

Ufficio del massimario della Giustizia amministrativa



RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

a cura di Laura Marzano – 2 marzo 2025

IL SILENZIO NEI RAPPORTI FRA AMMINISTRAZIONI E FRA AMMINISTRAZIONI E PRIVATI

Premessa. §1. Obbligo di concludere il procedimento. §2. Il termine per la conclusione del procedimento. §2.1. Disposizioni normative. §2.2. Natura del termine di conclusione del procedimento. §2.3. La regola dettata dall'art. 152, comma 2, c.p.c. §2.3.1. Orientamento parzialmente differente. §2.4. Conseguenze della violazione del termine perentorio. §2.5. Derogabilità in casi eccezionali del termine perentorio. §2.6. I termini nel procedimento sanzionatorio. §2.6.1. Profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea. **§3. Silenzio inadempimento o rifiuto.** §3.1. Disposizioni normative. §3.2. Principi generali. §3.3. Limiti all'obbligo di provvedere. §3.3.1. segue: in caso di strumentalizzazione dell'istituto della sanatoria. §3.3.2. segue: in caso di acquisizione sanante. §3.3.3. segue: in caso di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione. §3.4. Atto emanato dopo la formazione del silenzio rifiuto. §3.5. Rimedio risarcitorio e indennitario. **§4. Profili processuali.** §4.1. Ricostruzione storica. §4.2. Principi generali (*ante* d.l. 16 luglio 2020, n. 76). §4.2.1. Segue: (*post* d.l. 16 luglio 2020, n. 76). §4.2.2. Segue: in materia ambientale. §4.2.3. Segue: in tema di degrado degli *habitat* naturali. §4.2.4. Segue: in caso di mancata conclusione di un accordo. §4.3. Rapporti fra giudicato e sopravvenienze. §4.4. Il rimedio contro un titolo edilizio che

si assume illegittimo. § 4.5. Notifica al controinteressato. §4.6. Onere della prova. §4.7. Il silenzio su diritti soggettivi: giurisdizione e inammissibilità dell'azione. §4.8. Attivabilità del rito del silenzio con riferimento ad atti generali. §4.9. Cumulo di azioni. §4.10. Termine per proporre l'azione. §4.11. Conseguenze processuali dell'atto emanato da autorità incompetente. §4.12. Atti del commissario *ad acta* nominato per l'esecuzione di una sentenza che accerta l'obbligo di provvedere. §4.13. Non attivabilità del rito del silenzio in materia tributaria. **§5. Silenzio-assenso.** §5.1. Disposizioni normative. §5.2. Il silenzio-assenso secondo la tesi tradizionale. §5.3. L'istituto secondo i più recenti orientamenti. **§6. Il silenzio assenso in edilizia.** §6.1. Sintesi degli orientamenti. §6.2. Configurabilità del silenzio-assenso. §6.3. Necessità della conformità a legge dell'istanza. §6.4. Tassatività dei casi di silenzio-assenso. §6.5. Inconfigurabilità del silenzio-assenso nel caso di fiscalizzazione. §6.6. Rimedi a disposizione dell'amministrazione. §6.7. Silenzio-assenso per interventi in aree vincolate. **§7. Silenzio-assenso in materia di condono edilizio.** §7.1. Riferimenti normativi. §7.2. decorrenza del termine. §7.3. Completezza della domanda. §7.4. Requisiti ulteriori. §7.5. Silenzio-assenso su istanza di condono di abusi su immobili vincolati. **§8. Silenzio-assenso nel codice delle comunicazioni elettroniche.** §8.1. Riferimenti normativi. §8.2. Fattispecie esaminate. **§9. Silenzio-assenso in materia ambientale.** **§10. Silenzio-assenso orizzontale.** §10.1. Disposizioni normative. §10.2. Silenzio orizzontale nei rapporti con la [soprintendenzaSoprintendenza](#). §10.3. Tesi negativa. §10.4. Tesi positiva. §10.5. Precedenti significativi. §10.6. Pronunce successive di segno analogo. §10.7. Ulteriore casistica sulla valenza da attribuire al parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#). §10.8. Ammissibilità dell'opzione zero. **§11. silenzio-rigetto.** §11.1. Disposizioni normative. §11.2. L'istituto nella ricostruzione della Corte costituzionale. §11.3. Regime del silenzio-rigetto di cui all'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001. §11.4. Altre ipotesi di silenzio-rigetto. **§12. Conclusioni.** §12.1. Aspetti sostanziali. §12.2. Aspetti processuali.

Premessa

La presente rassegna, con brevi riferimenti alla normativa più significativa e con alcuni cenni alla giurisprudenza europea, dopo aver tratteggiato i profili procedurali riguardanti l'obbligo di conclusione del procedimento e la natura relativi dei termini, esamina le principali pronunce del Consiglio di Stato sul tema del silenzio dell'amministrazione, declinato sia come mero inadempimento dell'obbligo di provvedere, con individuazione dei rimedi processuali attivabili, sia come silenzio con valore legale tipico che può assumere il contenuto di provvedimento favorevole ovvero di diniego.

1. Obbligo di concludere il procedimento.

L'articolo 2 della legge n. 241 del 7 agosto 1990 dispone, al comma 1, nel testo modificato dall'art. 1, comma 38, l. 6 novembre 2012, n. 190, che «*Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche*

amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

L'obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso rappresenta un principio generale applicabile trasversalmente a qualunque fattispecie e in qualsiasi materia.

La Corte costituzionale, relativamente al rinnovo dei contratti di locazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni, su ricorso della regione Veneto, ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, comma 388, l. 27 dicembre 2013 n. 147 (legge di stabilità 2014), nella parte in cui, subordinando il rinnovo dei contratti di locazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni (e, fra di esse, dalle regioni e dagli enti locali) al rilascio, entro un certo termine, del nulla osta dell'Agenzia del demanio, preclude il rinnovo dei contratti ove l'agenzia non abbia emesso il nulla osta entro il predetto termine, anziché prevedere che il rinnovo è precluso ove l'agenzia abbia espresso, entro lo stesso termine, il diniego del nulla osta (cosicché la formulazione della disposizione impugnata diviene la seguente: «*i contratti di locazione di immobili stipulati dalle amministrazioni individuate ai sensi dell'art. 1, 2° comma, l. 31 dicembre 2009 n. 196, e successive modificazioni, non possono essere rinnovati, qualora l'Agenzia del demanio, nell'ambito delle proprie competenze, abbia espresso il diniego di nulla osta sessanta giorni prima della data entro la quale l'amministrazione locataria può avvalersi della facoltà di comunicare il recesso dal contratto*») (Corte cost., 3 dicembre 2015 n. 245).

La sentenza, pur riconoscendo che la materia delle locazioni di immobili ad uso delle pubbliche amministrazioni rientra nella disciplina dell'«ordinamento civile» e, cioè, in una materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, comma 1, lett. l)*, cost., individua nel procedimento autorizzativo (mediante concessione di un «nulla osta» da parte dell'Agenzia del demanio), finalizzato al rinnovo dei contratti di locazione da parte delle amministrazioni regionali, un ambito di attività amministrativa nel quale debbono essere, da un lato, chiaramente espresse le ragioni (consistenti nell'effettiva disponibilità di immobili demaniali) per cui l'Agenzia del demanio preclude l'esercizio dell'«autonomia privata regionale» nella fase del rinnovo dei contratti; dall'altro lato, pienamente rispettati i principi della legge generale sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990), a cominciare da quello che, per la conclusione del procedimento, esige un provvedimento espresso.

2. Il termine per la conclusione del procedimento.

2.1. Disposizioni normative.

L'art. 2 della legge n. 241 del 1990 ai commi successivi al primo dispone, limitatamente a quanto di interesse ai fini della presente rassegna:

«2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni. ...

6. I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.

7. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2....

8-bis. 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.....».

A seguire l'art. 2-bis, inserito dall'articolo 7, comma 1, lettera c), della legge 18 giugno 2009, n. 69, sotto la rubrica "Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento", dispone:

«1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

1-bis. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

2.2. Natura del termine di conclusione del procedimento.

Sui principi generali in ordine alla natura perentoria o meno dei termini del procedimento amministrativo, è stato affermato:

a) il termine di conclusione del procedimento per l'applicazione di sanzioni da parte dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (Arera) è perentorio e la sua violazione comporta l'illegittimità della misura inflitta (Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584);

b) il carattere della perentorietà può essere attribuito ad una scadenza temporale solo da una espressa norma di legge, sicché le conseguenze della decadenza della potestà amministrativa, o della illegittimità del provvedimento tardivamente adottato, si potrebbero verificare, pure senza una norma *ad hoc*, solo ove un effetto legale tipico fosse collegato all'inutile decorso del termine, ma non avrebbero senso nell'ipotesi generale, perché la cessazione della potestà, derivante dal protrarsi del procedimento, potrebbe nuocere all'interesse pubblico alla cui cura quest'ultimo è preordinato, con evidente pregiudizio della collettività (Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 468);

c) in relazione alla disciplina del procedimento per la concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale, di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 148 del 2015, nel dichiarare in parte inammissibile ed in parte non fondata una questione di legittimità costituzionale riguardante gli effetti della presentazione tardiva della domanda, la Corte costituzionale ha osservato quanto segue:

c1) il legislatore delegato (d.lgs. n. 148 del 2015), nel riordinare il procedimento amministrativo in esame secondo le indicazioni della legge delega n. 183 del 2014, ha ridefinito "in termini più stringenti" (rispetto alla previgente normativa, pur invocata dal rimettente, di cui all'art. 7 della legge n. 164 del 1975) il collegamento "dinamico" fra data di presentazione della domanda e decorrenza del trattamento straordinario di integrazione salariale, facendone conseguire che l'entità del ritardo della domanda, rispetto al termine imposto, comporta un corrispondente effetto sul decorso del trattamento richiesto;

c2) la nuova disciplina, in particolare, ha tenuto distinte le ipotesi (prima, regolate congiuntamente) del trattamento straordinario di integrazione salariale rispetto a quello ordinario, differenziandone i termini e le fasi dei relativi procedimenti, specialmente con riguardo proprio alla fattispecie del beneficio straordinario conseguente al contratto di solidarietà difensiva (fattispecie in cui, rispetto alla precedente disciplina, risultano ora modificati sia il *dies a quo* per la presentazione della domanda, sia l'ampiezza del termine concesso per la presentazione della domanda, che passa da venticinque a sette giorni, e gli effetti della tardività);

c3) la *ratio* della nuova disciplina è quella di «evitare che si determinino situazioni di incertezza, sia per i lavoratori e le organizzazioni sindacali interessate che per l'impresa, con effetti tanto più critici ove il procedimento amministrativo si concluda con un diniego della domanda a notevole distanza dalla stipula dell'accordo aziendale che ha dato luogo alla sospensione/riduzione dell'orario di lavoro», essendo pertanto necessario pretendere dall'impresa «la massima tempestività nella presentazione della domanda, obbligo cui il datore di lavoro viene chiamato ora a rispondere in termini più rigorosi, per evitare che la sua inerzia incida negativamente sull'attuazione degli interessi coinvolti»;

c4) non può trarsi un'ipotesi di irragionevolezza dalla mera constatazione per cui anche un solo giorno di ritardo comporta l'effetto penalizzante, «posto che, ogni volta che un termine è fissato, il suo superamento, anche marginale, produce comunque gli effetti lamentati», e ciò «anche ove sia stabilito un più ampio margine temporale rispetto a quello di sette giorni previsto dal comma 1 del medesimo art. 25 del d.lgs. n. 148 del 2015»;

c5) del resto il termine di sette giorni, sebbene certamente limitato, non può nella specie considerarsi «tale da renderne impossibile, arduo, o comunque eccessivamente oneroso il rispetto», tanto più ove si consideri «che la domanda di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale deve essere inoltrata in via telematica attraverso la procedura CIGS on-line» (Corte cost., 15 maggio 2020, n. 90).

2.3. La regola dettata dall'art. 152, comma 2, c.p.c.

La regola dettata dall'art. 152, comma 2, c.p.c. («I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori») vale esclusivamente per

i termini processuali, mentre la natura (perentoria o meno) dei termini previsti all'interno del procedimento amministrativo va ricavata dalla loro *ratio*.

