall'inerzia

⁴⁶ Non è ancora del tutto risolto il dibattito, sia giurisprudenziale che dottrinale, in merito alla natura "attizia" o "fattizia" del silenzio-assenso. Da un lato, come già autorevolmente sostenuto da Sandulli e peraltro affermato anche dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5746/2022, vi è chi ritiene che l'inerzia dell'amministrazione costituirebbe un mero fatto cui il legislatore attribuisce il valore e gli effetti giuridici di un provvedimento; cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 653. Dall'altro, sulla base di una *factio iuris*, vi è chi invece equipara il silenzio a un vero e proprio provvedimento amministrativo. Per un approfondimento su tale dibattito si rinvia alla lettura di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, cit., pp. 29 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2006, pp. 162 ss.; M. OCCHIENA e F. SAITTA, *Il silenzio significativo*, cit., pp. 14 ss.

⁴⁷ D'altronde, come efficacemente sintetizzato in B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015, pp. 416-417: «I provvedimenti di secondo grado sono quelli con i quali l'amministrazione interviene su precedenti provvedimenti per modificarne, rimuoverne o confermarne gli effetti». Inoltre, in R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, tomo 2, 2008, p. 928, si esclude la possibilità di annullare d'ufficio atti nulli data l'impossibilità di esercitare il potere di autotutela su provvedimenti improduttivi di effetti. Inoltre, per le medesime ragioni, ossia data la sua inefficacia, l'atto tardivo non potrebbe neppure essere oggetto di convalida, *ex art. 21-nonies*, c. 2 l. n. 241/1990, ai sensi del quale: «È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole». In giurisprudenza, sull'impossibilità di convalidare un atto inefficace o nullo, si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2015, n. 52; Id., sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786.

⁴⁸ M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, cit., p. 19; B. VERZICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria*, cit., pp. 164-165.

dell'amministrazione. Inoltre, a tutela dell'interesse pubblico, *rectius* l'interesse all'ordinato assetto del territorio proprio della materia edilizia, l'amministrazione potrebbe comunque annullare d'ufficio gli effetti del silenzio-assenso illegittimamente formatosi in ragione dell'incompletezza o difformità della domanda di permesso di costruire⁴⁹.

Quanto qui sostenuto, ossia la riconducibilità del silenzio-assenso soltanto al decorso del termine, sembra poi trovare conferma sia nella documentazione parlamentare accessoria ai decreti Semplificazioni e Semplificazioni-*bis*, sia nelle riflessioni dei primi commentatori della nuova normativa.

Quanto alla prima, è sufficiente richiamare la relazione illustrativa al decreto Semplificazioni predisposta ai fini della sua conversione in legge, la quale chiarisce che l'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, «mira a risolvere il problema degli “atti tardivi” e a garantire la piena efficacia della regola del silenzio assenso. Ciò al fine di evitare che l'attesa illimitata di un atto di dissenso espresso, (...) pur se sopravvenuto oltre i termini prefissati, vanifichi ogni funzione acceleratoria. Viene pertanto chiarito che nei casi già previsti dalla legge n. 241 del 1990, la scadenza dei termini fa venire meno il potere postumo di dissentire – fatto salvo il potere di annullamento d'ufficio ai sensi dell'articolo 21-nonies, qualora nei ricorrano i presupposti e le condizioni – con conseguente espressa declaratoria di inefficacia dell'atto che sia adottato dopo la già avvenuta formazione del silenzio assenso⁵⁰».

Similmente, anche la dottrina concorda nel ricondurre la *ratio* dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, alla volontà di rafforzare l'efficacia del silenzio-assenso e di superare le prassi precedenti. In particolare, vi è chi fa riferimento alla tendenza dei privati di attendere comunque, nonostante la formazione del silenzio-

⁴⁹ A questo proposito, va precisato che l'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, non può che essere interpretato nel senso di consentire alle amministrazioni di annullare d'ufficio gli effetti del silenzio-assenso eventualmente formatosi. D'altronde, diverse interpretazioni della norma condurrebbero a risultati paradossali. In particolare, l'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, non può essere interpretato né nel senso di ammettere l'annullamento d'ufficio dello stesso atto tardivo, dato che quest'ultimo è inefficace, né nel senso di estendere la sanzione dell'inefficacia anche agli stessi atti di annullamento d'ufficio in quanto, altrimenti, si escluderebbe la possibilità per l'amministrazione di intervenire in autotutela. Per un esame delle diverse possibili letture dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, rispetto al potere di autotutela si veda poi B. VERZICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria*, cit., pp. 163 ss.; M. CALABRO, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, cit., pp. 17 ss.; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 183 ss.

⁵⁰ La relazione è disponibile [sul sito istituzionale del Senato](#). Per di più, anche nel corso delle audizioni svoltesi in sede di conversione del decreto, è stato ribadito che lo scopo della norma risiede nel rendere «inefficace un diniego (o comunque un atto con effetti inibitori) tardivo, che faccia seguito alla maturazione del silenzio-assenso ex art. 20 l. 241/1990 o al decorso di altri termini perentori, determinando quindi l'inutilità della impugnazione di tale diniego-atto inibitorio in sede giurisdizionale»; così, difatti, si è espresso il Prof. Avv. Giosis in un'audizione informale al Senato svoltasi da remoto e consultabile sempre presso [il sito del Senato](#). Peraltro, la volontà legislativa di subordinare l'applicazione del silenzio-assenso soltanto al decorso del termine e non anche alla conformità della domanda alla normativa di riferimento è sottolineata anche nel *dossier* sulla l. di conversione del d.l. n. 77/2021 predisposto dai Servizi studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, [qui consultabile](#). In particolare, nel *dossier*, p. 269, si legge che: «il decorso dei termini per la formazione del silenzio assenso, senza che l'amministrazione abbia emanato un provvedimento di diniego, (...) comunque consentirebbe all'amministrazione di intervenire in via di autotutela». Nel *dossier*, di conseguenza, si precisa che l'eventuale difformità della domanda del privato alla normativa che disciplina il provvedimento cui aspira, non precluderebbe la formazione del silenzio assenso, ma consentirebbe l'annullamento d'ufficio dell'illegittimo provvedimento di accoglimento formatosi *per silentium*.

assenso, il rilascio di un provvedimento espresso⁵¹, e chi invece richiama la necessità di ribadire l'esistenza del solo requisito temporale, superando così la precedente giurisprudenza contraria⁵².

Tanto chiarito, si ritiene che la tesi qui esposta possa poi resistere anche alle possibili argomentazioni in senso contrario, volte cioè a sostenere che l'introduzione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, non si rifletterebbe sulla giurisprudenza che subordina il silenzio-assenso anche alla legittimità/completezza della domanda.

In primo luogo, ad esempio, non si potrebbe sostenere che l'art. 2, c. 8-*bis*, nel riferirsi al meccanismo del silenzio-assenso, ricomprende inevitabilmente l'interpretazione giurisprudenziale dell'istituto e, quindi, anche la necessità della conformità della domanda alla legge. Invero, la norma non dispone l'inefficacia degli atti tardivi una volta formatosi il silenzio-assenso ma, diversamente, ricollega l'inefficacia dell'atto tardivo a un unico presupposto, ossia il decorso del termine di cui all'art. 20, c. 1, l. n. 241/1990. Per di più, in tal senso militano anche le disposizioni sull'attestazione della formazione del silenzio-assenso contenute sia nella l. n. 241/1990 che nel d.P.R. n. 380/2001, le quali richiedono espressamente di attestare soltanto il decorso del termine.

In secondo luogo, appare decisivo il fatto che la giurisprudenza, consentendo di denegare anche tardivamente la domanda per il permesso di costruire, presupponeva la natura ordinatoria del termine per provvedere. Con l'introduzione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, che sanziona con l'inefficacia l'adozione di atti tardivi, i termini soggetti al meccanismo del silenzio-assenso sono però diventati perentori. È difatti noto che sono perentori non solo i termini espressamente definiti dal legislatore come tali, ma anche quelli che una volta inutilmente decorsi comportano la decadenza dal potere⁵³.