Pertanto è stato affermato con riferimento a singole fattispecie:

a) nei procedimenti amministrativi, anche di carattere valutativo, un termine è perentorio soltanto qualora vi sia una previsione normativa che espressamente gli attribuisca questa natura, ovvero quando ciò possa desumersi dagli effetti, sempre normativamente previsti, che il suo superamento produce (quali, ad esempio, una preclusione o una decadenza). Ove manchi un'espressa indicazione circa la natura del termine o gli specifici effetti dell'inerzia, deve aversi riguardo alla funzione che lo stesso in concreto assolve nel procedimento, nonché alla peculiarità dell'interesse pubblico coinvolto, con la conseguenza che, in mancanza di elementi certi per qualificare un termine come perentorio, per evidenti ragioni di *favor*, esso deve ritenersi ordinatorio; pertanto trova applicazione il principio per cui il potere amministrativo di provvedere non viene meno per il mero fatto della scadenza del termine fissato in via ordinatoria per il suo esercizio, solo restando salve le conseguenze di tipo disciplinare o risarcitorio per danno da ritardo (Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2020, n. 537);

b) gli atti con i quali la pubblica amministrazione determina e liquida il contributo di costruzione, previsto dall'art. 16 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, non hanno natura autoritativa, ma costituiscono l'esercizio di una pretesa creditoria del comune, nell'ambito di un rapporto obbligatorio a carattere paritetico, e soggetta, in quanto tale, al termine di prescrizione decennale; di conseguenza, ad essi non si applicano né la disciplina dell'autotutela dettata dall'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, né, più in generale, le disposizioni previste dalla stessa legge per i provvedimenti amministrativi, con la conseguenza che il comune può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di costruzione nel termine di prescrizione decennale decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre da parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti sul contributo in un termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel rispetto del termine decennale di prescrizione, anche con un'azione di mero accertamento (Cons. Stato, Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 12);

c) il termine di dieci giorni, previsto dall'art. 48, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per la presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte dell'aggiudicatario di un appalto pubblico e del concorrente che segue in graduatoria, ha carattere perentorio; la natura perentoria del termine deriva, nel caso di specie, dalla sua *ratio* in rapporto alla fase del procedimento in cui si colloca l'adempimento, in coerenza con la giurisprudenza prevalente di questo consiglio, per cui l'art. 152 c.p.c., che definisce i termini processuali come ordinatori salvo quelli espressamente qualificati come perentori, 'vale esclusivamente per i termini processuali, mentre con riguardo ai termini esistenti all'interno del procedimento amministrativo il carattere perentorio o meno va ricavato dalla loro *ratio*' (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 10);

d) con riferimento all'istituto del trattenimento in servizio per i magistrati, i termini entro i quali va avanzata la domanda (previsti, all'epoca, dall'art. 16 del d.lgs. n. 503 del

1992) sono «sostanzialmente ispirati da esigenze di buon andamento riconducibili all'art. 97 Cost.», con la conseguenza che si tratta di termini meramente ordinatori cui corrisponde un interesse legittimo del richiedente: *«non è ragionevole ritenere che il potere discrezionale così riconosciuto in capo all'amministrazione venga meno, o comunque non sia più esercitabile, per il solo fatto che la richiesta di trattenimento in servizio sia stata depositata al di fuori dei termini medesimi: l'unico limite a tale conclusione essendo quello discendente dall'esigenza di evitare che di tale discrezionalità sia fatto un uso irragionevole, discriminatorio o arbitrario (ciò che, a tacer d'altro, contrasterebbe con l'altro fondamentale canone costituzionale dell'imparzialità)»* (Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6051);

e) il termine di cui all'art. 7, comma 1, del d.P.R. n. 184 del 2006, per prendere visione o estrarre copia di documenti in relazione ai quali si è richiesto l'accesso, ha natura perentoria in quanto inerente la disciplina di un diritto soggettivo, con conseguente inapplicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c., concernente invece la diversa ipotesi del termine di compimento di un atto (Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 593);

f) la natura perentoria di un termine, anche non esplicitata dalla lettera della disposizione, può essere desunta dalla funzione che in concreto esso è chiamato ad assolvere, non potendosi in tal caso far valere l'opposto principio derivante dall'art. 152, comma 2, c.p.c. (Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4890);

g) il termine fissato dalla Lega calcio per la regolarizzazione degli adempimenti economici da parte delle società sportive ha carattere perentorio anche se ciò non risulta dal dato testuale delle disposizioni rilevanti, poiché la natura perentoria del termine è ricavabile dalla sua finalità, che è quella di individuare gli aventi titolo alla partecipazione al campionato in tempo per garantire l'espletamento di tutte le relative incombenze organizzative (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 268);

h) il termine di dieci giorni dalla data della richiesta, assegnato all'impresa aggiudicataria per la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 10, comma 1-*quater*, della legge n. 109 del 1994 ha natura perentoria, come può desumersi sia dal tenore letterale della norma che dalla sua ratio; ciò non esclude che il termine stesso sia suscettibile di proroga, ma questa va considerata come ipotesi eccezionale da concedersi solo nel caso in cui l'impossibilità dell'adempimento dipenda da causa oggettiva del tutto estranea al comportamento dell'impresa (Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7948);

2.3.1. Orientamento parzialmente differente.

Si registra anche una tesi parzialmente differente secondo cui – in assenza di una specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza – il termine stesso debba intendersi come meramente sollecitatorio od ordinatorio, senza che possa assumersi, quale conseguenza del suo superamento, l'illegittimità dell'atto, bensì una semplice irregolarità non viziante:

a) la violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo, laddove non sia espressamente qualificato dalla norma come perentorio, non può di per se solo determinare l'illegittimità del provvedimento finale, aggiungendosi, in generale, che il

mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'amministrazione entro il termine previsto per la fine del procedimento non comporta *ex se*, in difetto di espressa previsione, la decadenza del potere. Pertanto, in assenza di una specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, il termine stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio; il suo superamento non produce, perciò, l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante, poiché non esaurisce il potere dell'amministrazione di provvedere: se tale conclusione vale con riferimento ad una norma di legge, è tanto più valida laddove il termine finale sia stato previsto dalla stessa amministrazione procedente (Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2807);

b) la disposizione recata da un atto amministrativo generale di organizzazione (nella specie, si trattava dell'organizzazione commissariale di una ASL), diretta a disciplinare l'ordinato svolgimento del servizio di controllo, proprio perché non contiene alcuna espressa statuizione circa la decadenza del potere ispettivo da parte dell'amministrazione in caso di mancato rispetto del termine e non prevede alcun limite temporale per l'applicazione delle sanzioni, va intesa nel senso che il termine così previsto deve intendersi come meramente ordinatorio (Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824);

c) al procedimento sanzionatorio non è applicabile l'art. 2 della l. n. 241 del 1990, in ragione della specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, tuttavia, in linea con le considerazioni già espresse dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato n. 5695 del 2018 cit.), la mancata previsione di un termine finale del procedimento sanzionatorio va qualificata come vera e propria lacuna legislativa, incompatibile — per un verso — con il principio di legalità anche procedimentale che connota l'applicazione delle sanzioni amministrative e — per altro verso — con le esigenze dell'incolpato di certezza giuridica e di effettività del diritto di difesa; ciò diversamente da quanto affermato dalla Corte di cassazione la quale aveva ritenuto che la mancata fissazione di un termine di durata massima del procedimento sanzionatorio fosse preordinata proprio a consentire all'incolpato di sviluppare compiutamente la proprie difese (Cass. civ., sez. un., 27 ottobre 2020, n. 23593), quantunque l'art. 18 l. n. 689 del 1981 assoggetti l'esercizio delle facoltà difensive dell'interessato a termini molto stringenti, decorrenti dalla contestazione della violazione, che la giurisprudenza qualifica come perentori (Cass. civ., 26 febbraio 2009, n. 4680) (Corte cost., 12 luglio 2021, n. 151);

d) la violazione del termine per la conclusione del procedimento, sancito dagli artt. 4, del d.P.R. n. 447 del 1998 e 23 ss., del d.lgs. n. 112 del 1998 (successivamente abrogato, unitamente all'intero regolamento n. 447 del 1997, dall'art. 12, d.P.R. n. 160 del 2010) non è causa di invalidità del provvedimento emanato in ritardo atteso che, difettando una specifica disposizione che preveda come perentorio il termine assegnato all'amministrazione per concludere il procedimento in questione (indirettamente, attraverso la comminatoria della perdita della possibilità di azione, o direttamente, attraverso la previsione della sanzione della decadenza), il termine ha natura sollecitatoria o ordinatoria ed il suo superamento non produce l'illegittimità dell'atto; l'utilità della norma che prevede un termine ordinatorio si coglie sotto altri aspetti, ovvero per i molteplici rimedi

- procedurali (si pensi all'avocazione ed alla sostituzione del funzionario in ritardo con conseguente responsabilità manageriale), processuali (si pensi all'instaurazione del giudizio sul silenzio inadempimento), risarcitori, disciplinari - assicurati dall'ordinamento per stimolare un'azione amministrativa rapida, efficace ed efficiente (Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2012, n. 5773, che in una vicenda avente ad oggetto il diniego alla costruzione e gestione di tre nuove strutture sanitarie (residenza protetta, centro diurno per anziani e poliambulatorio specialistico) da realizzarsi su terreni di proprietà di una società).

2.4. Conseguenze della violazione del termine perentorio.

La tesi che la violazione del termine del procedimento in generale non determina l'invalidità del provvedimento è stata affermata in relazione alla configurabilità della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente e alla possibilità di estenderla ai comportamenti dell'amministrazione successivi alla pubblicazione del bando di gara idonei a porne nel nulla gli effetti o a ritardarne l'eliminazione o la conclusione.

È stato rilevato che la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, ledendo il diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali, fermo restando l'onere del privato di fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

2.5. Derogabilità in casi eccezionali del termine perentorio.

È stato affermato che un termine perentorio non è inderogabile in assoluto, essendo ammessa la rimessione in termini e/o la proroga del termine, a fronte di situazioni eccezionali che rendano oggettivamente impossibile l'osservanza del termine stesso (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2023 n. 8076).

Il Consiglio di Stato ha richiamato la nozione di inesigibilità del comportamento prescritto in una vicenda concernente l'esito dei campionati di calcio 2022/2023 per l'ammissione alla serie B. Nella disciplina dettata dalla F.i.g.c. (e contenuta nel c.d. manuale per le licenze allegato al comunicato n. 66/A) i termini per gli adempimenti richiesti per l'iscrizione alla serie B erano identificati con il 15 giugno 2023 (termine entro il quale la società di calcio, che aveva titolo per l'ammissione alla serie B, avrebbe dovuto osservare una serie di adempimenti, a pena di sanzione pecuniaria) e il 20 giugno 2023 (designato come termine «perentorio», entro il quale la società di calcio avrebbe potuto integrare gli adempimenti non ancora compiutamente osservati, ferma restando comunque la sanzione pecuniaria per l'inosservanza del primo termine).

La sentenza afferma che i due termini dovevano intendersi fissati sul presupposto ragionevole che i *play off* previsti per l'ammissione alla serie B si concludessero l'11 giugno 2023 (come inizialmente previsto), mentre in realtà l'ultima partita dei *play off* fu spostata al 18 giugno 2023. Tale spostamento, a parere dei giudici amministrativi, rendeva «inapplicabile» il primo termine (quello del 15 giugno 2023), incidendo di conseguenza anche sul secondo termine (considerato un corollario del primo).

A sostegno di questa soluzione il giudice amministrativo, sia in primo che in secondo grado, ha richiamato l'esigenza di verificare se nel caso concreto il comportamento richiesto alla società di calcio fosse «esigibile», utilizzando per l'interpretazione i criteri risultanti dagli art. 1324 e 1362 ss. c.c., nonché il principio di buona fede, richiamato anche dall'art. 1, comma 2 *bis*, l. 7 agosto 1990 n. 241.

La nozione di inesigibilità della condotta è approfondita dalla quinta sezione con riferimenti sia alla rilevanza attribuita a tale nozione in ambito penale sia agli sviluppi in ambito civilistico.

2.6. I termini nel procedimento sanzionatorio.

In relazione al prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui l'esercizio del potere sanzionatorio dell'amministrazione non è assoggettato ad alcun termine massimo di decadenza, fatto salvo quello (non procedimentale, bensì sostanziale) di prescrizione dell'illecito di cui all'art. 28 della l. n. 689 del 1981, si segnala Cass. civ., sez. II, ord. 21 maggio 2019, n. 13676 la quale precisa che a diversa conclusione si può pervenire soltanto in quei settori per i quali norme legislative o regolamentari specifiche abbiano stabilito diversamente, vale a dire introducendo un termine perentorio per la conclusione del procedimento sanzionatorio (Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695).

Sulla impossibilità di applicare il termine "generale" di conclusione del procedimento amministrativo stabilito dall'art. 2 l. n. 241 del 1990 al procedimento sanzionatorio, attesa la sua peculiarità, si segnala Cass. civ., 6 settembre 2018, n. 21706; 14 dicembre 2015, n. 25142; 4 marzo 2015, n. 4363; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542; Cass. civ., 24 settembre 2009, n. 20618; 28 luglio 2009, n. 17526; 20 ottobre 2008, n. 25532; Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591.

2.6.1. Profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

Sulla tematica va segnalato che, con ordinanza del T.a.r. per il Lazio, sez. V-ter, 1° agosto 2023, n. 12692, è stato disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia U.E., ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., sul seguente quesito: «*Se l'art. 102 T.fue, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui*

L'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

La Corte di giustizia UE, sez. II, con la decisione 30 gennaio 2025, C-511/23, *Caronte & Tourist* ha affermato che «L'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, nonché l'articolo 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica».

Il principio di effettività – sottolinea la Corte – i) osta ad un regime nazionale di prescrizione che impedisca in modo sistematico l'irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive per infrazioni così rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza; ii) implica l'eccezionalità dei casi in cui l'autorità competente può limitarsi ad accertare l'infrazione senza sanzionarla (in particolare quando l'impresa interessata ha partecipato a un programma nazionale di clemenza e la sua cooperazione è stata determinante per la scoperta e la repressione efficace della pratica anticoncorrenziale).

Analoga questione, ma riferita alla contestazione di pratiche commerciali scorrette, è stata oggetto di rinvio pregiudiziale da parte dello stesso T.a.r. per il Lazio, sez. I, con ordinanza 2 agosto 2023, n. 13016, avente ad oggetto il seguente quesito: «Se l'art. 11 direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, letto alla luce dei principi di tutela dei consumatori ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di una pratica commerciale scorretta (sleale) entro un termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

La Corte di giustizia UE, sez. II, con la decisione 30 gennaio 2025, C-510/23, *Trenitalia s.p.a.* ha affermato «che gli articoli 11 e 13 della direttiva 2005/29, letti alla luce del principio di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica commerciale sleale condotto da un'autorità nazionale responsabile dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, da un lato, impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio del procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal

momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica».

Va ricordato che, nelle more, anche la sez. VI del Consiglio di Stato ha disposto due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia UE:

a) con ordinanza 9 luglio 2024, n. 6057 è stato chiesto di chiarire «*Se l'art. 101 TFUE osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689, che, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori, impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di notificare alle imprese interessate il provvedimento di avvio dell'istruttoria, che indica inter alia gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, entro il termine decadenziale di novanta giorni, ovvero trecentosessanta giorni per le imprese residenti all'estero, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza della violazione*»;

b) con ordinanza 26 agosto 2024, n. 7243, ha posto il seguente quesito «*se gli articoli 41 e 47 CDFUE e l'art. 46 CEDU ostino ad una disciplina, quale quella nazionale, che, in materia di vigilanza su intese restrittive della libertà di concorrenza, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori e fermo restando l'esercizio dei poteri conformativi, non prevede espressamente la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento fissato dall'autorità garante della concorrenza e del mercato con la comunicazione di contestazione degli addebiti, consentendo all'autorità di prorogare unilateralmente il detto termine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell'accertamento*».

In entrambi i casi il quesito interpretativo è diretto a verificare la compatibilità, con le previsioni del diritto europeo di settore, della normativa nazionale che, in materia di vigilanza su intese restrittive della libertà di concorrenza, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori e fermo restando l'esercizio dei poteri conformativi, non prevede espressamente la natura perentoria del termine di avvio nonché quello di conclusione del procedimento.

Su entrambi i suddetti rinvii non risulta ad oggi intervenuta alcuna decisione della Corte di giustizia UE.

3. Silenzio inadempimento o rifiuto.

Di norma, l'inerzia dell'amministrazione protratta per tutto il tempo disponibile per ottemperare all'obbligo di provvedere, equivale a mero inadempimento, senza che alla stessa possa attribuirsi alcun contenuto tipizzato.

3.1. Disposizioni normative.

L'art. 31 del c.p.a., sotto la rubrica "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità", dispone:

«1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV».

L'art. 117 c.p.a. "Ricorsi avverso il silenzio", dispone:

«1. Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2.

2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

3. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

4. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

5. Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.

6. Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

6-bis. Le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 6, si applicano anche ai giudizi di impugnazione».

3.2. Configurabilità del silenzio rifiuto.

Anteriormente alla modifica apportata all'art. 2, comma 1, l. 241 del 1990 ad opera dell'art. 1, comma 38, l. 6 novembre 2012, n. 190, è stato affermato che:

a) indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniquale volta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 Cost.), in

rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia;

b) al riguardo va operata una distinzione tra istanza volte ad ottenere: *i)* atti di contenuto favorevole in quanto ampliano la sfera giuridica del richiedente; *ii)* il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati; *iii)* atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali);

b1) quanto alla prima categoria, l'istanza diretta ad ottenere un provvedimento favorevole determina un obbligo di provvedere quando chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo, anche in assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa;

b2) quanto alla seconda categoria, l'istanza del privato mirante ad ottenere il riesame da parte della p.a. di un atto autoritativo, non impugnato tempestivamente, non comporta, di regola, la configurazione di un obbligo di riesame;

b3) maggiormente problematica è la terza categoria di istanze. Laddove il privato sollecita l'esercizio di poteri sfavorevoli (repressivi, inibitori, sanzionatori) nei confronti di terzi, è necessaria, perché si radichi il dovere di provvedere della p.a., l'esistenza in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività (Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975).

3.3. Limiti all'obbligo di provvedere.

A seguito della modifica apportata all'art. 2, comma 1, l. 241 del 1990 ad opera dell'art. 1, comma 38, l. 6 novembre 2012, n. 190, è stato affermato:

a) qualora la nota dell'amministrazione non possa essere qualificata come atto interruttivo del silenzio, ma debba essere piuttosto qualificata come atto soprassessorio, trattandosi di un atto che non conclude il procedimento ma si limita a rinviare *sine die* l'adozione del provvedimento conclusivo, deve ritenersi ammissibile l'azione avverso il silenzio, sul presupposto che tale atto non faccia venire meno l'obbligo di provvedere e la conseguente inerzia dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2024, n. 10485, sull'obbligo di provvedere del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica pur in presenza di un parere contrario del Ministero della cultura);

b) alla mancata impugnazione dei titoli nel termine decadenziale di legge non si può ovviare con una richiesta di annullamento in autotutela dal momento che, su tale istanza, l'amministrazione non ha alcun obbligo di provvedere (Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2024, n. 8967);

c) non è consentito, attraverso la presentazione di istanze di autotutela tardive o strumentali e utilizzando il metodo della "caccia all'errore lessicale" nelle risposte dell'amministrazione, da una parte di procrastinare *sine die* procedimenti già conclusi da anni e, dall'altra, di aggirare le preclusioni derivanti dal giudicato che, come noto, copre dedotto e deducibile (Cons. Stato, sez. VII, 30 maggio 2024, n. 4838);

d) in caso di presentazione di istanza di autotutela non è configurabile un obbligo di provvedere in ragione della natura officiosa e ampiamente discrezionale, soprattutto

nell'*an*, del potere di autotutela ed al fatto che, rispetto all'esercizio di tale potere, il privato può avanzare solo mere sollecitazioni o segnalazioni prive di valore giuridicamente cogente (Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2024, n. 4518; sez. III, 12 marzo 2024, n. 2357; sez. V, 9 gennaio 2024, n. 301; sez. IV, 12 settembre 2023, n. 8284; sez. V, 9 gennaio 2024, n. 301; sez. III, 30 agosto 2022, n. 7561; sez. V, 23 maggio 2022, n. 4085; sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2622; 9 gennaio 2017, n. 20; 22 gennaio 2013, n. 355);

e) in caso di reiterazione di domande aventi lo stesso oggetto, sulle quali l'amministrazione si è pronunciata con provvedimenti di diniego rimasti inoppugnati, l'eventuale risposta della p.a. alla nota del privato, avente contenuto di replica all'istruttoria negativamente conclusa, che dichiarare la nuova istanza "carente degli elementi fondamentali per riesaminare", il comportamento dell'amministrazione risulta immune da mende mentre, al contrario, il contegno complessivo della parte che ha reiterato le istanze appare violativo dei doveri di collaborazione e buona fede cui anche il privato che entra in contatto con la p.a. deve rispettare a mente dell'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990 (Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2022, n. 7843);

f) non valgono a riaprire i termini di conclusione del procedimento eventuali istanze di sollecito, infatti l'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990 si applica, infatti, solo in presenza di una vera e propria istanza, mercé la quale si instaura un nuovo rapporto procedimentale; la corretta esegesi dell'art. 31, comma 2, c.p.a., in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990 (per come suggerita dai principi di certezza dei traffici giuridici e di temporizzazione del procedimento amministrativo) postula che l'interessato presenti una nuova istanza idonea, sotto il profilo formale e sostanziale, ad avviare un autonomo, rinnovato procedimento, sulla base di intervenute modificazioni fattuali o giuridiche (Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2022, n. 7841);

g) per verificare se possa configurarsi una ipotesi di silenzio inadempimento e, quindi, il conseguenziale obbligo di provvedere, è necessario accertare la natura, definitiva o endoprocedimentale, dell'atto adottato dall'amministrazione in riscontro dell'istanza, quindi l'atto va considerato vero e proprio provvedimento definitivo lanche laddove definisca la proposta dei privati come attualmente "*inammissibile*" atteso che l'uso dell'aggettivo "*attuale*" non infirma il carattere conclusivo della statuizione e non lo rende un atto meramente soprassessorio (Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7323);

h) il concorrente non aggiudicatario di una pubblica gara, che non abbia tempestivamente impugnato un atto lesivo, non può pretendere di essere rimesso surrettiziamente in termini sollecitando il potere di autotutela dell'amministrazione e impugnando l'eventuale diniego atteso che, con la richiesta di un intervento in autotutela, si finirebbe per eludere il sistema dei termini decadenziali e l'esigenza di una celere definizione della lite, propria della normativa sulle gare pubbliche (Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2011, n. 2842).

3.3.1. segue: in caso di strumentalizzazione dell'istituto della sanatoria.

In una fattispecie in cui l'istituto della sanatoria di cui all'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 era stato, nel corso degli anni, strumentalmente utilizzato dalla parte non per legittimare, in

via eccezionale, occasionali abusi di natura formale e di minima entità, ma come ordinario strumento per realizzare, in via progressiva e frazionata, un unico intervento di ampliamento e trasformazione dell'immobile originario (anch'esso in origine abusivo ed oggetto di sanatoria), senza ricorrere al titolo edilizio *ex ante* e secondo la logica del "fatto compiuto":

a) è stata esclusa l'applicabilità dello *ius superveniens* costituito dall'art. 36-bis d.P.R. 380 del 2001, introdotto dal d.l. n. 69 del 2024 (convertito con modificazioni dalla l. n. 105 del 2024), trattandosi di disposizione entrata in vigore il 30 maggio 2024, ossia in data largamente successiva a quella di presentazione della s.c.i.a. in sanatoria (22 gennaio 2024), oggetto dell'impugnato silenzio;

b) è stata esclusa l'avvenuta formazione del silenzio-assenso sull'istanza presentata, poiché l'art. 37 d.P.R. n. 380 del 2001 (nel testo applicabile *ratione temporis*), a differenza dell'art. 36 che lo precede (relativo al silenzio-rigetto sull'istanza di permesso di costruire in sanatoria), non assegna al silenzio serbato dall'amministrazione alcun valore provvedimentale: di qui la necessaria qualificazione di esso quale silenzio inadempimento;

c) è stato affermato che la descritta strumentalizzazione dell'istituto della sanatoria ha immediate ricadute sul piano procedimentale e processuale con riguardo:

c1) all'insussistenza di un obbligo dell'amministrazione di provvedere poiché il ricorso abusivo all'istituto in esame ne determina un ingiustificato sviamento dal fine tipico ed integra una fattispecie di abuso del diritto, nonché di violazione degli obblighi di collaborazione e buona fede;

c2) alla conseguente inconfigurabilità, in capo alla ricorrente, di una situazione soggettiva suscettibile di tutela nelle forme del rito del silenzio ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., per la natura illegittima, emulativa ed elusiva dell'interesse rivendicato (Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2025, n. 1394).

3.3.2. segue: in caso di acquisizione sanante.

Nei casi di illecita apprensione di immobili in violazione delle disposizioni del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 spetta al privato la facoltà di sollecitare l'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante ai sensi dell'articolo 42-bis o, in alternativa, la restituzione del bene. Tale iniziativa ha funzione di sollecito e non di impulso procedimentale in senso proprio, rispetto ad un obbligo di provvedere che sorge a carico dell'amministrazione sin dal perfezionarsi dell'illecita occupazione e la cui violazione può essere accertata dal giudice su ricorso del privato senza bisogno di istanze formali.

In caso di silenzio serbato dall'amministrazione sulla domanda volta ad ottenere l'acquisizione sanante del bene occupato *sine titulo* ai sensi dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001, l'eventuale irricevibilità del ricorso proposto oltre il termine annuale di decadenza di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a., non preclude al privato, in applicazione dei doveri di collaborazione e buona fede che incombono sulle parti della relazione procedimentale, di presentare una istanza sollecitatoria all'amministrazione, manifestando la persistenza dell'interesse all'adozione del provvedimento conclusivo. Tale domanda ha l'effetto di

rendere nuovamente ammissibile l'azione avverso il silenzio ai sensi della seconda parte dell'art. 31, comma 2, c.p.a., qualora l'inerzia dell'amministrazione perduri.

Dagli obblighi di buona fede e collaborazione contemplati dall'art. 1, comma 2-bis, l. 241 del 1990 discende che nei procedimenti d'ufficio in cui, a rigore, la legge non contempla oneri di impulso di natura procedimentale in capo al privato, è configurabile uno specifico onere per il privato di sollecitare l'amministrazione ad esercitare i propri poteri, evidenziando la persistenza dell'interesse alla conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, con conseguente applicabilità della seconda parte dell'art. 31, comma 2, del codice del processo amministrativo.

Sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 31, comma 2, c.p.a., deve ritenersi non ragionevole la previsione di una decadenza permanente del diritto di azione per decorso del termine annuale di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a. limitata ai procedimenti d'ufficio, laddove le due tipologie di procedimenti (d'ufficio e ad iniziativa di parte), differenziandosi per la sola fase di impulso, pongono una medesima esigenza di tutela del cittadino di fronte ai pubblici poteri, esigenza che risulta persino rafforzata nei casi di procedimenti officiosi finalizzati a porre rimedio a condotte illecite dell'amministrazione (nella specie, occupazione *sine titulo* di beni in violazione delle disposizioni contenute nel testo unico in materia di espropriazioni per pubblica utilità) (Cons. Stato, sez. IV, 13 novembre 2024, n. 9120).

L'amministrazione nell'attuale disponibilità del bene può trattenerlo soltanto provvedendo al suo acquisto nelle forme di diritto privato o mediante lo strumento dell'acquisizione sanante di cui all'art. 42-bis; e poiché l'Adunanza plenaria (sentenza 9 febbraio 2016, n. 2) ha riconosciuto che nulla vieta al giudice, adito in sede di cognizione o nell'ambito del rito sul silenzio, di imporre all'amministrazione di decidere, ad esito libero, nel rispetto di tutte le garanzie sostanziali e procedurali, se intraprendere il procedimento per acquisire il bene *ex art. 42-bis* o adottare una diversa soluzione (cioè restituire il bene o contrattare con il privato un accordo di natura transattiva), occorre che l'amministrazione provveda in tal senso, in accordo con la controparte ovvero mediante l'adozione del provvedimento autoritativo di acquisizione sanante *ex art. 42-bis*, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, confluendo in tale ultima ipotesi anche la posta relativa all'indennizzo dovuto per l'acquisizione sanante, come evincibile dal disposto del comma 3 del citato art. 42-bis (Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2024, n. 3402; sez. II, 28 novembre 2019, n. 8119).

I poteri espropriativi *ex art. 42-bis* d.P.R. n. 327 del 2001 fanno capo all'Anas S.p.a. quale ente concedente e non spettano all'ente concessionario in quanto se è vero che il concessionario del tratto autostradale è possessore dell'area, come 'Autorità che utilizza' il bene stesso va considerato l'ente concedente, pertanto le aree interessate dalla sede autostradale, seppure incontestabilmente trasformate in via definitiva, avrebbero potuto essere oggetto del particolare procedimento di cui al citato art. 42 bis solo ad opera dell'Anas, società dotata dei relativi poteri autoritativi come ente proprietario. Pertanto la circostanza che Anas S.p.a. abbia invitato la Società Strada dei Parchi S.p.a. (originaria concessionaria delle autostrade A24 e A25, successivamente reintegrata nella sua qualità di concessionaria, in forza del d.l. n. 145 del 2023, non può certamente escludere di per sé l'inerzia di Anas,

che, per le ragioni già illustrate, è tenuta a provvedere direttamente sulla predetta istanza (Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 2024, n. 3238).

Il riscontro da parte di Anas S.p.a. dell'istanza del privato tesa ad ottenere l'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante, ai sensi e per gli effetti dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001, lungi dal costituire un mero atto interlocutorio endoprocedimentale, rappresenta la definitiva risposta dell'ente alla richiesta di provvedere e risulta un atto idoneo a concludere il procedimento iniziato con l'istanza stessa, escludendo la permanenza del silenzio inadempiuto (Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2023, n. 9367).