⁵¹ In questi termini, F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*, cit., p. 37; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo*, p. 180. Si segnala, tuttavia, che gli autori si sono espressi prima dell'adozione e successiva conversione in legge del decreto Semplificazioni-*bis*. È difatti evidente che, per evitare l'attesa del provvedimento espresso di assenso da parte dei privati, lo strumento individuato a tal fine dal legislatore è quello dell'attestazione dell'intervenuto silenzio-assenso introdotta dal Semplificazioni-*bis* e non l'inefficacia degli atti tardivi prevista dal precedente decreto Semplificazioni.

⁵² In tali termini, invece, M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, cit., p. 20; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, cit., p. 17; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, cit., p. 11. La volontà di superare la precedente giurisprudenza è richiamata, seppure in termini dubitativi, anche da S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo*, cit., p. 345, mentre non viene esplicitata in M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 310, per il quale, tuttavia, la norma «è finalizzata a non vanificare il meccanismo stesso del silenzio assenso (...) Se – grazie al decorso del tempo – vi è stato un provvedimento tacito favorevole, di accoglimento dell'istanza del privato, quel provvedimento non può essere messo in forse da un successivo provvedimento espresso di diniego».

⁵³ Cfr., in termini non dissimili, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano, 1968, p. 192; C. TALICE, *Termine (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992; M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2012, p. 692. La giurisprudenza più recente, peraltro, si è oramai consolidata nel ritenere che: «la perentorietà dei termini procedurali può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente ordinatoria o acceleratoria, soltanto laddove la stessa perentorietà sia espressamente prevista dalle norme che disciplinano in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati, o queste sanzionino espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell'amministrazione entro i termini stabiliti» (così, *ex multis*, C.G.A.R.S. n. 1113/2022; Tar Piemonte, sez. I, 6 settembre 2022, n. 724; Tar Puglia, sez. III, 2 settembre 2022, n. 1337; Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2022, n. 4194; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 7

Da qui, l'odierna natura perentoria dei termini soggetti al silenzio-assenso⁵⁴; con l'ulteriore conseguenza che il decorso del termine per provvedere comporta «lo spegnersi del potere di agire in via di amministrazione attività»⁵⁵ e, dunque, di denegare una domanda difforme dalla legge, residuando in capo all'amministrazione soltanto il potere di annullare d'ufficio gli effetti ricondotti dal legislatore alla sua inerzia.

In terzo luogo, per le ragioni in precedenza esposte, la giurisprudenza amministrativa potrebbe restare immutata soltanto qualora si negasse in radice l'applicabilità degli artt. 2, c. 8-*bis*, e 20, l. n. 241/1990, anche al procedimento per il rilascio del permesso di costruire. Tale tesi è stata recentemente esposta anche nella giurisprudenza, per la quale l'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, darebbe luogo a una disciplina autonoma e autosufficiente, non richiamando espressamente né l'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, né l'art. 20, l. n. 241/1990⁵⁶, e, pertanto, non sarebbe soggetto alla regola dell'inefficacia degli atti tardivi. Tale osservazione non convince però rispetto al mancato rinvio sia alla recente norma sull'inefficacia degli atti tardivi, sia alla disciplina generale sul silenzio-assenso.

Quanto al mancato richiamo all'art. 2, c. 8-*bis*, è sufficiente ricordare che la norma rientra tra le disposizioni del I Capo della l. n. 241/1990 sui “principi” dell'azione amministrativa, le quali si applicano pacificamente a tutti i procedimenti anche in assenza di un espresso rinvio da parte della rispettiva *lex specialis*. Non a caso, pur in assenza di un espresso rinvio nell'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, nessuno ha mai dubitato che il permesso di costruire possa essere annullato d'ufficio, *ex art. 21-nonies*, l. n. 241/1990⁵⁷, che il responsabile del procedimento debba osservare i principi generali dell'azione amministrativa elencati all'art. 1, o, ancora, che abbia l'obbligo, *ex art. 2*, di concludere il procedimento entro il termine previsto dalla legge.

maggio 2021, n. 1498; Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4577). A ogni modo, dubbi sull'opportunità di recepire anche nel diritto sostanziale amministrativo la distinzione processual-civilistica tra termini ordinatori e perentori sono stati sollevati da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 20 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 264 ss.

⁵⁴ D'altronde, gli ultimi contributi della letteratura scientifica in materia concordano tutti nel ritenere che nelle ipotesi di cui all'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, il termine per provvedere abbia natura perentoria. In tali termini si esprimono, difatti, M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo*, *cit.*, p. 4; F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*, *cit.*, p. 36; A. TORTORA, *Il provvedimento inefficace*, *cit.*, p. 2; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, *cit.*, p. 22. In giurisprudenza, inoltre, i termini di cui all'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990 sono stati riconosciuti come perentori anche da Tar Veneto, sez. II, 14 aprile 2022, n. 558; Tar Campania, sez. II, Salerno, 6 luglio 2021, n. 1633 e, seppur implicitamente, dal C.G.A.R.S., n. 1113/2022.

⁵⁵ Così F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*, *cit.*, p. 37, richiamati anche da S. AUGUSTO, *Spinte europee e incertezze statali nella semplificazione amministrativa: il difficile equilibrio tra celerità e garanzia*, in *DPCE online*, n. 2, 2021, p. 2102.

⁵⁶ Questa la posizione espressa dal Tar Lazio, sez. II-*bis*, 26 novembre 2022, n. 15822, che, nel sottolineare l'eterogeneità delle discipline del silenzio-assenso contenute nel d.P.R. n. 380/2001 e nella l. n. 241/1990, sottolinea anche il diverso contenuto delle relative disposizioni in merito ai termini e alle modalità di attestazione dell'intervenuta formazione del silenzio-assenso.

⁵⁷ Per precisione, si ricorda però che l'art. 21-*nonies*, sull'“annullamento d'ufficio”, è contenuto nel successivo Capo IV-*bis* della l. n. 241/1990 sulla “efficacia e invalidità del provvedimento amministrativo”.

Similmente, neppure può darsi rilievo al fatto che l'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, non richiami espressamente l'art. 20, l. n. 241/1990.

Tale norma, difatti, non è richiamata né dal Testo unico dell'edilizia, né da quasi tutte le altre disposizioni che disciplinano i procedimenti soggetti a silenzio-assenso ed elencati all'allegato A del secondo decreto Scia, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222⁵⁸. Detto ancora più chiaramente, pressoché nessuna fattispecie di silenzio-assenso conosciuta dal nostro ordinamento è disciplinata da una norma che rinvia, anche solo implicitamente, alla disposizione generale di cui all'art. 20, l. n. 241/1990. Di talché, le regole inerenti alla disciplina generale del silenzio-assenso, ivi compresa l'inefficacia degli atti tardivi per effetto del rinvio di cui all'art. 2, c. 8-*bis*, non potrebbero mai trovare applicazione se questa fosse subordinata a un richiamo esplicito all'art. 20, l. n. 241/1990. Ne consegue, ulteriormente, che subordinare la disciplina del silenzio-assenso al richiamo alla l. n. 241/1990 porterebbe irragionevolmente a concludere per l'irrilevanza e la sostanziale inapplicabilità dello stesso silenzio-assenso, ossia di un istituto codificato nella legge generale sull'azione amministrativa da più di trent'anni e che costituisce uno dei principali strumenti di semplificazione.

In quarto e ultimo luogo, quanto ai presupposti per la formazione del silenzio-assenso, neppure si pone il problema di un contrasto tra la *lex generalis* rappresentata dall'art. 20, l. n. 241/1990, e la *lex specialis* costituita dall'art. 20, d.P.R. n. 380/2001. Più precisamente, non si può escludere l'applicazione della regola dell'inefficacia poiché la disciplina del silenzio-assenso contenuta nella legge sul procedimento amministrativo ed espressamente richiamata dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, subordinerebbe la formazione del silenzio-assenso a presupposti diversi da quelli previsti dal Testo unico dell'edilizia.

⁵⁸ Come noto, proprio al fine di chiarire l'ambito di applicazione dei diversi meccanismi di semplificazione e liberalizzazione, la tabella A del d.lgs. n. 222/2016 ha individuato quali attività economiche sono soggette a Scia, unica o condizionata, comunicazione e silenzio-assenso. Ciò detto, prendendo a riferimento le disposizioni richiamate dal decreto e non modificate o abrogate successivamente alla sua entrata in vigore, la disciplina del silenzio-assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990 non è richiamata non solo dall'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, ma anche da: i) l'art. 166, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che disciplina il procedimento per l'autorizzazione a utilizzare in agricoltura le acque reflue, gli acquedotti rurali e gli altri impianti funzionali ai sistemi irrigui e di bonifica da parte dei consorzi di bonifica e irrigazione; ii) l'art. 114, d.lgs. n. 152/2006 che disciplina l'autorizzazione avente a oggetto le operazioni di invaso, sghiaamento, sfangamento e manovra degli scarichi delle dighe; iii) l'art. 269, d.lgs. n. 152/2006 che disciplina le autorizzazioni per le modifiche non sostanziali di stabilimenti che producono emissioni in atmosfera; iv) l'art. 6, d.P.R. 13 marzo 2013, n. 59, che disciplina le modifiche non sostanziali di impianti soggetti all'autorizzazione unica ambientale (AUA); v) l'art. 29-*nonies*, d.lgs. n. 152/2006, che disciplina le modifiche non sostanziali di impianti per i quali è stata già rilasciata l'autorizzazione integrata ambientale (AIAD); vi) l'art. 8-*bis*, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, relativo a impianti di produzioni di biometanoidi con capacità produttiva non superiore a 500 standard metri cubi/ora; vii) l'art. 1, d.lgs. 11 febbraio 1998, n. 32, che disciplina l'autorizzazione per l'installazione e per l'esercizio di impianti di distribuzione dei carburanti; viii) l'art. 64, c. 1, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, relativo all'autorizzazione sull'apertura o sul trasferimento di sedi di esercizio di somministrazione di alimenti e bevande al pubblico, ivi comprese quelle alcoliche di qualsiasi gradazione, nelle sole zone tutelate. Al più, si riscontra un riferimento, sebbene soltanto implicito, alla disciplina del silenzio-assenso per come contenuta nella l. n. 241/1990 negli artt. 8, c. 4, e 9, c. 5, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, che, nel disciplinare il procedimento per il rilascio di autorizzazioni per l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento rispettivamente di medie e grande strutture di vendita, fanno riferimento a «tutte le altre norme atte ad assicurare trasparenza e snellezza dell'azione amministrativa e la partecipazione al procedimento ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche».

Come già evidenziato in precedenza⁵⁹, sia la l. n. 241/1990 che la normativa edilizia subordinano la formazione del silenzio-assenso ad unico e medesimo requisito, ossia il solo decorso del termine per provvedere e non anche la conformità della domanda alla legge⁶⁰. In entrambe le normative, infatti, il silenzio assenso si forma semplicemente per effetto dell'inutile decorso del termine di conclusione del procedimento senza che l'amministrazione abbia comunicato all'istante privato il rigetto della domanda⁶¹. Per di più, come più volte sottolineato, l'attestazione della formazione del silenzio-assenso da parte dell'amministrazione, ai sensi tanto dell'art. 20, c. 2-bis, l. n. 241/1990, quanto dell'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, deve avere ad oggetto soltanto «il decorso dei termini del procedimento» e non anche la legittimità della domanda sulla quale l'amministrazione non si è pronunciata in modo espresso⁶². D'altronde, le uniche differenze riscontrabili tra le due discipline non interessano i presupposti per la formazione del silenzio-assenso, ma altri aspetti rispetto ai quali vi è semplicemente una specificazione da parte della normativa edilizia delle previsioni di portata generale delineati dalla l. n. 241/1990⁶³. Si fa, in particolare, riferimento a:

i) il termine per provvedere e soggetto a silenzio-assenso che, *ex artt.* 2, c. 2 e 3, e 20, c. 1, l. n. 241/1990, è pari a trenta giorni salva diversa previsione di legge, mentre ai fini del rilascio del permesso di costruire è pari complessivamente a novanta giorni in forza dell'art. 20, c. 3, 6 e 8, d.P.R. n. 380/2001;

⁵⁹ Sul punto si rinvia a quanto già ricapitolato *supra* al paragrafo 2. «La formulazione, apparentemente chiara, dei presupposti per la formazione del silenzio-assenso».

⁶⁰ Conformemente, anche in G. GUZZARDO, *Semplificazioni e complicazioni nei titoli edilizi*, in *Giustamm.*, 2014, pp. 19 ss., e, in modo meno esplicito, in A. LICCI MARINI, *Silenzio assenso in materia edilizia*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 2018, p. 853 e M. TARICIOTTI, *Art. 20 (R) Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, in R. GAROFOLI e G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'edilizia*, IV ed., Nel diritto, Molfetta, 2018, p. 458, viene evidenziata l'identità dei requisiti per la formazione del silenzio-assenso previsti dalla *lex generalis* di cui alla l. n. 241/1990 e dalla normativa edilizia. Tuttavia, secondo i primi due autori richiamati, espressi anteriormente alle modifiche apposte dal decreto Semplificazioni, tanto la l. n. 241/1990 quanto il d.P.R. n. 380/2001 subordinavano la formazione del silenzio-assenso anche al requisito della piena ed effettiva legittimità della domanda. Inoltre, a seguito delle modifiche apposte dal d.l. n. 70/2011, di una riconducibilità del permesso di costruire al modello del silenzio-assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990, parla anche M. C. SPENA, *L'applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso all'istanza di rilascio del permesso di costruire alla luce dell'emanazione del decreto sviluppo (approvato con d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 13 luglio 2011, n. 106)*, in *Foro amministrativo TAR*, n. 10, 2011, pp. 3363 ss., cui si rinvia anche per una ricostruzione storica della disciplina della licenza edilizia. Infine, per un esame invece del rapporto tra la l. n. 241/1990, la normativa regionale in materia di governo del territorio e il d.P.R. n. 380/2001, quando però ancora qualificava l'inerzia dell'amministrazione come silenzio-diniego, si veda anche V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 6, 2006, pp. 207 ss.

⁶¹ Più precisamente, come già riportato, il silenzio-assenso si forma se, *ex art.* 20, c. 1 e 2, l. n. 241/1990, entro il termine di trenta giorni l'amministrazione competente non comunica all'interessato il provvedimento di diniego o indice una conferenza di servizi. Similmente, l'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001 prevede la formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire ove, entro il termine di novanta giorni, «il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego».

⁶² Al più, si può richiamare che l'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, mostrando maggiore attenzione rispetto a quella riscontrabile nella formulazione dell'art. 20, l. n. 241/1990, nega il prodursi degli effetti del silenzio-assenso e l'onere dell'amministrazione di attestarne la formazione anche qualora questa abbia presentato delle «richieste di integrazione documentale o istruttorie (rimaste) inevase».

⁶³ Anche secondo parte della giurisprudenza, difatti, l'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, nel disciplinare la formazione del silenzio-assenso «altro non è che una manifestazione specifica» dell'art. 20, l. n. 241/1990 (cfr. Tar Veneto, sez. II, 16 agosto 2022, n. 1295; Tar Lazio, sez. I, 23 febbraio 2018, n. 94).

ii) l'individuazione delle ipotesi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a mero inadempimento, le quali sono previste in via generale dall'art. 20, c. 4, l. n. 241/1990, e poi fatte coincidere dall'art. 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, con la presenza di vincoli posti a tutela di interessi sensibili;

iii) la possibilità per il privato di presentare una dichiarazione sostitutiva nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione rispetto all'onere di attestare la formazione del silenzio-assenso; possibilità che è espressamente riconosciuta soltanto dall'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, e non anche dall'art. 20, d.P.R. n. 380/2001⁶⁴.