3.3.3. segue: in caso di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione.

Dopo una accurata ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, mediante richiamo ai precedenti di cui si è dato conto nei paragrafi che precedono, è stato osservato:

a) circa la sussistenza di un obbligo di provvedere, coercibile ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., in tema di conclusione degli accordi amministrativi – quelli cioè aventi un oggetto pubblico, compresi quelli sull'esercizio del potere discrezionale - si rinviengono precedenti sporadici:

a1) dubbi sono prospettati da C.g.a., sez. giur., 13 marzo 2014, n. 121, in forma di *obiter dictum* e in fattispecie di accordo non avente ad oggetto l'esercizio di un potere;

a2) in una fattispecie peculiare di accordi transattivi procedimentalizzati, l'obbligo di provvedere è stato affermato da Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2011, n. 6244;

a3) l'obbligo di provvedere – rilevante ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. – è stato poi affermato rispetto alla adozione del provvedimento finale, che segue la stipula di accordi procedimentali *ex art. 11* della legge n. 241 del 1990 (Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2022, n. 2636; sez. III, 28 agosto 2013, n. 4309);

a4) l'obbligo di provvedere è stato confermato, in via generale, in presenza di fattispecie consensuali aventi ad oggetto l'esercizio di un potere pubblico (cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2024, n. 4321) precisandosi che *«Anche in presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico la legge o la buona fede possono prevedere un obbligo di provvedere, senza che ciò escluda la natura bilaterale che connota gli accordi; l'accordo in questione è infatti stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipula dell'accordo»*;

a5) in linea con i menzionati orientamenti, è stato poi fondato l'obbligo giuridico di valutare una eventuale istanza di rinegoziazione di una convenzione urbanistica, alla luce di fatti sopravvenuti rilevanti, sul principio di buona fede, ritenendo astrattamente esperibile l'azione avverso il silenzio, chiarendosi che: *«Ciò non implica che il proprietario sia obbligato in modo perpetuo a quanto previsto nella convenzione poiché, come il comune può recedere dalla convenzione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ex art. 11, comma 4, della legge n. 241 del 1990, analogamente il privato può, in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, chiedere al comune di rinegoziare i contenuti della convenzione o di singole sue parti, in applicazione del*

principio di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti; inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di una istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, in capo alla controparte pubblica che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità» (Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2022, n. 11734);

a6) a tale principio si ispira Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2023, n. 8328 che viene in rilievo nel presente giudizio e invocato a fondamento della dedotta violazione dell'obbligo di provvedere;

b) tanto premesso in via di inquadramento generale della problematica, deve ritenersi l'insussistenza, anche solo di un obbligo di procedere sull'istanza di rinegoziazione laddove il Comune sia ancora in attesa dell'esecuzione della convenzione di lottizzazione originaria rispetto alla quale, in ben 17 anni trascorsi, lo stesso ha sempre ribadito il proprio interesse alla piena ed integrale attuazione dell'accordo, che rappresenta un atto di pianificazione urbanistica di livello secondario in quanto attuativo di un programma integrato di intervento (PII) nel quale la realizzazione delle opere pubbliche dedotte in convenzione è altresì funzionale alla urbanizzazione dei lotti di proprietà degli altri contraenti (c.d. lottizzanti minori) che, allo stato, si vedono nella impossibilità di sfruttare i restanti due quinti del Sub-comparto;

c) nella descritta situazione non è configurabile alcun obbligo di buona fede e di cooperazione – finalizzato ad una rinegoziazione della convenzione – in capo al Comune che subisce una situazione di grave e persistente stallo, in pregiudizio dell'interesse pubblico alla corretta pianificazione dell'area;

d) del resto è la stessa natura di accordo plurilaterale che osta ad una rinegoziazione della convenzione sui cui contenuti ed obblighi altre parti fanno, da tempo, affidamento per poter esercitare lo *ius aedificandi* inerente ai terreni in loro proprietà ricompresi nel medesimo sub comparto;

e) inoltre nel caso di specie non è configurabile alcuna circostanza sopravvenuta “rilevante” poiché tutti gli accadimenti richiamati a sostegno della rinegoziazione, per quanto successivi alla stipula della convenzione, sono stati tutti oggetto di attento scrutinio nei numerosi giudizi instaurati che hanno sempre escluso la loro idoneità ad incidere sulla validità e persistente efficacia della convenzione sicché era chiaro da tempo che non vi fossero spazi per una rinegoziazione della stessa (Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014).

3.4. Atto emanato dopo la formazione del silenzio rifiuto.

Il decorso del termine di trenta giorni ex art. 25, comma 4, della l. n. 241 del 1990 non consuma il potere della P.A. di provvedere sull'istanza di accesso agli atti, mantenendo quest'ultima il potere di emanare un diniego, o anche un accoglimento, espresso e motivato:

un diniego esplicito, pur se rilasciato dopo la formazione del c.d. silenzio diniego di cui al succitato art. 25, comma 4, costituisce un atto di conferma a carattere rinnovativo, che modifica la realtà giuridica e che deve essere specificamente impugnato (Cons. Stato, sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854).

Il termine di conclusione del procedimento amministrativo, previsto dall'art. 2, l. n. 241 del 1990, non ha natura perentoria ed il suo mancato rispetto, pur dando luogo alle conseguenze previste dal medesimo art. 2 e dal successivo art. 2-bis, l. n. 241 del 1990, non incide di per sé sulla validità del provvedimento successivamente adottato (Cons. Stato, sez. IV, 13 settembre 2021, n. 6255).

Ai fini della declaratoria d'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza del privato nonché della condanna della stessa, è necessario che, al momento della pronuncia del giudice, perduri l'inerzia dell'amministrazione inadempiente e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire; di conseguenza, l'adozione da parte della stessa di un provvedimento esplicito, in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge, rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato); permane invece la situazione di inerzia colpevole, e dunque il corrispondente interesse ad agire ex art. 117 c.p.a., se l'amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio, atteso che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento che l'amministrazione ha l'obbligo di concludere, ma un rinvio *sine die* (Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2019, n. 8349).

In assenza di una espressa previsione di legge, il superamento del termine non priva l'amministrazione del potere di provvedere, né tampoco produce un automatico effetto abilitativo in favore del privato, mancando al riguardo una espressa previsione di formazione di silenzio-assenso. Dunque, il superamento del termine non impedisce al procedimento di proseguire e all'amministrazione di svolgere gli adempimenti istruttori richiesti per legge, non autorizzando la norma, una volta decorso il suddetto termine, una conclusione favorevole del procedimento né attraverso un provvedimento abilitativo silentemente formatosi, né attraverso un'autorizzazione espressa adottata allo stato degli atti. Tali considerazioni rendono priva di pregio la doglianza in base alla quale i provvedimenti assunti sarebbero illegittimi in quanto tardivi e perché adottati quando il potere istruttorio si era ormai consumato (Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712).

La formazione del silenzio rifiuto, formatosi ai sensi dell'art. 31 comma 6 l. n. 1150 del 1942, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza di concessione edilizia, non consuma il potere-dovere dell'amministrazione di provvedere sulla domanda del privato; ciò perché il silenzio-rifiuto si sostanzia in un provvedimento fittizio con finalità acceleratorie del procedimento di rilascio del titolo concessorio e di semplificazione, in particolare attribuendo al privato la facoltà di liberarsi dell'inerzia dell'amministrazione e dell'onere della diffida e messa in mora al fine di adire il giudice amministrativo. Ne discende che la mancata impugnazione del silenzio-rifiuto non esclude la responsabilità

risarcitoria, ma rileva sotto il diverso profilo della sua eventuale efficacia causale alla produzione del danno e della concreta determinazione del danno risarcibile, *ex art. 1227 c.c. e 30 comma 3 c. proc. amm.* (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968).

È ammissibile il ricorso giurisdizionale avverso un atto esplicito di rigetto dell'istanza di un privato, proposto dopo la formazione del silenzio - rifiuto su quest'ultima, in quanto il provvedimento emanato non è meramente confermativo del silenzio, che rimane soltanto un comportamento omissivo della p.a. (Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1997, n. 153).

3.5. Rimedio risarcitorio e indennitario.

Sul tema dei rimedi esperibili dal privato leso dal ritardo dell'amministrazione nel provvedere è stato affermato:

a) l'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dall'art. 28, comma 10, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazione dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), ha espressamente previsto che *«le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento»;*

b) con tale norma il legislatore – superando *per tabulas* il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento;

c) il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale in quanto il ritardo può indurre il privato a scelte negoziali che non avrebbe compiuto se avesse ricevuto nei termini la risposta dell'amministrazione;

d) la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione;

e) non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

È stato poi chiarito che, nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo, il requisito dell'ingiustizia esige la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza e che l'ingiustizia del danno così declinata non è tuttavia il solo presupposto della responsabilità *ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990* essendo necessario verificare se il privato abbia fatto tutto quanto necessario (art. 2,

commi 9-bis-9-quinquies) al fine di escludere dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (Cons. Stato, Ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7).

Si sono espresse in modo conforme Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2024, n. 3375, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8299, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6958, sez. V, 2 maggio 2023, n. 4453, sez. IV, 8 settembre 2022, n. 7841, sez. VI, 4 gennaio 2022, n. 31, sez. II, 12 aprile 2021, n. 2960, sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6351.

4. Profili processuali.

4.1. Ricostruzione storica.

Antecedentemente alla riscrittura (ad opera dell'art. 7, comma 1, lettera b), l. n. 69 del 2009) dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 e nella vigenza dell'art. 21-bis, l. n. 1034 del 1971, la giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311; sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2237; sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3741; Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1), aveva ricostruito il sistema di tutela avverso l'inerzia della p.a., nei termini che per brevità così si sintetizzano:

a) il giudizio sul silenzio rifiuto verte esclusivamente sull'accertamento della sussistenza o meno dell'obbligo della p.a. di provvedere;

b) conseguentemente il giudice non può compiere un accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale indicando all'amministrazione il contenuto del provvedimento da adottare;

c) l'amministrazione non perde il potere di esercitare la funzione dopo lo scadere del termine di conclusione del procedimento;

d) il menzionato art. 21-bis non introduce una norma sulla giurisdizione ma sul rito, di carattere speciale ed accelerato, coerente con i valori costituzionali ed internazionali della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost. e 6, CEDU);

e) dalla individuata natura del rito sul silenzio, la giurisprudenza ha fatto discendere precisi corollari processuali. Si è così affermato che:

e1) l'adozione di qualsivoglia atto da parte dell'amministrazione, in quanto espressione di funzione pubblica in risposta alla diffida dell'interessato, determini l'inammissibilità o improcedibilità del ricorso proposto ex art. 21-bis cit. a seconda che intervenga prima o dopo la proposizione del ricorso medesimo;

e2) l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale contenente due distinte azioni (impugnatoria e di accertamento), disciplinate da due diversi riti e aventi diversi oggetto e contenuto (Cons. Stato, sez. IV, ord. 27 marzo 2007, n. 1532; C.g.a., 13 febbraio 2006, n. 36);

e3) l'impossibilità di proporre motivi aggiunti avverso il provvedimento sopravvenuto (sfavorevole) nel corso del giudizio instaurato ex art. 21-bis cit., e di convertire il ricorso speciale in ricorso volto ad introdurre un giudizio ordinario di legittimità;

e4) l'improponibilità di domande risarcitorie e di adempimento di diritti di credito, formulate secondo il rito disegnato dall'art. 21-bis; l'impugnativa degli atti del commissario

ad acta, nominato dal giudice, *ex art. 21-bis*, comma 2, cit., in sede ordinaria di legittimità e non già con ricorso per ottemperanza (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1586);

f) l'art. 2, comma 5, l. n. 241 cit. (riformulato ad opera dell'art. 7, comma 1, lettera b), l. n. 69 del 2009), ha introdotto le seguenti novità: è stata eliminata la necessità della diffida all'amministrazione quale condizione di proponibilità dell'azione *ex art. 21-bis*, l. n. 1034 cit.; il termine di decadenza del ricorso *ex art. 21-bis*, non è più quello ordinario di sessanta giorni, ma quello più lungo di un anno decorrente dallo scadere del termine di conclusione del procedimento; si stabilisce che «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa»; si ammette, infine, la reiterabilità dell'istanza ove ne ricorrano i presupposti;

g) la formulazione della norma sancita dall'art. 2, comma 5, l. n. 241 cit., che sembra autorizzare il giudice ad andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere, accertando direttamente la fondatezza della pretesa e sostituendosi all'amministrazione, non ha tuttavia inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, ha attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000 (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2006, n. 6003 dopo la l. n. 80 del 2005):

h) pertanto, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice potrà conoscere della accoglibilità dell'istanza:

h1) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione (in altri termini si potrà condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'*an* della pretesa ma nulla di più) (Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 dopo la l. n. 80 del 2005);

h2) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la p.a. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto;

i) la nuova formulazione dell'art. 2, l. n. 241 cit., non scalfisce l'approdo cui era giunto l'orientamento giurisprudenziale formatosi in precedenza che, nel caso di sopravvenienza del provvedimento negativo nel corso del giudizio, optava per la declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse;

j) nel caso di sopravvenienza del provvedimento espresso nel giudizio sul silenzio, tale formula di conclusione del giudizio potrà essere adottata esclusivamente in presenza di un provvedimento favorevole all'istante (Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311);

k) l'eventualità che l'istanza presentata dal privato sia diretta ad ottenere un provvedimento espressione di discrezionalità amministrativa se, infatti, preclude al Giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, non gli impedisce, tuttavia, di dichiarare l'obbligo dell'amministrazione rimasta inerte di provvedere sulla richiesta del privato (impregiudicato il contenuto dell'emanando provvedimento). Si arriverebbe altrimenti alla conclusione, inaccettabile e priva di qualsiasi fondamento normativo, di ritenere che contro l'inerzia della p.a. non vi sia tutela in tutti i casi in cui l'istanza del privato rimasta inesa solleciti l'esercizio di poteri discrezionali

(Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, i cui principi sono ripresi da sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1680 e sez. III, 26 luglio 2024, n. 6765).

4.2. Principi generali (*ante* d.l. 16 luglio 2020, n. 76).

I principi relativi all'azione avverso il silenzio, nella vigenza dell'art. 2 della l. 241 del 1990 anteriore alla novella apportata dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, sono così schematizzabili:

a) presupposto processuale per l'esercizio dell'azione disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a. – che introducono norme sul rito e non di giurisdizione, esclusiva o di merito – è che la controversia appartenga alla giurisdizione (normalmente di legittimità) del giudice amministrativo; ne rimangono escluse le contestazioni relative a diritti di credito o comunque a posizioni di diritto soggettivo perfetto (con l'eccezione dei tassativi casi previsti dagli artt. 133 e 134 c.p.a.), mentre è indifferente il maggior o minore grado di discrezionalità riservato all'amministrazione; parimenti esclusa, *ex art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.*, è la possibilità di sindacare, con lo speciale rito del silenzio, la mancata adozione, da parte degli organi titolari del relativo potere, di atti normativi (leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti e così via), venendo in rilievo ambiti nei quali l'amministrazione esprime scelte di natura politica, ovvero soggetti istituzionalmente diversi dalla pubblica amministrazione;

b) fermo rimanendo l'accertamento delle ordinarie condizioni dell'azione (interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, *legitimatio ad causam*), assume importanza centrale il riscontro dell'interesse ad agire che presuppone l'inadempimento dell'obbligo di provvedere; in linea generale, perché si radichi l'interesse è necessario che sia configurabile un obbligo di provvedere, un termine (officioso, perché individuato in via immediata dalla disciplina di settore, ovvero ritraibile dalla presenza di una istanza di parte non evasa nei termini direttamente o indirettamente divisati dall'art. 2, l. 241 del 1990) e la sua violazione;

c) l'obbligo di provvedere a carico dell'amministrazione (e simmetricamente la legittimazione al ricorso della parte che agisce in giudizio) non si configura:

c1) in presenza di istanze illegali, emulative, manifestamente infondate o inammissibili (arg. adesso *ex art. 2, comma 1, l. n. 241 cit.*; nello stesso senso sez. II, n. 1394 del 2025 cit.);

c2) a fronte di provvedimenti inoppugnabili o in relazione ai quali si solleciti l'esercizio dell'autotutela (nello stesso senso sez. II, n. 1394 del 2025 cit.);

c3) in presenza di tutte le ipotesi di silenzio significativo (nelle quali l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento espresso);

c4) se l'ordinamento qualifica il termine entro cui deve essere adottato il provvedimento come perentorio: in tal caso, infatti, la sanzione è quella della perdita irrimediabile del potere di esercitare la funzione pubblica da parte dell'autorità rimasta inerte, circostanza questa che impedisce in radice l'esercizio dell'azione *ex art. 117 c.p.a.* anche per evitarne un (ab)uso strumentale ed elusivo dell'avvenuta estinzione del potere;

d) il presupposto per la condanna ai sensi dell'art. 117 c.p.a. è che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'amministrazione inadempiente (e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire); sotto tale angolazione si ritiene che:

d1) in linea generale l'adozione di un provvedimento esplicito (in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge), rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato);

d2) permane, viceversa, la situazione di inerzia colpevole (e dunque il corrispondente interesse ad agire ex art. 117 c.p.a.), se l'amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio; tanto nel decisivo presupposto che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento che l'amministrazione ha l'obbligo di concludere ma un rinvio *sine die*;

d3) il tenore testuale dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 (il cui comma 8 consente il ricorso all'azione ex art. 31 c.p.a.), fa sì che la norma sancita sia applicabile anche al procedimento di formazione degli atti generali, pianificatori o programmatori: infatti, l'art. 13 della medesima legge – che espressamente concerne la disciplina applicabile agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione – stabilendo che per essi, in quanto non si applichino alcune parti della legge cit. «*restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*» - esclude per i procedimenti diretti alla emanazione dei suddetti atti unicamente l'applicazione delle disposizioni contenute nel Capo III della stessa legge (artt. da 7 a 13); *a contrario*, dunque, detto art. 13 conferma che le disposizioni degli altri capi della legge – e, in particolare, quelle del Capo I, tra cui è compreso l'art. 2 – si applicano anche ai procedimenti destinati a sfociare nell'emanazione di atti generali e pianificatori;

e) in casi peculiari (caratterizzati dalla presenza di situazioni straordinarie, come il caso fortuito, la forza maggiore e così via), il serio avvio dell'esercizio del potere pianificatorio – il cui contenuto rimane ampiamente discrezionale e insuscettibile di essere vincolato da istanze di parte – dopo la scadenza del termine (se previsto dalla disciplina di settore) o prima di tale scadenza ma in mancanza del completamento del procedimento, può ritenersi esaustivo dell'obbligo di provvedere e dunque idoneo ad una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del ricorso ex art. 117 c.p.a. (fattispecie relativa al silenzio serbato dalla Regione Veneto, nonostante varie diffide, sull'obbligo di approvare il piano regionale dell'attività di cava entro “dodici mesi dall'entrata in vigore della presente legge secondo le procedure stabilite dall'art. 7” ai sensi di quanto previsto dall'art. 42 della l. reg. n. 44 del 1982) (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273);

f) alla stregua dei principi riportati anche l'ammissibilità del rito del silenzio soggiace al preventivo vaglio circa la sussistenza delle condizioni dell'azione, e pertanto assume importanza centrale l'individuazione dell'amministrazione su cui grava l'obbligo di procedere: il presupposto per la condanna ai sensi dell'art. 117 c.p.a. è il fatto che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'amministrazione inadempiente unica legittimata passiva (Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2912)

4.2.1. Segue: (post d.l. 16 luglio 2020, n. 76).

Con riferimento a fattispecie sussumibili nella previsione dell'art. 2 della l. 241 del 1990, nel testo successivo alla novella apportata dal citato d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, è stato osservato:

a) ad un procedimento connotato da intrinseca complessità, da discrezionalità particolarmente ampia, posto che impone la considerazione e comparazione di plurimi e qualitativamente molteplici interessi pubblici e privati e, conseguentemente, da scansioni temporali di istruttoria, approfondimento e deliberazione necessariamente diverse e più ampie rispetto a quelle proprie di una domanda dal contenuto semplice (fattispecie, anche in questo caso collocata temporalmente in epoca antecedente alla introduzione dell'art. 2-*bis* cit., relativa ad un procedimento amministrativo di approvazione di un programma di interventi in variante al PRG afferente alla pianificazione di un intero quadrante della Capitale), non trova applicazione il termine di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 241 del 1990;

b) fermo restando che il procedimento *de quo* doveva essere concluso (ossia ribadita, in termini generali, la doverosità dell'esercizio del potere amministrativo a seguito di un'istanza di parte), il termine entro cui ciò doveva avvenire è rimesso ad una valutazione casistica, che tenga conto della complessità della situazione concreta, dell'effettività e della proficuità della condotta amministrativa, della natura dei profili da ponderare;

c) in altri termini, la non applicabilità dell'art. 2, comma 2, l. n. 241 del 1990 (non prevedendo alcunché in punto di termini la legge regionale) non esclude:

c1) né il carattere comunque doveroso dell'azione amministrativa, che deve essere portata a conclusione (art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990);

c2) né il necessario rispetto (verificabile in sede giurisdizionale *sub specie* di vizio di violazione di legge) dei principi di efficacia e non aggravamento (art. 1, commi 1 e 2, l. n. 241 del 1990), che si traduce nell'effettiva funzionalizzazione degli adempimenti procedurali all'utile conseguimento del risultato finale;

c3) né una sorta di licenza per la p.a., comunque soggetta al dovere di correttezza, lealtà e rispetto dell'affidamento del privato, la cui violazione genera un obbligo risarcitorio (Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2025, n. 1563);

d) in applicazione dell'art. 31, comma 2, c.p.a., ai sensi del quale l'azione avverso il silenzio può essere proposta solo fino a che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, ferma restando la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento, ove ne ricorrano i presupposti, l'atto di diffida a concludere il procedimento con un provvedimento espresso, notificato all'amministrazione comunale dopo la scadenza dell'anno previsto dalla legge per la proposizione del ricorso avverso il silenzio inadempimento, può essere qualificato come una nuova istanza di avvio del procedimento, ricorrendone i relativi presupposti, con la conseguenza che tale diffida esclude la tardività del rimedio processuale attivato con ricorso spedito per la notifica dopo un anno dall'ultimo atto del procedimento non concluso (Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2024, n. 4558, sull'obbligo di provvedere relativamente ad un accordo di programma in variante allo strumento urbanistico).

4.2.2. Segue: in materia ambientale.

In una fattispecie relativa ad una azione avverso il silenzio (art. 31 e art. 117 c.p.a.) proposta nei confronti del Ministero dell'ambiente e del Ministero della cultura, tesa ad accertare l'obbligo di provvedere, il decorso dei termini previsti dalla legge (art. 25, comma 2-bis, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) e il persistente interesse alla decisione a fini risarcitori, è stato osservato:

a) la norma posta dall'art. 34, comma 3, c.p.a., pur se relativa all'azione di annullamento, esprime una *regula iuris*, che, riconnettendosi al principio generale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (Cons. Stato, sez. I, 18 maggio 2012, n. 2918) e al corollario, che a tale premessa consegue, dell'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche (Cons., Stato, Ad plen. 29 luglio 2011, n. 15), non può che estendersi anche al giudizio avverso il silenzio (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184, cit.);

b) non può essere data continuità alle differenti conclusioni cui è giunta una recente decisione (Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2024, n. 4190), rimanendo ancora valide le ragioni poste a sostegno dell'orientamento tradizionale (Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2014, n. 4143; 28 aprile 2014, n. 2184), anche alla luce delle seguenti ulteriori considerazioni:

b1) innanzitutto, non vale richiamare in senso contrario il dato letterale dell'art. 117 c.p.a. che non prevede il rimedio dell'accertamento di illegittimità ai fini meramente risarcitori: da un punto di vista sistematico, occorre evidenziare come la disciplina generale delle azioni nel processo amministrativo sia contenuta nel Titolo III (*Azioni e domande*) del Libro primo del relativo codice, mentre l'art. 117 c.p.a. si colloca nell'ambito della disciplina dei riti applicabili alle diverse azioni, contenuta nel Libro quarto (*Ottemperanza e riti speciali*) del medesimo codice;

b2) la previsione del comma 5 dell'art. 117 c.p.a., in materia di impugnabilità con motivi aggiunti del provvedimento espresso sopravvenuto nel corso del giudizio sul silenzio, va intesa non tanto con riguardo all'ammissibilità di tale nuova domanda di annullamento (già desumibile dalla previsione generale di cui all'art. 43 c.p.a.), quanto piuttosto come volta a disciplinare la conversione del rito in una fattispecie in cui risultano proposte due distinte azioni (avverso il silenzio e di annullamento) soggette a termini e riti diversi (camerale e ordinario);

b3) allo stesso modo, il successivo comma 6 è volto a disciplinare non già l'ammissibilità di una domanda di condanna al risarcimento del danno da silenzio-inadempimento (ipotesi già prevista in via generale dall'art. 30, comma 4, c.p.a., peraltro espressamente richiamato), ma il rito applicabile in caso di cumulo delle due azioni (avverso il silenzio e risarcitoria), prevedendo che in tal caso "il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria" (art. 117, comma 6, c.p.a.);

b4) pertanto nessuna rilevanza assume la mancata previsione espressa da parte dell'art. 117 c.p.a. dell'esperibilità di una azione di accertamento dell'illegittimità del silenzio in presenza di un sopravvenuto provvedimento espresso, sia perché la *ratio* della norma è principalmente quella di disciplinare in maniera specifica il rito applicabile in caso

di cumulo di domande soggette a riti diversi (la cui regola generale è posta dall'art. 32, comma 1, c.p.a.) e sia perché l'azione di accertamento del silenzio a fini risarcitori segue il medesimo rito camerale e non già quello ordinario, per cui nessuna diversa previsione occorreva sul punto;

b5) in linea più generale, poi, si deve evidenziare che se l'art. 117, comma 6, c.p.a. ammette il cumulo di domande (avverso il silenzio e risarcitoria), a maggior ragione deve ritenersi ammissibile una mera modifica della domanda (c.d. *emendatio*), da azione di accertamento-condanna ad azione di mero accertamento, laddove si dimostri la permanenza del relativo interesse ai fini risarcitori;

c) la tesi restrittiva (Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2024, n. 4190 cit.), secondo cui l'accertamento dell'illegittimità del silenzio sarebbe ammissibile solo ai fini provvedimenti e non anche meramente risarcitori, si scontra anche con l'altro dato letterale di cui al medesimo art. 117 c.p.a.;

c1) il comma 4 di tale articolo, infatti, dispone che «Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario» ove la nozione di "esatta adozione del provvedimento" richiama la corrispondente nozione civilistica di "esatto adempimento", inteso come corretta esecuzione della prestazione non solo dal punto di vista quantitativo e qualitativo, ma anche temporale (si parla al riguardo di inadempimento temporale dell'obbligazione o inesattezza temporale della prestazione);

c2) ne consegue, quindi, che se nella nozione di "esatta adozione del provvedimento" rientra anche la questione relativa al rispetto del termine per provvedere (esattezza temporale del provvedimento), allora trova ulteriore conferma la tesi estensiva secondo cui rientra nell'ambito di cognizione del giudice in materia di silenzio-inadempimento anche la questione dell'accertamento del mero ritardo, purché venga allegata la sussistenza del relativo interesse ai fini risarcitori;

c3) infine, non si rinvergono utili argomenti in senso contrario neppure nella decisione dell'Adunanza plenaria 13 luglio 2022, n. 8, la quale si è limitata a definire la questione relativa alle modalità di manifestazione dell'interesse risarcitorio ex art. 34, comma 3, c.p.a. e dei conseguenti limiti al potere del giudice di pronunciarsi sulla domanda. Più in generale, peraltro, la stessa Adunanza plenaria ha avuto modo di osservare che il fenomeno descritto dall'art. 34, comma 3, c.p.a. è inquadrabile nella c.d. *emendatio* della domanda, in senso riduttivo quanto al *petitum* immediato, non integrante pertanto un mutamento non consentito nell'ambito del principio della domanda, come evincibile dalla clausola di salvezza rispetto al c.d. divieto dei *nova* in appello previsto dall'art. 104, comma 1, c.p.a.;

c4) quindi, una volta venuto meno l'interesse ad una pronuncia di condanna all'adozione del provvedimento (art. 34, comma 1, lett. b), c.p.a.), deve comunque ammettersi la possibilità di procedere all'accertamento dell'obbligo di provvedere e del relativo inadempimento (art. 31, comma 1, c.p.a.), purché la parte manifesti debitamente il relativo interesse ai fini risarcitori (art. 34, comma 3, c.p.a.) (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2024, n. 9737, seguita da 6 dicembre 2024, n. 9791 e n. 9777).