Da quanto richiamato appare, quindi, evidente che l'inefficacia dei provvedimenti tardivi, disposta dall'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990, debba condurre alle medesime conseguenze per la figura del silenzio assenso così come disciplinata sia dalla l. n. 241/1990 che dal d.P.R. n. 380/2001 dato che entrambe le normative sottopongono l'istituto di semplificazione al medesimo presupposto e ad analoghe regole.

5. La nuova dimensione del silenzio-assenso e le contraddizioni della semplificazione

Una volta individuata quella che si ritiene l'unica interpretazione possibile del combinato disposto di cui agli artt. 2, c. 8-*bis*, 20, l. n. 241/1990 e 20, c. 8, d.P.R. n. 380/2001, non ci si può sottrarre a un esame anche dei possibili effetti della regola di diritto così enucleata.

In particolare, appare difficile ricondurre la formazione del silenzio-assenso su domande aventi a oggetto interventi in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia a una logica di semplificazione amministrativa⁶⁵. Semplificazione che, come noto, mira a favorire lo sviluppo economico⁶⁶ grazie a una

⁶⁴ Peraltro, come si è meglio specificato *supra* nella precedente nota a piè di pagina n. 22, è ragionevole ritenere che il mancato riconoscimento espresso della possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva anche a fronte della mancata attestazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire sia il risultato di una mera svista in sede di conversione del decreto Semplificazioni-*bis* o, in ogni caso, possa essere superato in virtù del rinvio alla previsione generale di cui all'art. 20, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990.

⁶⁵ La letteratura scientifica sulle politiche di semplificazione è notoriamente vasta e, senza alcuna presunzione di esaustività, si suggerisce quantomeno la lettura di A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2002; A. NATALINI, *Le riforme amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 179 ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1998, pp. 655 ss.; L. TORCHIA, *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 1997, pp. 329 ss.; B. G. MATTARELLA, *I procedimenti*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 247 ss.; G. VESPERINI, *Il governo della semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2007, pp. 266 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, n. 3-4, 2000, pp. 617 ss.; S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla recente disciplina del procedimento*, in *Foro amministrativo TAR*, n. 7-8, 2005, pp. 2635 ss.; FORMEZ, *La semplificazione tra Stato, Regioni e autonomie locali. Il caso della legge 241*, Roma, 2006.

⁶⁶ Il legame tra semplificazione amministrativa e sviluppo economico costituisce oramai un binomio ben consolidato nella riflessione giuspubblicistica, venendo evidenziato, tra i tanti, in R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Diritto amministrativo*, 2020, n. 4, p. 908; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2020, p. 159; B.G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid. Rassegna*, n. 11, 2019, pp. 2 ss.

maggior efficienza dell'azione amministrativa da raggiungere attraverso la riduzione dei suoi costi burocratici e temporali⁶⁷.

Più precisamente, non si comprende in che modo consentire per *silentium* la realizzazione di fabbricati abusivi possa condurre a un efficientamento dell'azione amministrativa, a una “semplificazione” *strictu sensu* della stessa e, infine, allo sviluppo del paese.

Innanzitutto, dato che l'efficienza risiede «nel rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti»⁶⁸, non va confuso quale sia il risultato, o meglio l'interesse pubblico, che i Comuni devono perseguire in sede di controllo dell'attività edilizia o, in ogni caso, la natura delle iniziative economiche da promuovere⁶⁹. Scopo delle amministrazioni non è favorire quanto più lo sviluppo edilizio in sé e, dunque, rilasciare il maggior numero possibile di titoli autorizzativi ma, viceversa, garantirne uno sviluppo ordinato verificando che le attività edilizie siano coerenti con i piani urbanistici e sovraordinati. Di conseguenza, non è chiaro perché l'autorizzazione per *silentium* di fabbricati abusivi può agevolare l'azione della pubblica amministrazione, la quale è volta a tutelare e favorire soltanto un “ordinato sviluppo del territorio”⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 19; G. VESPERINI, *La semplificazione*, cit., p. 664. Come noto, durante la stagione riformista degli anni '90, la semplificazione veniva individuata dal legislatore e dalla dottrina come lo strumento per eliminare i costi dell'azione amministrativa sostenuti dalla collettività. Trattasi, nello specifico, sia dei costi burocratici e di tempo sostenuti dalle imprese la cui attività economica era subordinata ad autorizzazione, sia dei costi necessari al mantenimento delle amministrazioni e del personale che dovevano procedere al relativo controllo. La prova di tale nuova attenzione per l'efficienza dell'azione amministrativa si rinviene anche nella diffusione di analisi quantitative nei commentatori della prima stagione di semplificazione, i quali si preoccupavano di misurare in modo puntuale i costi economici e i tempi dell'azione amministrativa. In tal senso, ad esempio, G. VESPERINI, *La semplificazione*, cit., registrava, da un lato, che la riduzione dei tempi dei procedimenti amministrativi del 10% avrebbe garantito il risparmio per il personale pubblico di ben 100.000 giornate di lavoro e, dall'altro, che gli adempimenti burocratici comportavano per le imprese private il costo di circa 23.000 miliardi di lire. Ulteriori analisi quantitative si rinvengono poi in B.G. MATTARELLA e A. SANDULLI, *I procedimenti amministrativi statali*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994; C. LACAVALA, *I cittadini e le pubbliche amministrazioni*, in S. CASSESE e S. GALLI (a cura di), *L'Italia da semplificare: I) Le istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 61 ss.; il Rapporto Cassese del 1993, ossia il “Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni” per il Dipartimento per la funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, [consultabile qui](#). Per di più, sempre nell'ottica dell'efficientamento dell'azione amministrativa, è significativo l'auspicio di Cassese, espresso in S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1997, pp. 702-703, in merito al recepimento nella pubblica amministrazione del modello tayloristico, ossia di un approccio scientifico nella conduzione di imprese volto, innanzitutto, a una riduzione dei costi.

⁶⁸ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 1978, p. 6. Sulla nozione di efficienza si veda altresì D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, n. 18, 2018, pp. 7 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004, pp. 941 ss.

⁶⁹ Tale precisazione dipende dal fatto che l'efficienza dell'amministrazione è oramai parametrata sia ai risultati raggiunti rispetto alla tutela dell'interesse pubblico sia alla promozione di quelli privati, specie se di natura economica. In tal senso, si veda D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa*, cit., pp. 12-13, ove si segnala che l'evoluzione dottrinale ha condotto a esaminare l'efficienza dell'azione amministrativa non soltanto con riferimento al perseguimento dell'interesse pubblico, ma soprattutto rispetto «all'incentivazione dell'iniziativa dei privati in ambito economico secondo il principio dettato all'art. 41 Cost.».

⁷⁰ Sulla strumentalità del «controllo amministrativo dell'attività edilizia» ai fini della tutela «dell'interesse pubblico (...) dell'ordinato sviluppo del territorio, nel rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia all'uopo applicabile»; cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2022, n. 3963; Id., sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2297; Id., 18 gennaio 2021, n. 515; Tar

Sul punto, neppure si potrebbe obiettare che la prevista inefficacia degli atti tardivi dovrebbe costituire un incentivo a che i Comuni svolgano effettivamente il controllo entro il termine fissato dal legislatore. Invero, a causa delle scarse risorse effettivamente a disposizione delle amministrazioni comunali, l'inefficacia degli atti tardivi non appare uno strumento idoneo o comunque sufficiente a garantire il raggiungimento di tale risultato. Al riguardo, è sufficiente ricordare che nel 2007, quando l'art. 20, d.P.R. n. 380/2001, qualificava l'inerzia dell'amministrazione come un silenzio-rigetto, i Comuni potevano disporre di un personale che contava 479.233⁷¹ unità, con un'età media di 47 anni⁷² e per il quale venivano spesi € 40.970.011 in formazione⁷³. Oggi⁷⁴, invece, il medesimo controllo sulle attività edilizie va svolto entro un termine soggetto a silenzio-assenso da amministrazioni che dispongono soltanto di 342.084 unità⁷⁵, con un'età media di 52 anni⁷⁶ e per le quali si spendono solo € 18.207.441 in formazione⁷⁷. Non si comprende, pertanto, come l'applicazione del silenzio-assenso possa aiutare a contrastare l'inefficienza di amministrazioni che, pur disponendo di un personale notevolmente più esiguo, anziano e impreparato, devono applicare una normativa sempre più complessa in virtù delle stratificazioni legislative susseguitesi di anno in anno⁷⁸.