4.2.3. Segue: in tema di degrado degli *habitat* naturali.

Con riferimento ad un giudizio avverso il silenzio su una istanza-diffida di provvedere inviata alla Regione Lazio e, per quanto di competenza, all'Ente Monti Cimini – Riserva Naturale Lago di Vico, avente ad oggetto l'adempimento dell'obbligo di adozione delle opportune misure per evitare il degrado degli *habitat* naturali presenti nel SIC/ZSC IT6010024, è stato affermato:

a) l'obbligo per gli Stati membri di intervenire attivamente, con le opportune misure di prevenzione e/o di ripristino, atte a contrastare il degrado e a mantenere le caratteristiche ecologiche dei siti della "Rete Natura 2000" dal momento in cui sono indicati come siti di interesse comunitario, è confermato dalla Corte di giustizia UE nella causa *Bund* (C-244/05, punto 45): «[...] conformemente all'allegato III, fase 1, della direttiva, le caratteristiche ecologiche di un sito identificato dalle competenti autorità nazionali riflettono i criteri di valutazione che sono ivi enunciati, ossia il grado di rappresentatività del tipo di *habitat*, la sua superficie, la sua struttura e le sue funzioni, le dimensioni e la densità della popolazione delle specie presenti sul sito, gli elementi dell'*habitat* importanti per le specie in questione, il grado di isolamento delle popolazioni di specie presenti sul sito nonché il valore del sito per la conservazione del tipo di *habitat* e delle specie in questione»: tale obbligo non può attendere che si verifichi (o che si aggravi) il degrado, anzi deve prevenire attivamente il deterioramento (ulteriore) delle caratteristiche ecologiche del sito al di sotto del livello riscontrato al momento della designazione, con misure "opportune", termine da intendersi nel significato di "effettive", "efficaci", "adeguate", e pertanto non solo conservative, ma di intervento positivo, con effetti misurabili e, se necessario, "anticiclico";

b) poiché risulta che la regione ha adottato misure di "conservazione" ma non anche misure proattive, tali da invertire efficacemente il *trend* attuale, e quindi specificamente indirizzate a prevenire e contrastare il progressivo deterioramento del sito, ovvero ad assicurare il ripristino delle caratteristiche ecologiche esistenti al momento della sua designazione quale sito di importanza comunitaria del quale risulta accertata l'esistenza di uno stato di "degrado", deve ritenersi che la stessa non ha adempiuto all'obbligo di adottare tali misure con conseguente fondatezza, nell'*an*, dell'originario ricorso avverso il silenzio inadempiamento *ex art.* 117 c.p.a.;

c) riguardo ai contenuti e al *quomodo* dell'adempimento, il paragrafo 6.2 impone che le "misure" siano "opportune", ovvero "non formali" e devono essere "effettive", "efficaci", "adeguate";

d) per quanto riguarda, infine, la portata del rimedio di tutela invocato, va ricordato che, in linea generale, l'azione disciplinata dall'*art.* 117 del c.p.a. ha natura strumentale sicché il giudice non può pronunciarsi sul merito della pretesa azionata, essendo tale eventualità limitata ai soli atti vincolati e a quelli in relazione ai quali si sia interamente esaurito lo spettro di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione e per i quali, al contempo, non siano necessarie attività istruttorie, ipotesi che non ricorre nel caso di specie in cui il margine di valutazione rimesso alle amministrazioni competenti è riferito all'individuazione, sotto il profilo tecnico, delle "opportune misure" e alla verifica *ex post* della loro efficacia (Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 2024, n. 3945; 12 ottobre 2023, n. 8897).

4.2.4. Segue: in caso di mancata conclusione di un accordo.

Con riferimento ad un giudizio in cui era chiesto l'accertamento dell'obbligo della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche di coesione e del Ministro per gli affari europei, il sud, le politiche di coesione e il P.N.R.R., di concludere l'Accordo di coesione previsto dall'art. 1, commi 177 e 178, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, è stato affermato:

a) si tratta di un accordo di diritto pubblico connotato da profili di specialità, secondo una relazione di *genus a species* rispetto ai modelli generali prefigurati dalla legge n. 241 del 1990;

b) l'obbligo di provvedere, idoneo a configurare un silenzio inadempimento in caso di inerzia, deve ritenersi configurabile anche rispetto ad una proposta di accordo di diritto pubblico atteso che la non sindacabilità dei poteri pubblici è possibile soltanto quando ricorrono i rigorosi ed eccezionali casi di atti posti in essere nell'esercizio di un potere politico che postuli, ad esempio, una intesa connotata da discrezionalità politica (Corte cost. n. 52 del 2016, in relazione alla stipulazione dell'intesa tra Governo e confessioni diverse da quella cattolica ai sensi dell'art. 8 Cost.);

c) quanto al termine per provvedere, poiché le disposizioni richiamate non prevedono uno specifico termine di conclusione del procedimento in esame, trova applicazione il disposto di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 241 del 1990 secondo cui «Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni»;

d) sussistono tutte le condizioni per l'esercizio dell'azione avverso il silenzio inadempimento:

d1) la prima condizione, costituita dalla giurisdizione del giudice amministrativo è sussistente venendo in rilievo l'esercizio di un potere pubblico in un ambito rientrante, tra l'altro, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa (art. 133, comma 1, lett. a, n. 2 c.p.a.);

d2) la seconda condizione, costituita dall'obbligo di provvedere, è sussistente con la precisazione che ciò non implica un vero e proprio obbligo a contrarre rispetto alla proposta elaborata in sede di istruttoria procedimentale bensì il diverso obbligo di esaminare la proposta di accordo, esprimendo e formalizzando, di volta in volta, il positivo intendimento di addivenire alla stipula o il rifiuto motivato della stessa;

d3) è decorso il termine per provvedere nei sensi di cui al punto c) (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2024, n. 4321).

4.3. Rapporti fra giudicato e sopravvenienze.

Con riferimento ad una fattispecie in cui la pronuncia del giudice accerta l'obbligo di provvedere dell'amministrazione, è stato osservato:

a) in presenza di sentenze che hanno riconosciuto alla parte la titolarità di un interesse strumentale e procedimentale (alla conclusione del procedimento), ma non di un interesse finale (alla realizzazione dell'opera), ove la struttura di questo interesse procedimentale si è progressivamente "arricchita" e "rafforzata" nel corso dei vari giudizi che si sono succeduti, a mano a mano che il giudice dell'ottemperanza dichiarava la nullità per violazione del giudicato degli atti adottati dall'amministrazione o dal commissario *ad acta*, la portata della decisione è nel senso di aver rilevato, in negativo, la contrarietà al giudicato delle determinazioni succedutesi nel tempo, ma non di affermare, in positivo, l'obbligo incondizionato di stipulare il contratto;

b) nonostante questo progressivo "rafforzamento", il massimo livello di tutela riconosciuto dalle sentenze ottemperande si è quindi tradotto nell'imposizione in capo all'amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento, di concluderlo in maniera "plausibilmente congrua", verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto e il sistema normativo e amministrativo;

c) nel corso del procedimento (scandito dai numerosi interventi giurisdizionali sopra richiamati), tuttavia, la trasformazione dell'interesse procedimentale in interesse finale (e, quindi, la conclusione positiva del procedimento) è risultata preclusa dalla sopravvenienza rappresentata dalla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. II, 10 luglio 2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. Spa contro Comune di Bari e a.*, la quale ha sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea – segnatamente con l'articolo 1, lettera a, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – della procedura di affidamento posta in essere dall'amministrazione per la realizzazione della nuova opera sicché l'interesse finale reclamato dalla parte contrasta con la disciplina europea come dichiarata dalla Corte di giustizia;

d) occorre a tal proposito ricordare che le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: Corte di giustizia CE, 3 febbraio 1977, C-52/76, *Benedetti c. Munari F.lli sas*, in *Racc.* 1977, 163 e 5 marzo 1986, C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania*);

e) la richiamata efficacia vincolante delle sentenze interpretative pregiudiziali impedisce al giudice amministrativo di riesaminare la questione della compatibilità comunitaria della procedura di affidamento seguita nel caso di specie;

f) la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, sicché la prevalenza della regola sopravvenuta (rispetto al tratto di rapporto non coperto dal giudicato) si impone già in base ai comuni principi che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato e sopravvenienze;

g) avvalorata tale conclusione l'ulteriore considerazione che in tal modo si evita anche che alla sentenza del giudice amministrativo venga data una portata contrastante con il diritto euro-unitario;

h) come, infatti, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione (Cass. civ., sez. un., ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891, che richiama in motivazione gli analoghi principi precedentemente espressi da Cass. civ., sez. un. 6 febbraio 2015, n. 2403). In questi "casi estremi", secondo le sezioni unite, si impone la cassazione della sentenza amministrativa *«indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria»*;

i) i principi appena richiamati consacrano l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario;

j) tale preminente esigenza di conformità al diritto comunitario rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario;

k) le sentenze ottemperande riconoscono solo un obbligo di natura procedimentale, la cui ulteriore attuazione risulta, peraltro, ormai preclusa dall'insormontabile ostacolo rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. II, 10 luglio 2014, C-213/13, cit. la quale, intervenendo su un tratto di procedimento non investito dal giudicato, ha diretta applicazione e prevale, secondo un criterio di successione temporale, sulla "regola conformativa" desumibile dalle sentenze amministrative rese dal Consiglio di Stato nel corso della vicenda in oggetto (Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11).

4.4. Il rimedio contro un titolo edilizio che si assume illegittimo.

Sul tema è stato osservato:

a) in presenza di un esposto con cui il privato segnala la presenza di lavori edilizi in corso da parte di terzi e sollecita l'annullamento in autotutela del titolo edilizio, il giudizio avverso il silenzio da questi proposto a fronte del silenzio serbato dall'amministrazione non può considerarsi inammissibile solo ritenendo l'istanza del privato come richiesta di annullamento in autotutela ex art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 (attività, questa, ad avvio discrezionale nell'*an*), peraltro sollecitata a distanza di anni dal rilascio del titolo edilizio ormai consolidatosi, perciò anche carente dei presupposti temporali richiesti dalla norma; ciò in quanto avendo la parte rappresentato all'amministrazione l'esistenza di talune, precise e anche documentate irregolarità edilizie connesse all'uso del territorio che si sarebbero consumate in sede di edificazione dell'immobile, la sua istanza va inquadrata

nell'ambito più generale dei poteri sollecitati all'amministrazione, tenuto conto che, dal punto di vista teleologico, non consiste solo in una richiesta di annullamento in autotutela ma anche in una denuncia-segnalazione al Comune affinché eserciti i poteri di vigilanza e controllo di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, attività che si impone all'amministrazione comunale come vincolata e doverosa nell'*an* e che, diversamente dal controllo (postumo) di legittimità, non incontra, invece, alcun limite di ordine temporale. In particolare, esso si riferisce a tutto ciò che è realizzato *sine titulo*, in difformità dallo stesso ovvero utilizzandone una tipologia del tutto estranea all'intervento effettuato. Dunque, a fronte dell'esposto del privato l'amministrazione era (ed è) tenuta a svolgere le dovute verifiche trattandosi di esercitare poteri, non già di autotutela decisoria bensì, strumentali al controllo e alla vigilanza del territorio, e la circostanza che nella propria istanza la parte non abbia fatto menzione del citato articolo 27 non preclude al giudice – e prima ancora all'amministrazione che ha ricevuto l'istanza – di procedere alla corretta qualificazione, sotto il profilo funzionale, dei poteri in parte *qua* sollecitati dal privato (Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2024, n. 10185);

b) la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo ad un titolo costitutivo, ma rappresenta un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge, pertanto il terzo controinteressato, ai sensi dell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241 del 1990, è abilitato esclusivamente a stimolare l'esercizio del potere di verifica dell'amministrazione e, in caso di inerzia di quest'ultima, eventualmente esperire l'azione avverso il silenzio *ex art.* 31 c.p.a. (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2022, n. 2697 che ha fatto applicazione dei principi elaborati a suo tempo da Ad. plen. n. 5 del 2015);

c) i poteri di controllo tardivo sulla s.c.i.a., di cui all'art. 19, comma 4, l. 241 del 1990, sollecitati dal terzo, sono doverosi nell'*an*, ferma restando la discrezionalità della pubblica amministrazione nel *quomodo*. Depongono nel senso della doverosità (in deroga al consolidato orientamento secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile), sia l'argomento letterale – segnatamente, la differente formulazione dell'art. 21 *nonies* rispetto all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, il quale ultimo, a differenza del primo, dispone che l'amministrazione “adotta comunque” (e non già semplicemente “può adottare”) i provvedimenti repressivi e conformativi (sempre che ricorrano le “condizioni” per l'autotutela) –, sia la lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo. Avendo il legislatore optato per silenzio-inadempimento quale unico mezzo di tutela (“amministrativo”) messo a disposizione del “terzo”, ove non sussistesse neppure l'obbligo di iniziare e concludere il procedimento di controllo tardivo con un provvedimento espresso, si finirebbe per privare l'istante di ogni tutela effettiva davanti al giudice amministrativo, in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208);

d) anche prima dell'entrata in vigore del comma 6-ter dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 6, comma 1, lett. c), del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148, i terzi che si consideravano lesi dall'attività edilizia avviata in base a una segnalazione certificata di inizio attività reputata illegittima potevano solo sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'ente locale e, in caso di inerzia di quest'ultimo,

esperire l'azione avverso il silenzio *ex art. 31 c.p.a.*, in quanto d.i.a. e s.c.i.a. non costituivano (e tuttora non costituiscono) provvedimenti taciti direttamente impugnabili (Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1795);

e) non è incostituzionale l'art. 19, comma 6-*ter*, l. 241 del 1990 nella parte in cui non prevede un termine finale per la sollecitazione, da parte del terzo, dei poteri di verifica sulla s.c.i.a. spettanti alla p.a. atteso che la previsione di un termine costituisce un requisito essenziale dei poteri di verifica sulla s.c.i.a. a tutela dell'affidamento del segnalante, poteri che sono quelli previsti dai commi precedenti della medesima norma e sempre vincolati pur essendo opportuno intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere. Il comma 3 dell'art. 19 attribuisce alla p.a. un triplice ordine di poteri (inibitori, repressivi e conformativi), esercitabili entro il termine ordinario di sessanta giorni dalla presentazione della s.c.i.a., mentre il successivo comma 4 prevede che, decorso tale termine, quei poteri sono ancora esercitabili secondo la disciplina dell'annullamento in autotutela degli atti illegittimi, che, per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati, deve essere esercitato entro il termine massimo di diciotto mesi. Il comma 6-*bis* dell'art. 19 applica questa disciplina anche alla s.c.i.a. edilizia, riducendo il termine di cui al comma 3 da sessanta a trenta giorni, decorsi i quali la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo, il quale però potrà attivare i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, l. n. 241 del 1990; potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990, e potrà agire in sede risarcitoria nei confronti della p.a. in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica, oltre che in relazione al fatto giuridico di un'attività che si assuma illecita (Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45).