D'altronde, a prescindere da quale ne sia la causa, se le cattive *performance* dei dipendenti comunali o la scarsità di risorse e personale, resta il dato oggettivo della «“crisi” dei controlli amministrativi»⁷⁹ in sede

Lazio, sez. II-*quater*, 15 novembre 2022, n. 15022; Tar Campania, sez. II, Salerno, 4 agosto 2022, n. 2189; Tar Puglia, sez. I, Lecce, 3 giugno 2022, n. 934.

⁷¹ iFEL, FONDAZIONE ANCI, *Il personale dei Comuni italiani Quarto Rapporto – 2015*, p. 16. La fonte consiste in una «elaborazione IFEL-Dipartimento Studi Economia Territoriale su dati Ministero dell'Economia e delle Finanze».

⁷² iFEL, FONDAZIONE ANCI, *Personale comunale e formazione: competenze e scenari*, III ed., 2022, p. 28. Similmente, E. FRATTOLA, *L'andamento dell'occupazione pubblica italiana dal 2008*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, 2019, p. 7, registra per il personale delle Regioni e degli enti locali una età media nel 2008 pari a 48,3 anni.

⁷³ iFEL, FONDAZIONE ANCI, *Personale comunale, cit.*, p. 30.

⁷⁴ I numeri di seguito riportati, pur essendo stati pubblicati nel 2022, sono riferiti ai dati registrati nel 2021.

⁷⁵ iFEL, FONDAZIONE ANCI, *I comuni italiani 2022. I numeri in tasca*, 2022, p. 17; fonte: «elaborazione IFEL-Ufficio Analisi ed Elaborazione Dati Economia Territoriale su dati Ministero dell'Economia e delle Finanze e Istat, 2022».

⁷⁶ iFEL, FONDAZIONE ANCI, *Personale comunale, cit.*, p. 28.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 30. Peraltro, dai dati elaborati dalla Fondazione Anci risulta altresì che nel 2007 vi erano 8,04 dipendenti comunali ogni 1.000 abitanti e per i quali si spendevano in media € 85 in formazione, mentre oggi vi sono 5,94 dipendenti ogni 1.000 abitanti e per i quali si spendono solo € 52. L'unico fattore effettivamente a favore dell'operato dell'amministrazione risiede nell'allungamento del termine di conclusione del procedimento. Invero, ferma restando la possibilità di sospendere o interrompere il procedimento, oggi le amministrazioni sono tenute a rilasciare il permesso di costruire entro il termine di novanta giorni, mentre in origine, anteriormente alle modifiche apposte dal decreto Sviluppo del 2011, tale termine era pari a settantacinque giorni.

⁷⁸ Analoghe conclusioni, con riferimento al personale a disposizione dell'amministrazione centrale, si leggono nel primo Rapporto per l'anno 2022 predisposto dal Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico, recentemente istituito con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione. In particolare, nel rapporto, consultabile sul [sito istituzionale del Governo](https://www.governo.it), si legge, a p. 12, che: «nel comparto delle Funzioni Centrali e per il personale 'amministrativo' del comparto delle Funzioni Locali la riduzione del personale è coincisa, da un lato, con un aumento del carico di lavoro dei dipendenti, soprattutto in assenza di politiche di reingegnerizzazione, automazione e digitalizzazione, dall'altro, con una progressiva, per quanto meno visibile, riduzione della capacità di risposta dell'azione amministrativa».

⁷⁹ Così, come già ricordato, si è recentemente espressa l'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 22/2021.

edilizia. Dato quest'ultimo ben rappresentato anche da due ulteriori fattori. Da un lato, la presenza nelle Isole e nel Sud di quasi una costruzione abusiva ogni due autorizzate⁸⁰. Dall'altro, la recente adozione da parte del Comune di Milano e dei Municipi di Roma Capitale di delibere che, in ragione dell'elevato numero di istanze ricevute e della carenza di personale, hanno introdotto un meccanismo di controllo soltanto a campione⁸¹ su una parte delle Scia edilizie ricevute⁸².

Nel quadro così descritto, risulta quindi piuttosto frequente l'ipotesi, in teoria patologica⁸³, rappresentata dall'effettivo controllo sulle domande edilizie soltanto una volta decorso il termine soggetto al meccanismo del silenzio-assenso⁸⁴. Per tale ragione, nemmeno si comprende perché ammettere la formazione del silenzio-assenso anche su domande non conformi alla legge costituirebbe una semplificazione, anziché un aggravio, dell'azione amministrativa⁸⁵.

Se in precedenza, una volta decorso il termine, l'amministrazione poteva denegare il permesso di costruire in ragione del solo carattere abusivo dell'intervento edilizio oggi, viceversa, è soggetta a quei maggiori oneri istruttori e motivazionali richiesti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, ai fini dell'annullamento

⁸⁰ In particolare, in ISTAT, *bes 2021, cit.*, p. 173, si riporta che nel Sud e nelle Isole ogni 100 costruzioni autorizzate vi sono tra le 35 e 40 costruzioni abusive. La rilevanza e diffusione dell'abusivismo edilizio sull'intero territorio nazionale è poi dimostrata anche dalle misure di contrasto al fenomeno recentemente adottate. Si veda, ad esempio, il decreto del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile, pubblicato in Gazzetta ufficiale il 12 marzo 2022 e che ha istituito la Banca dati nazionale sull'abusivismo edilizio (Bdnae) volta a censire le costruzioni illegittimamente realizzate nel territorio nazionale.

⁸¹ Peraltro, in dottrina sono stati espressi dubbi sull'opportunità di controlli soltanto a campione sulle Scia, i quali metterebbero in discussione la stessa doverosità del controllo amministrativo; si veda, in tali termini, S. TUCCILLO, *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, n. 1-2, pp. 148-149.

⁸² Nella disposizione di servizio, 23 marzo 2020, n. 4, il Comune di Milano ha disposto, a partire dal 1° aprile 2020, un meccanismo di controllo a campione sul 5% delle Scia edilizie presentate, *ex art.* 22, d.P.R. n. 380/2001, che non abbiano a oggetto determinate tipologie di interventi edilizi. Tale disposizione è stata motivata in ragione sia del fatto che lo Sportello unico riceve annualmente, in materia edilizia, circa 30.000 pratiche, sia «della progressiva riduzione del personale per effetto delle collocazioni a riposo e alla limitatezza delle risorse organizzative, il SUE, in un contesto generale di risorse calante». Ben maggiore è poi la percentuale di Scia edilizie sottoposte a controllo a campione dai Municipi di Roma Capitale; la quale, ad esempio, è pari al 50% delle Scia presentate presso il XV Municipio e, financo, al 100% delle Scia nel X Municipio (cfr., rispettivamente, det. dir. CU/27937/2021 del 26 marzo 2021 del XV Municipio XV e det. dir. CO/37334/2021 del 31 marzo 2021 del X Municipio).

⁸³ D'altronde, anche la sentenza n. 5746/2022 del Consiglio di Stato si è preoccupata di ribadire che il «silenzio-assenso non costituisce una modalità “ordinaria” di svolgimento dell'azione amministrativa», ma «uno specifico “rimedio” messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell'amministrazione». Tanto è vero che, in forza dell'art. 2, c. 9, l. n. 241/1990, l'omessa o tardiva emanazione del provvedimento può essere valutata al fine di accertare la *performance* individuale o l'eventuale responsabilità disciplinare o amministrativa del dipendente. Non mancano però in dottrina tesi opposte che, viceversa, pur riconoscendo la natura patologica del silenzio-assenso, lo considerano «un modo ordinario di definizione di un procedimento semplice»; così, a esempio, si esprime F. CAPORALE, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2021, p. 452.

⁸⁴ In termini non dissimili, S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti*, *cit.*, p. 792, ove si legge che: «Il frequente e in alcuni casi quasi «fisiologico» — perché inevitabile — mancato rispetto del termine del procedimento rappresenta, infatti, un postulato ormai di comune e unanime condivisione».

⁸⁵ Al riguardo, si auspica poi una maggiore riflessione sugli effetti della semplificazione non solo in favore dei privati, ma anche delle amministrazioni, magari distinguendo tra le misure a beneficio dei primi e quelle a beneficio della seconda. Un'attenzione a tali profili si evidenzia, a esempio, in F. CAPORALE, *Semplificare la complessità*, *cit.*, p. 478, e S. AUGUSTO, *Spinte europee e incertezze statali nella semplificazione*, *cit.*, pp. 2099 ss.

d'ufficio. Difatti, per annullare gli illegittimi effetti del silenzio-assenso, l'amministrazione dovrà altresì motivarne le ragioni rispetto sia alla sussistenza di un interesse pubblico a tal fine diverso dal mero ripristino della legalità violata, sia alla prevalenza di quest'ultimo rispetto al legittimo affidamento maturato dal privato⁸⁶.

Da ultimo, un'espansione edilizia non sufficientemente controllata, anche a causa della nuova interpretazione del silenzio-assenso, non potrebbe neppure dirsi giustificata dalla necessità di favorire la crescita economica del paese. Non si può difatti escludere che l'indotto garantito dal settore edilizio risulti comunque inferiore ai costi sostenuti dalla collettività e derivanti dalle esternalità negative dell'edilizia espansiva. In tal senso, tenuto conto che il permesso di costruire è rilasciato principalmente per la realizzazione di interventi di nuova costruzione e trasformazione urbanistica, non vanno dimenticati quali siano i costi conseguenti all'eccessivo consumo di nuovo suolo.

Sul punto, è sufficiente richiamare le ultime stime pubblicate il 22 luglio 2022 dal Sistema nazionale per la protezione ambientale (Snpa) nel proprio rapporto annuale in tema di consumo di suolo⁸⁷. Nel *report*, si calcola che, qualora l'attuale velocità di consumo di nuovo suolo resti costante in futuro⁸⁸, si avranno tra il 2012 e il 2030 dei costi complessivi compresi tra i € 78,4 e 96,5 miliardi e dovuti alla perdita dei servizi ecosistemici garantiti dal suolo consumato⁸⁹.

Trattasi di costi particolarmente ingenti e pari a quasi la metà dei € 197,1 miliardi stanziati per il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) che dovrà essere attuato entro il 2026. Peraltro, dato che il Pnrr è finanziato per circa € 200 miliardi, i costi legati al consumo di suolo dovrebbero superare anche l'ammontare delle risorse destinate dal Piano sia alla transizione ecologica che ai lavori di costruzione e alle opere di edilizia civile, le quali coprono rispettivamente il 37% e il 32,6% dei fondi complessivi del Pnrr⁹⁰.

⁸⁶ Anche G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, cit., p. 14, sottolinea che l'applicazione dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, comporta un appesantimento dell'azione amministrativa che mal si concilia con una logica di semplificazione amministrativa. Tanto è vero che, a suo giudizio, il silenzio assenso non avrebbe soltanto il fine di semplificare il procedimento amministrativo ma, piuttosto, quello di estendere i confini della libertà dei privati nei loro rapporti con l'autorità pubblica.

⁸⁷ M. MUNAFÒ (a cura di), *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici. Edizione 2022*, Report SNPA 32/22, 2022, consultabile sul [sito dell'ISPRA](#). Nel *report*, inoltre, a p. 12, si precisa che per consumo di suolo si intende: «la variazione da una copertura non artificiale (suolo non consumato) a una copertura artificiale del suolo (suolo consumato)». Inoltre, la copertura artificiale, a sua volta, è una conseguenza delle dinamiche insediative e infrastrutturali e, principalmente, della costruzione di nuovi edifici e insediamenti o della densificazione di quest'ultimi.

⁸⁸ Peraltro, il consumo di suolo registrato nel 2021 ha fatto registrare i valori più alti dell'ultimo decennio, con la copertura artificiale di altri 69,1 km², e una media di circa 19 ettari consumati al giorno; cfr. M. MUNAFÒ (a cura di), *Consumo di suolo*, cit., p. 47.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 42 e 43, i costi sono legati alla perdita, in ragione del consumo di suolo, dei flussi annui e degli *stock* di capitale, sia in termini biofisici che economici, esaminati nello stesso rapporto a p. 287 ss.

⁹⁰ Cfr. *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 2021, p. 254, consultabile [sul sito istituzionale del Governo](#). Nello specifico, quanto alle risorse destinate dal Pnrr alla transizione ecologica, queste sono pari a 59,47 miliardi, ma salgono fino a una

6. Verso un controllo soltanto eventuale dell'edilizia?

Con non poca difficoltà chi scrive si appresta a concludere un contributo in cui sostiene una determinata interpretazione dei presupposti del silenzio-assenso, della quale teme però i possibili effetti sul settore edilizio e sul territorio.

Innanzitutto, lo si ripete, subordinare soltanto al decorso del termine la formazione del silenzio-assenso, anche per domande di permesso di costruire incomplete o illegittime, costituisce una soluzione obbligata a seguito dell'introduzione dell'art. 2, c. 8-*bis*, l. n. 241/1990. In caso contrario, si dovrebbe ammettere che il procedimento avviato con una domanda illegittima o incompleta non può trovare conclusione qualora l'amministrazione non adotti un provvedimento espresso entro il termine previsto dalla legge e oggi divenuto perentorio. Invero, come già si è scritto, non si avrebbe né il successivo provvedimento espresso di rigetto della domanda, data l'inefficacia dell'atto tardivo, né la formazione del silenzio-assenso, data la giurisprudenza che richiede a tal fine anche la conformità alla legge della domanda.

Da qui, la necessità di subordinare il silenzio-assenso soltanto al decorso del termine, anche se ciò potrebbe favorire una crescita edilizia non adeguatamente controllata. Detto ancora più chiaramente, vi è il rischio di consentire *per silentium* la realizzazione di fabbricati abusivi in un paese che, in meno di quarant'anni, ha già consentito tre diversi condoni⁹¹.

Inoltre, tenuto conto che il Pnrr prevede un'ulteriore estensione dei meccanismi di silenzio-assenso e Scia, nonché la promozione del settore edilizio⁹², occorre chiedersi a quali risultati porterà l'imposizione di *performance* che le amministrazioni, date le risorse a disposizione, non sono in grado di garantire. L'applicazione del silenzio-assenso e l'estensione delle attività soggette a Scia potrebbero difatti condurre non all'auspicato efficientamento dell'azione amministrativa ma, semmai, alla possibilità che le attività economiche si svolgano in assenza di quel controllo pubblico prescritto dal legislatore.

cifra complessiva di 69,94 miliardi in virtù delle risorse stanziare anche dal Fondo complementare al Pnrr e dal Programma dell'Unione Europea *Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe* (React).

⁹¹ Trattasi, come noto, dei condoni edilizi previsti dalla l. 28 febbraio 1985, n. 47, dalla l. 23 dicembre 1994, n. 724, e dalla l. 24 novembre 2003, n. 326 di conversione del d.l. 30 settembre 2003, n. 269.