4.5. Notifica al controinteressato.

La disposizione di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a. secondo cui *«qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso»*, sebbene testualmente riferita all'azione di annullamento, è applicabile per interpretazione estensiva anche all'azione di accertamento, sulla base di plurime considerazioni di ordine sistematico:

a) sebbene a più riprese, sia in sede di redazione del codice, sia in sede di successive modifiche normative, sia stata ipotizzata l'introduzione di un'azione generale di accertamento, e cioè la previsione che chiunque abbia interesse è legittimato a chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative, un'azione generale di accertamento, ad oggi, non è contemplata nel codice del processo amministrativo;

b) tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti alla esperibilità di un'azione di tale natura tutte le volte che detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo (Cons. Stato, Ad. plen. 29 luglio 2011, n. 11; 23 marzo 2011, n. 3);

c) infatti, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo codicistico, dell'azione generale di accertamento non preclude la possibilità di una tecnica di tutela che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di protezione non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme, immediatamente precettive, dettate dagli artt. 24, 103 e 113 cost., cui si ispira l'art. 1 del c.p.a.;

d) l'esegesi più attenta alle esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive, pertanto, porta a ritenere che la norma di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a. si riferisce alla sola azione di annullamento in quanto non è stata tipizzata l'azione generale di accertamento, ma nessun dubbio può sussistere sul fatto che, così come per l'azione di annullamento, anche per l'azione di accertamento, ove ammissibile, sia presente un'indefettibile esigenza di completezza del contraddittorio rispetto a soggetti, individuati o facilmente individuabili, che sono portatori di un interesse legittimo, di contenuto uguale e contrario a quello del ricorrente;

e) diversamente, il sistema processuale presenterebbe un inevitabile ed ingiustificato *vulnus* alla tutela delle posizioni soggettive di titolarità dei controinteressati, atteso che la garanzia costituzionale di piena e completa protezione degli interessi legittimi di cui agli artt. 24, 103 e 113, Cost. vale sia per l'interesse legittimo di cui chiede tutela in giudizio il ricorrente, sia per l'interesse legittimo di cui è titolare il controinteressato;

f) di talché, posto che l'interesse legittimo, quale posizione sostanziale, postula nel proprio lato interno l'aspirazione al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita, così come nell'azione di annullamento, anche nell'azione di accertamento può configurarsi l'ipotesi di due soggetti, titolari di un interesse egualmente protetto dall'ordinamento, per i quali sia impossibile la contemporanea realizzazione del bene della vita agognato;

g) in tale situazione, di fronte all'azione giurisdizionale proposta dall'uno per ottenere la soddisfazione del proprio interesse, sussiste una posizione di controinteresse, ugualmente tutelato, con la conseguente necessità che il ricorso, a pena di decadenza dall'azione, sia notificato tempestivamente anche al soggetto, almeno uno tra essi in caso di pluralità, che aspira al bene della vita antagonista;

h) in definitiva, considerata la *ratio* della norma, non può sussistere alcun dubbio, da un punto di vista sistematico, sul fatto che uno o più controinteressati possano essere individuati anche a fronte di un'azione giurisdizionale di accertamento e che, in questo caso, debba trovare applicazione la norma di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., con conseguente onere, a pena di decadenza, di notifica nei termini ad almeno uno tra di essi;

i) così delineati i termini della questione, ai fini dell'applicazione della norma, occorre distinguere tra controinteressati in senso tecnico, ai quali il ricorso deve essere notificato per

garantire in giudizio l'integrità del contraddittorio (ad almeno uno di essi nel termine decadenziale), ed altri controinteressati;

j) la formulazione della norma, facendo riferimento ad almeno uno dei controinteressati che "sia individuato nell'atto", postula che possano esservi anche controinteressati non individuati nell'atto, vale a dire non espressamente menzionati nello stesso o non facilmente individuabili, ponendo la sostanziale differenza tra la mancata notifica nel termine decadenziale al controinteressato indicato nell'atto o facilmente individuabile in base ad esso (ovvero ad almeno uno di essi), che determina l'inammissibilità del ricorso, e la mancata notifica nel termine decadenziale al controinteressato o ad almeno uno dei controinteressati non espressamente individuati nell'atto, che non determina la inammissibilità del ricorso, ferma restando la necessità dell'integrazione del contraddittorio nei loro confronti quali parti necessarie del processo ove gli stessi dovessero palesarsi in corso di causa;

k) d'altra parte, che la conseguenza processuale della decadenza dall'azione e della conseguente inammissibilità del ricorso non possa conseguire alla mancata notifica ad un controinteressato laddove nel provvedimento impugnato lo stesso non sia espressamente menzionato, è del tutto coerente con la logica complessiva del sistema processuale amministrativo e, in particolare, dell'azione di annullamento;

l) infatti, se la parte ricorrente può essere onerata di una tempestiva notifica ove senza alcuna incombenza ulteriore sia in grado di individuare con immediatezza il soggetto o i soggetti titolari dell'interesse legittimo contrapposto, ai quali, quindi, risulterebbe sottratto, a seguito dell'accoglimento del ricorso e dei relativi effetti, il bene della vita conseguito per effetto dell'azione amministrativa contestata in sede giurisdizionale, non è parimenti ipotizzabile che possa essere onerata, a pena di decadenza dall'azione, di una tempestiva notificazione nel ristretto termine di legge ove il controinteressato o i controinteressati non siano immediatamente individuati nell'atto impugnato;

m) la giurisprudenza ha costantemente sostenuto che la qualità di controinteressato in senso tecnico deve essere riconosciuta a coloro che, oltre ad essere nominativamente indicati nel provvedimento o comunque agevolmente individuabili in base ad esso (c.d. elemento formale), sono titolari di un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto o comunque, alla conservazione dello status quo ante, in quanto questo attribuisce loro una situazione giuridica di vantaggio, di natura uguale e contraria a quello del ricorrente (c.d. elemento sostanziale);

n) gli stessi parametri possono trovare analoga applicazione facendo riferimento, anziché all'atto, di cui è chiesto l'annullamento, al rapporto controverso, di cui è chiesto l'accertamento. Infatti – mentre con l'azione di annullamento dell'atto che ha sottratto o non ha riconosciuto il bene della vita, il ricorrente mira prioritariamente ad ottenere l'accertamento in sede giurisdizionale della sua spettanza - la fondatezza dell'azione di accertamento del rapporto controverso è idonea ad attribuire al ricorrente la certezza che il bene della vita al quale aspira gli è stato attribuito, per cui, così come nell'azione di annullamento, possono ben sussistere soggetti titolari di un interesse legittimo oppositivo all'attribuzione di quel bene;

o) in una fattispecie in cui il bene della vita cui aspira l'impresa che agisce per l'accertamento della formazione del silenzio-assenso è la possibilità di edificare in attuazione del progetto presentato, rispetto a tale interesse, in astratto, non sono facilmente individuabili i soggetti titolari di un interesse legittimo incompatibile con il primo;

p) tuttavia, la proprietaria confinante del realizzando edificio, la cui legittimazione non è mai stata contestata, ha agito in giudizio per ottenere l'annullamento del permesso di costruire in origine assentito alla impresa e, a seguito della sua azione, il comune ha provveduto ad effettuare le relative verifiche e ad annullare il titolo in autotutela;

q) la giurisprudenza, in proposito, ha costantemente evidenziato che la *vicinitas*, vale a dire la proprietà di un manufatto limitrofo all'area in cui dovrebbe sorgere il manufatto oggetto di un permesso di costruire, che dalla realizzazione di questo possa subire un pregiudizio, è titolare di un interesse qualificato e differenziato ad evitare la realizzazione dell'opera, vale a dire di un interesse legittimo oppositivo alla costruzione e, quindi, al rilascio del titolo abilitativo;

r) pertanto la proprietaria confinante che, ricorrendo in sede giurisdizionale ha manifestato una inequivoca volontà contraria alla costruzione dell'edificio limitrofo al suo, in quanto pregiudizievole in termini di visuale, aria o altro, è sicuramente titolare di un interesse legittimo oppositivo, aspirando ad un bene della vita incompatibile a quello, di carattere pretensivo, cui aspira l'impresa;

s) l'interessata, inoltre, essendosi resa, anche attraverso l'iniziativa giurisdizionale intrapresa, "facilmente individuabile", costituisce una controinteressata in senso tecnico, ed alla stessa, in tale qualità, l'impresa avrebbe dovuto notificare tempestivamente il ricorso ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a.;

t) ciò a maggior ragione quando dagli scritti difensivi depositati in primo grado risulti che l'impresa l'aveva indicata in innumerevoli passaggi, come "controinteressata";

u) in definitiva, nessun dubbio può sussistere sul fatto che la confinante fosse non solo controinteressata all'azione di accertamento, ma anche controinteressata in senso tecnico, in quanto facilmente individuabile per l'evoluzione del rapporto controverso, con la conseguenza, come evidenziato, che alla stessa avrebbe dovuto essere tempestivamente notificato il ricorso;

v) la fonte dell'interesse legittimo dei vicini eventualmente pregiudicati non può essere individuata nella pronuncia giudiziale di accertamento della formazione del silenzio-assenso, atteso che l'interesse legittimo è una posizione sostanziale, non meramente processuale, che nasce e vive nei rapporti pubblicistici, in cui vi è interlocuzione con l'esercizio del potere pubblico, a prescindere da eventuali iniziative giurisdizionali;

w) pertanto la pronuncia richiesta dall'impresa, e cioè l'accertamento della formazione del silenzio-assenso sull'istanza volta ad ottenere il permesso di costruire, ha un'incidenza immediata e diretta sull'interesse differenziato e qualificato, già esistente, dei vicini che ne subiscono effetti pregiudizievoli, atteggiandosi detti effetti allo stesso modo del rilascio del permesso di costruire che, proprio per la sua lesività diretta ed immediata, è impugnabile in sede giurisdizionale;

x) peraltro, il differimento di un'eventuale tutela giurisdizionale, quando il controinteressato o i controinteressati sono già noti, ad un arco temporale successivo

all'accertamento del silenzio-assenso, ponendo il relativo onere, anche di carattere patrimoniale, a carico dei controinteressati lesi, contrasterebbe con il principio di concentrazione processuale, al fine di definire nei tempi più solleciti possibili i rapporti pubblicistici controversi, cui è ispirato l'intero sistema processuale amministrativo;

y) in ragione di tutto quanto esposto, la mancata notificazione del ricorso alla controinteressata in senso tecnico determina l'inammissibilità del ricorso di primo grado (Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113 nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto l'accertamento del silenzio-assenso su un permesso di costruire).

4.6. Onere della prova.

È onere del ricorrente – che sostiene l'avvenuta formazione del silenzio-assenso sull'istanza di condono a suo tempo presentata – dimostrare la sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per la formazione del titolo *per silentium*, tra cui, oltre alla domanda, l'avvenuta presentazione della documentazione necessaria all'accatastamento e l'integrale pagamento delle somme dovute, ai sensi dell'art. 35 della l. n. 47 del 1985.

Trattandosi di documenti che sono nella disponibilità del privato in quanto dallo stesso formati, l'onere di produzione in giudizio non può che gravare su quest'ultimo, secondo l'ordinario criterio di riparto di cui all'art. 2697 c.c., senza alcuna possibilità di rimettersi ai poteri istruttori del giudice o di ribaltare l'onere in questione in capo all'amministrazione attraverso il richiamo all'art. 46 comma 2 c.p.a..

Del pari irrilevante, al fine di ritenere assolto l'onere in questione, è il richiamo alle comunicazioni successivamente effettuate (segnatamente la nota per l'adeguamento sismico del fabbricato), poiché da esse nulla è dato evincere in ordine ai requisiti di cui all'art. 35 l. 47/1985, di cui è affermata ma non è provata la sussistenza.

Per altro verso, è necessario dimostrare l'avvenuto adempimento agli obblighi documentali e di versamento (Cons. Stato, sez. II, 10 febbraio 2025, 1017).