⁹² In particolare, il PNRR definisce la riforma della pubblica amministrazione come "orizzontale", rappresentando una necessaria innovazione strutturale del nostro ordinamento e che interessa in modo trasversale tutte e sei le Missioni del Piano. Ai fini della riforma dell'amministrazione, il Piano prevede la reingegnerizzazione digitale e la semplificazione di almeno 200 procedimenti amministrativi, anche mediante l'estensione dei meccanismi di silenzio-assenso e Scia; cfr. PNRR, p. 52. Quanto, invece al settore edilizio, come già richiamato, la spesa in costruzioni è pari a circa un terzo delle risorse complessivamente stanziare per il PNRR e, inoltre, viene dedicata particolare attenzione alla nota misura del Superbonus, disciplinata dall'art. 119, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con mod. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 e finanziato complessivamente per una cifra di quasi € 20 miliardi. Tale misura, difatti, nell'intenzione del Governo, dovrebbe «stimolare le economie locali attraverso la creazione di posti di lavoro nella filiera dell'edilizia e della produzione di beni e servizi per le abitazioni»; così il PNRR, p. 141. Per un approfondimento delle misure previste dal Pnrr con riferimento al settore dell'edilizia, ivi compresa quella del Superbonus, sia consentito rinviare a L. GOLISANO, *Pnrr e lo sviluppo sostenibile nel governo del territorio*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, n. 1, 2022, pp. 159 ss.

D'altronde, da un lato, con il decreto Semplificazioni, il termine soggetto a silenzio-assenso è stato indicato come perentorio nonostante le amministrazioni abbiano difficoltà a esprimersi sulle domande di permesso di costruire entro il termine di legge. Dall'altro, da diversi anni il legislatore estende periodicamente le tipologie di interventi edilizi soggette a Scia, invece che a permesso di costruire, nonostante i Comuni non siano in grado di garantire tale controllo *ex post* nel più breve termine di trenta giorni. Tanto è vero che diverse amministrazioni hanno di recente introdotto dei controlli soltanto a campione sulle Scia edilizie ricevute.

Per di più, neppure si potrebbe ovviare alle carenze di controllo dell'amministrazione a monte facendo affidamento sulle funzioni di vigilanza e sanzionatorie previste a tutela del territorio dagli artt. 27 e seguenti del d.P.R. n. 380/2001, e ricorrendo quindi a valle alla demolizione dei fabbricati abusivi.

Innanzitutto, non è ammissibile che l'incapacità di controllo dei Comuni giustifichi la compressione dell'affidamento *in medio tempore* maturato dai privati rispetto alla legittimità dei propri titoli edilizi, quand'anche se tacitamente formati o consistenti in segnalazioni private. In ogni caso, è poi difficile immaginare che i Comuni, salvo il caso di esposto di eventuali terzi controinteressati, svolgano nel termine di un anno un secondo controllo in autotutela su tutte le istanze edilizie ricevute. Peraltro, anche se venisse esercitato il potere in autotutela e si arrivasse all'adozione di un'ordinanza di demolizione, neppure può dirsi certo il ripristino dell'ordinato assetto del territorio dato che in Italia soltanto a un terzo delle ordinanze di demolizione viene data effettiva esecuzione⁹³.

Tanto chiarito, autorevole dottrina⁹⁴, riconduce il *favor* legislativo per il silenzio-assenso e la Scia all'influenza liberalizzatrice del diritto europeo e, in particolare, della direttiva Bolkestein, ossia la dir. 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, poi recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59⁹⁵. Sia la direttiva europea che il decreto di recepimento prevedono infatti la liberalizzazione in via

⁹³ Queste le stime effettuate da Legambiente nel Rapporto per l'anno 2021, *Abbatti l'abuso. I numeri delle mancate demolizioni nei comuni italiani*, consultabile [sul sito dell'associazione](#). In particolare, nel rapporto per l'anno 2021, l'associazione stima che tra il 2004 e il 2020 soltanto il 32,9% degli immobili oggetto di un'ordinanza di demolizione è stato poi effettivamente ridotto in pristino. Similmente a quanto già scritti con riferimento all'abusivismo edilizio, anche sotto tale profilo i dati più allarmanti si rinvengono nel Sud e nelle Isole in quanto, sempre secondo il rapporto dell'associazione, è stato eseguito soltanto il 17,4% delle 14.485 ordinanze di demolizione emanate in Campania, Sicilia, Puglia e Calabria. Non a caso, sul tema è intervenuto anche il legislatore. In particolare, con l'art. 10-bis, l. 120/2020 di conversione del decreto Semplificazioni è stato modificato l'art. 41, d.P.R. n. 380/2001, prevedendo che: «in caso di mancato avvio delle procedure di demolizione entro il termine di centottanta giorni dall'accertamento dell'abuso, la competenza» dei Comuni «è trasferita all'ufficio del prefetto».

⁹⁴ G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, cit., pp. 17-18.

⁹⁵ Per un approfondimento sul recepimento in Italia della direttiva Bolkestein, si veda E. L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2010, pp. 1239 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Diritto amministrativo*, n. 1-2, pp. 125 ss.; C. FACCHINI, *La Direttiva "servizi" e il D.Lgs. n. 59/2010: una lettura integrata*, in *Azienditalia*, n. 12, 2011, pp. 881 ss.; V. PARISIO, *Direttiva "Bolkestein", silenzio-assenso, d.i.a., "liberalizzazioni temperate", dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011, n. 15*, in *Foro amministrativo TAR*, n. 9, 2011, pp. 2979 ss. Per una riflessione invece sui riflessi nel governo del territorio delle riforme liberistiche e della direttiva *Bolkestein*, si veda P. URBANI, *Governo del territorio e delle*

generale delle attività economiche costituenti servizi⁹⁶, fatta eccezione soltanto per alcuni settori e per quelle attività per cui è opportuno mantenere un controllo *ex ante* che, a sua volta, è soggetto al meccanismo del silenzio-assenso⁹⁷.

Sul punto, sebbene la direttiva disciplini esclusivamente l'accesso ai servizi e il loro esercizio⁹⁸, è indubbio che i principi di liberalizzazione e semplificazione per come espressi dalla Bolkestein abbiamo conformato il diritto amministrativo italiano nella sua interezza. D'altronde, la giurisprudenza sia costituzionale che amministrativa ha più volte riconosciuto che il principio di semplificazione di derivazione eurounitaria, per effetto proprio della direttiva Bolkestein, rientra oramai «nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa⁹⁹». Per di più, è significativo che le soluzioni inizialmente adottate dal legislatore con riferimento ai soli servizi interessati dalla dir. n. 2006/123/CE, siano oggi estese a tutte le attività; basti pensare alla possibilità di dare avvio ai lavori o alle attività oggetto di Scia già contestualmente alla sua presentazione¹⁰⁰.

Ad ogni modo, a prescindere dallo specifico ambito di applicazione della direttiva, è bene precisare che la *ratio* di quest'ultima e, più in generale, del diritto europeo è quella di incentivare la libera prestazione

attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12, 2016, pp. 1313 ss.; P. URBANI, *Istituzioni, Economia, Territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 125 ss.

⁹⁶ La direttiva non trova applicazione per diversi settori elencati dall'art. 2, dir. 123/2006/CE, tra i quali sono ricompresi anche i servizi non economici d'interesse generale, i servizi finanziari, il settore dei trasporti, quello sanitario e audiovisivo.

⁹⁷ Nello specifico, quanto alle attività soggette a controllo *ex ante*, l'art. 13, par. 3, dir. 123/2006/CE, prevede che: «in mancanza di risposta entro il termine stabilito o prorogato conformemente al paragrafo 3 l'autorizzazione si considera rilasciata. Può tuttavia essere previsto un regime diverso se giustificato da un motivo imperativo di interesse generale, incluso un interesse legittimo di terzi». Similmente, a livello nazionale, il decreto di recepimento si limita a rinviare al meccanismo di silenzio-assenso di cui alla l. n. 241/1990 in quanto, più precisamente, l'art. 17, c. 1, d.lgs. n. 59/2010 dispone che: «Ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241». Rispetto invece alla Scia, l'art. 9, par. 1, lett. c), dir. 123/2006/CE prevede la possibilità di mantenere un regime di controllo *ex ante* soltanto al ricorrere di una serie di condizioni, ivi compresa l'ipotesi in cui il controllo *ex post* «interverebbe troppo tardi per avere reale efficacia».

⁹⁸ Al riguardo, si ricorda che secondo il considerando n. 9 della dir. 123/2006/CE: «La presente direttiva si applica unicamente ai requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio. Pertanto essa non si applica a requisiti come (...) le regolamentazioni edilizie nonché le sanzioni amministrative comminate per inosservanza di tali norme che non disciplinano o non influenzano specificatamente l'attività di servizi, ma devono essere rispettate dai prestatori nello svolgimento della loro attività economica, alla stessa stregua dei singoli che agiscono a titolo privato». Per di più, proprio alla luce delle precisazioni contenute in tale considerando, la Corte di Giustizia ha recentemente ricordato che rientrano nell'ambito di applicazione della Bolkestein soltanto «le normative degli Stati membri che disciplinano specificamente l'accesso ad un'attività di servizio o ad una categoria particolare di servizi, e l'esercizio di quest'ultima» (così Corte Giust. Ue, sez. grand., 22 settembre 2020, C-724/18 e C-727/18).

⁹⁹ Così, *ex multis*, Corte cost., 9 maggio 2014, n. 121; Id., 20 luglio 2012, n. 203; Id., 27 giugno 2012, n. 164; Tar Umbria, sez. I, 27 marzo 2014, n. 193; Tar Sicilia, sez. II, 15 dicembre 2022, n. 3628; Id., sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 26; Id., sez. III, 7 agosto 2012, n. 1776.

¹⁰⁰ In particolare, l'art. 19, c. 3, l. n. 241/1990, così come modificato dall'art. 9, c. 4, l. 18 giugno 2009, n. 69, inizialmente prevedeva che le attività allora oggetto di Denuncia di inizio attività (Dia), anziché di Scia, potevano essere avviate una volta decorsi trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione all'amministrazione, mentre soltanto i servizi e le attività di cui alla dir. 2006/123/CE potevano essere avviati contestualmente alla presentazione della Dia.

dei servizi e delle attività economiche mediante controlli più celeri ed efficienti. Il legislatore europeo, pur favorendo il ricorso ai controlli *ex post* o il rilascio tacito delle autorizzazioni, non legittima anche la diversa ipotesi di un'assenza di controllo *tout court* su attività che, come ad esempio quella edilizia, possono incidere su interessi generali¹⁰¹.

Dunque, a tutela e promozione dell'iniziativa economica privata, il diritto europeo richiede un'amministrazione più efficiente e non certo lo smantellamento della stessa o, comunque, la sua assenza. Non a caso, le Istituzioni europee, nel valutare i programmi di riforma italiani, hanno più volte sottolineato la necessità di rafforzare la capacità delle amministrazioni, soprattutto quelle locali, anche al fine di garantire una corretta attuazione al quadro del mercato unico¹⁰². Per di più, tutti gli altri principali paesi europei, soggetti ai principi di liberalizzazione tanto quanto il nostro paese, hanno mantenuto un contingente di dipendenti pubblici notevolmente superiore – sia in termini assoluti che in rapporto al numero di lavoratori complessivi – a quello oggi a disposizione dell'Italia¹⁰³.

Per tutte le ragioni qui elencate, appare quindi evidente che il legislatore ha aperto, consapevolmente o meno, a un controllo solamente eventuale sulle attività economiche, specie nel settore edilizio nonostante lo Stato dovrebbe assicurare, *ex art. 44, Cost.*, «il razionale sfruttamento del suolo¹⁰⁴». Tale scelta legislativa lascia però qualche perplessità dato che, in forza dell'art. 41 Cost., l'iniziativa economica va sottoposta ai

¹⁰¹ Peraltro, con specifico riferimento al silenzio-assenso, la direttiva ammette comunque la possibilità di regimi diversi da quello del silenzio-assenso in presenza di «un motivo imperativo di interesse generale, incluso un interesse legittimo di terzi», quale ben può essere l'interesse del vicino contointeressato rispetto al rilascio di titoli edilizi altrui. Similmente, quanto alla Scia, l'introduzione di controlli a campione dovrebbe costituire un campanello d'allarme dato che si è in presenza di una fattispecie di ben maggiore gravità rispetto a quella presa in considerazione dall'art. 9, dir. 123/2006/CE. Invero, a fronte di attività edilizie soggette a Scia, tra le quali vi sono anche quelle che comportano degli effetti rilevanti sul territorio circostante, come gli interventi di demo-ricostruzione, si è in presenza non di ipotesi in cui il controllo *ex post* non potrebbe rilevarsi efficace, ma di casi in cui il controllo *ex post* non viene proprio garantito.

¹⁰² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Relazione per paese relativa all'Italia 2020*, pp. 64-65, allegato poi alle raccomandazioni trasmesse all'Italia. Sul punto, sono poi particolarmente rilevanti le raccomandazioni trasmesse all'Italia nel 2019, ove il Consiglio ha lamentato «l'elevata età media dei dipendenti pubblici e il basso livello medio delle loro competenze digitali», nonché «la scarsa capacità del settore pubblico, soprattutto a livello locale, di amministrare i finanziamenti rappresenta una barriera agli investimenti in tutti i settori, a causa della complessità delle procedure, della sovrapposizione delle responsabilità e della gestione carente del pubblico impiego. L'inadeguatezza delle competenze nel settore pubblico limita la capacità di valutare, selezionare e gestire i progetti di investimento»; cfr. *Raccomandazione del Consiglio del 9 luglio 2019 sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*. Resta però fermo che, nelle proprie analisi, le Istituzioni europee hanno sempre posto l'accento anche sull'eccessiva complessità delle procedure e degli oneri burocratici gravanti sulle imprese.

¹⁰³ In FORUM PA, *Lavoro pubblico 2021*, si riporta che nel 2020 in Francia vi sono quasi 6 milioni di dipendenti pubblici, nel Regno Unito più di 5, in Germania quasi 5, mentre in Italia ve ne sono soltanto 3,4 milioni. Inoltre, in Italia solo poco più di un lavoratore su 10 è un dipendente pubblico, mentre in Francia lo è uno su cinque, nel Regno Unito il 16% e in Spagna il 15,9%.

¹⁰⁴ Sull'individuazione dell'art. 44, Cost., come possibile parametro di riferimento per la disciplina urbanistica e il contrasto al consumo di suolo, si veda G. PAGLIARI, *Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5, 2020, p. 333.

controlli opportuni affinché sia indirizzata e coordinata a fini sociali e – come esplicitato dalla novella costituzionale intervenuta neppure un anno fa – anche ambientali¹⁰⁵.

In conclusione, non è chiaro quale sarà l'esito delle riforme amministrative predisposte nei decreti Semplificazioni e Semplificazioni-*bis* e previste anche nel Pnrr.

Sorge però il dubbio che tali riforme, applicate ad amministrazioni comunali dimagrite dalle stagioni di contenimento della spesa pubblica, favoriscano non l'ammodernamento del paese, ma un suo ritorno al passato e, in particolare, al modello dello Stato minimo di ottocentesca memoria. D'altronde, l'iniziativa economica non può essere indirizzata verso il perseguimento degli interessi di rilevanza costituzionale se l'amministrazione non è in grado di rispettare i termini perentori entro i quali ne deve verificare l'effettiva conformità agli interessi stessi. Difatti, consentire l'esercizio di attività economiche anche in assenza di un controllo amministrativo significa ammettere la possibilità di un pregiudizio all'interesse pubblico che le amministrazioni non sono state in grado di tutelare nel tempo assegnato loro dal legislatore. Sarebbe pertanto auspicabile che le riforme amministrative siano predisposte tenendo conto delle effettive capacità delle nostre amministrazioni, invece di essere parametrize ad astratti canoni di efficienza che non possono soddisfarsi in assenza di adeguati investimenti nel personale e nelle risorse a disposizione dei pubblici poteri.

¹⁰⁵ Come noto, con la l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, sono stati modificati gli artt. 9 e 41, Cost. Nello specifico, l'art. 9 Cost. è stato modificato aggiungendo un terzo comma, in forza del quale la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». L'art. 41, c. 2, Cost., è stato invece modificato in modo da precludere all'iniziativa economica privata di recare danno anche «alla salute, all'ambiente» e non solo alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Inoltre, come accennato, è stato modificato anche l'art. 41, c. 3, Cost., per promuovere l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica pubblica e privata anche a fini «ambientali» e non solo sociali.