4.7. Il silenzio su diritti soggettivi: giurisdizione e inammissibilità dell'azione.

Qualora l'obbligo dell'amministrazione di provvedere sia riferito ad una posizione di diritto soggettivo, non è attivabile dal privato il rito del silenzio né è configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, pertanto:

a) poiché lo stabilimento di una sede diplomatica è regolato esclusivamente da norme di diritto internazionale, convenzionali e consuetudinarie e non scaturisce da un procedimento amministrativo bensì deriva dall'esercizio del diritto di missione da parte dello Stato accreditante, l'azione avverso il silenzio è inammissibile atteso che il silenzio rifiuto può formarsi esclusivamente in ordine all'inerzia su una domanda intesa ad ottenere l'adozione di un provvedimento ad emanazione vincolata, ma di contenuto discrezionale, e quindi necessariamente incidente su posizioni di interesse legittimo; viceversa, tale strumento non risulta compatibile con quelle pretese che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia e che, invece, come nel caso di specie, riguardano diritti soggettivi, la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale

competente, pertanto è innanzi all'a.g.o. che la parte potrà far valere la questioni relative all'ipotizzato contrasto tra le norme internazionali in materia di inviolabilità della sede diplomatica e i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e comunque in ordine alla natura – *iure imperii* ovvero *iure gestionis* – dell'occupazione della sede diplomatica da parte dello Stato controinteressato (Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2024, n. 6343);

b) in tema di riconoscimento, da parte degli enti locali, dei debiti fuori bilancio derivanti dall'acquisizione di beni e servizi, ai sensi dell'art. 194, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 267 del 2000, sebbene non esista un diritto soggettivo del privato al riconoscimento del debito assunto dalla p.a. (atteso che detto riconoscimento consegue all'attivazione di un procedimento discrezionale, in cui è riservata all'ente la valutazione dell'utilità e dell'arricchimento ottenuti con l'acquisizione di beni e servizi, attraverso l'assunzione di un'obbligazione sprovvista di copertura contabile), tuttavia gli effetti del mancato riconoscimento incidono sul credito del privato al corrispettivo per i beni e servizi prestati; pertanto, ove il privato agisca ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. per ottenere la declaratoria di illegittimità del silenzio dell'ente locale e l'ordine di provvedere esplicitamente in relazione al riconoscimento del debito fuori bilancio, la situazione giuridica fatta valere in giudizio si configura come posizione di diritto soggettivo, giacché correlata ad una pretesa di adempimento contrattuale, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario (Cass. civ., sez. un., 21 dicembre 2020, n. 29178);

c) non è ammissibile un giudizio sul silenzio-inadempimento in presenza di rivendicati diritti soggettivi di natura patrimoniale (Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358 che richiama 4 settembre 2018 n. 5184; sez. III, 22 giugno 2018, n. 3858; sez. V, 8 maggio 2018 n. 2751 e 6 febbraio 2017, n. 513);

d) va esclusa l'esperibilità della procedura *ex art. 31 e 117 c.p.a.* anche in caso di mancata determinazione dell'indennità di esproprio, laddove la questione sia già stata rimessa alla commissione provinciale di cui all'art. 41 d.P.R. n. 380 del 2001. Sebbene la procedura del silenzio possa applicarsi all'obbligo della p.a. di provvedere in ordine all'istanza di attivazione del sub-procedimento di cui all'art. 21, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 per la determinazione dell'indennità di espropriazione – atteso che, in tal caso, il procedimento *ex art. 31 e 117 c.p.a.* è finalizzato solo ad ottenere che la p.a. ponga in essere un incombente procedimentale (nomina dell'esperto, etc.) ed interseca una posizione di interesse legittimo del privato, conoscibile dal g.a. – tuttavia tale principio non è traslabile alla determinazione della indennità di espropriazione, laddove la questione sia già stata rimessa alla Commissione provinciale di cui all'art. 41, d.P.R. n. 327 del 2001 (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 860);

e) qualora dall'esame della *causa petendi* della domanda proposta davanti al g.a. emerga che la situazione soggettiva di cui si chiede tutela ha la consistenza del diritto soggettivo (fattispecie in materia di sanzioni amministrative, in cui una società petrolifera ha chiesto alla p.a. l'annullamento del verbale di accertamento e contestazione di una infrazione prevista e punita dagli artt. 295 e 296 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per aver immesso sul mercato combustibili per uso marittimo aventi un tenore di zolfo superiore ai limiti di legge, trascorsi alcuni mesi ha impugnato, *ex art. 117 c.p.a.*), la cui cognizione è riservata al g.o., la carenza di giurisdizione del g.a. a conoscere della controversia comporta

l'inammissibilità della proposizione del rito speciale disciplinato dall'art. 117 c.p.a. sotto un duplice concorrente profilo:

e1) la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di silenzio non deriva dall'art. 117 cit. (prima art. 21-*bis*, l. n. 1034 del 1971), che è norma sul rito, ma dai consueti criteri di riparto; conseguentemente è da escludersi che tale disposizione fondi una ipotesi di giurisdizione esclusiva o di merito al di fuori degli eccezionali casi tassativamente contemplati dagli artt. 133 e 134 c.p.a., sicché il rito speciale in esame è praticabile esclusivamente se il giudice amministrativo ha giurisdizione sul rapporto cui inerisce la richiesta rimasta inevasa;

e2) è in ogni caso inammissibile l'impugnazione del silenzio inadempimento qualora la controversia attenga a posizioni di diritto soggettivo, a prescindere dagli atti adottati dalla pubblica amministrazione e quindi anche quando non sia stato emanato alcun atto nonostante il decorso dei termini prescritti per la conclusione del relativo procedimento, dovendo in questo caso la tutela dell'interessato essere fatta valere mediante azione di accertamento davanti al giudice ordinario o comunque munito di giurisdizione (Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2012, n. 3787);

f) è invece ammissibile la proposizione dell'azione *ex* art. 117 c.p.a., anche se volta a tutelare il diritto soggettivo di proprietà del privato vittima dell'occupazione, atteso che lo stesso, in caso di inerzia dell'amministrazione sollecitata a valutare la possibilità della emanazione di un provvedimento *ex* art. 42-*bis* t.u. espropriazione, ha come rimedio prioritario quello stabilito dagli artt. 34 e 117 c.p.a., come stabilito da Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2; 20 gennaio 2020, nn. 2, 3 e 4 e Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71 (Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2022, n. 218).

4.8. Attivabilità del rito del silenzio con riferimento ad atti generali.

Con riferimento alla mancata adozione di atti generali e ai rimedi attivabili dal privato avverso l'inerzia della p.a. è stato osservato:

a) qualora si chieda al Comune non una specifica attività provvedimentale, bensì l'esecuzione di una serie di attività materiali, quali la predisposizione di idonei sistemi di smaltimento dei reflui, si è al di fuori dei presupposti dell'azione avverso il silenzio essendo negativo l'orientamento della giurisprudenza sulla questione dell'ammissibilità dello speciale rito sul silenzio in relazione all'adozione di atti amministrativi generali (Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2018, n. 7090; 27 dicembre 2017, n. 6096; sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3798; 7 luglio 2009, n. 4351), argomentandosi in questo caso dalla impossibilità di individuare specifici "destinatari" degli atti in questione in capo ai quali possa radicarsi una posizione giuridica qualificata e differenziata, definibile come di interesse legittimo. In sostanza, l'azione avverso il silenzio è impraticabile laddove manchi uno specifico e individuato destinatario dell'azione amministrativa con specifico riferimento agli atti normativi che, per la loro generalità e astrattezza vedono quali loro destinatari la collettività, ovvero, categorie di soggetti genericamente e astrattamente determinate (Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2023, n. 5206);

b) in ordine alla mancata adozione di un piano di contenimento acustico disciplinato dall'art. 10, comma 5, del d.P.R. n. 447 del 1998, che non è propriamente un atto di pianificazione, volto a disciplinare in via generale l'uso del territorio e dunque manifestazione di potere di governo ma è piuttosto un programma di interventi specifici da eseguire, a fini di tutela dei c.d. recettori sensibili, individuati a seguito dell'attività preliminare di mappatura acustica del territorio, vanno svolte le seguenti considerazioni:

b1) sebbene con riguardo alla questione dell'ammissibilità dello speciale rito sul silenzio in relazione all'adozione di atti amministrativi generali l'orientamento prevalente in giurisprudenza sia negativo (Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2018, n. 7090; 27 dicembre 2017, n. 6096), tuttavia è stato sottolineato anche che la preclusione all'esperibilità del rito sul silenzio non deriva dal mero carattere regolamentare o generale dell'atto di cui si invoca l'adozione, quanto dal fatto che, in ragione dell'ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili *ex ante* e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura;

b2) non essendovi una preclusione, per così dire, di tipo teorico (ma soprattutto normativo), altra parte della giurisprudenza ha riconosciuto che, anche rispetto ad atti generali, possano essere individuati interessi legittimi differenziati e qualificati, in particolare nelle ipotesi di procedimenti officiosi aventi ad oggetto attività di natura generale programmatica e pianificatoria dovuta nell'*an* ma discrezionale nel *quomodo* e nel *quid* (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273; C.g.a., sez. giur., 9 ottobre 2020, n. 905, rimarcando, altresì, che, in mancanza di una puntuale previsione normativa, l'amministrazione non può sospendere o interrompere *sine die* il procedimento di approvazione (Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2020, n. 2212);

b3) anche la Corte costituzionale ha da tempo affermato che i principi generali di cui alla l. 241 del 1990 e, in particolare, quelli contemplati dall'art. 2, comma 2, che impone alla pubblica amministrazione di concludere il procedimento entro il termine all'uopo definito dalla legge, debbono essere applicati anche agli atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione;

b4)) tale dovere, peraltro, prescinde dal fatto che il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio,

b5) in entrambi i casi, l'inosservanza del termine per la definizione del procedimento, pur non comportando la decadenza dal potere, connota in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, con conseguente possibilità per i soggetti interessati di ricorrere in giudizio avverso il silenzio-rifiuto ritualmente formatosi, al fine di tutelare le proprie posizioni giuridiche soggettive attraverso l'utilizzo di tutti i rimedi apprestati dall'ordinamento (Corte cost., n. 176 del 2004, n. 355 del 2002, n. 262 del 1997);

b6) ai fini dell'individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura, non rileva poi l'ampiezza della discrezionalità, salvo il caso in cui quest'ultima, come in precedenza rilevato, investa anche l'*an* del provvedere (è il caso, ad esempio degli strumenti di pianificazione generale in materia urbanistica e relative varianti: Cons. Stato, sez. IV, 22

giugno 2011, n. 3798); in tali casi, infatti, al pari di quelli relativi al ritardo nella emanazione di atti normativi, è da escludersi la sussistenza di un obbligo di provvedere, anche in considerazione delle valutazioni *lato sensu* politiche riservate alla p.a. che rendono l'inerzia sostanzialmente insindacabile da parte del giudice amministrativo (arg. *ex* art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.);

b7) semmai, l'ampiezza del potere discrezionale comporta unicamente una limitazione dei poteri del giudice con riguardo alla portata conformativa della pronuncia sul silenzio (l'art. 30, comma 3, del c.p.a. dispone infatti «*Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*»);

b8) invero, l'azione disciplinata dall'art. 117 del c.p.a. ha natura strumentale e il giudice non può pronunciarsi sul merito della pretesa azionata, essendo tale eventualità limitata ai soli atti vincolati, ed a quelli in relazione ai quali si sia interamente esaurito lo spettro di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione e al contempo non siano necessarie attività istruttorie, come stabilito dall'art. 31, comma 3, del c.p.a. e ribadito da Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11 (Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7316).

4.9. Cumulo di azioni.

È possibile che, dall'esame del contenuto sostanziale della *causa petendi* e del *petitum* dell'azione esercitata, emerga che la parte ha proposto una ordinaria domanda ai sensi dell'art. 117 c.p.a. accompagnata dalla richiesta al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa nel presupposto che in capo all'amministrazione non residuassero margini di valutazione discrezionale.

A tutela della riserva di amministrazione espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri (Cons. Stato, Ad. plen. nn. 7 e 9 del 2014), il codice, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito, ha inibito al giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri mai esercitati da parte della P.A. ovvero, nel rito avente per oggetto il silenzio, sulla fondatezza della pretesa, salvo che l'azione amministrativa risulti interamente vincolata ovvero non debbano svolgersi, a cura dell'amministrazione, adempimenti istruttori.

Pertanto, laddove sia pacifico, da un lato, che l'amministrazione non ha mai esercitato il potere e, dall'altro, che per l'attività richiesta è indispensabile svolgere attività procedimentale ed istruttoria, non è possibile per il giudice sostituirsi all'amministrazione affermando la fondatezza della pretesa e assegnando direttamente alla parte il bene della vita potendo soltanto, una volta accertato l'inadempimento dell'obbligo di provvedere, accogliere unicamente la prima delle due domande ordinando all'amministrazione di determinarsi, formalmente e sostanzialmente, con un provvedimento esplicito ai sensi dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, nominando altresì un commissario *ad acta* che provveda in sostituzione dell'amministrazione, in caso di perdurante inerzia (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2014, n. 3561).

4.10. Termine per proporre l'azione.

Ai sensi dell'art. 31, comma 2, c.p.a., dal giorno successivo al termine di conclusione del procedimento inizia a decorrere (*dies a quo*) il termine decadenziale di un anno per la proposizione dell'azione avverso il silenzio, pertanto:

a) il ricorso notificato oltre il termine decadenziale fissato dalla suddetta norma è tardivo e perciò inammissibile, con la conseguenza che non valgono a riaprire i termini di conclusione del procedimento eventuali istanze di sollecito: infatti l'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990 si applica solo in presenza di una vera e propria istanza, mercé la quale si instaura un nuovo rapporto procedimentale; la corretta esegesi dell'art. 31, comma 2, c.p.a., in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990 (per come suggerita dai principi di certezza dei traffici giuridici e di temporizzazione del procedimento amministrativo) postula che l'interessato presenti una nuova istanza idonea, sotto il profilo formale e sostanziale, ad avviare un autonomo, rinnovato procedimento, sulla base di intervenute modificazioni fattuali o giuridiche (Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2022, n. 7841).

b) è *jus receptum* che, ai sensi dell'art. 31, comma 2, c.p.a., è inammissibile il ricorso contro l'inerzia di una p.a., che sia stato proposto oltre il termine decadenziale di un anno dalla scadenza del termine per provvedere, atteso che l'azione avverso il silenzio è proponibile finché perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, onde la relativa tutela giurisdizionale (azione d'adempimento) è circoscritta in un ben definito lasso di tempo e, quindi, decorso tale termine non è più coercibile in via giudiziale l'obbligo della p.a. di concludere il procedimento stesso in modo espresso e motivato (Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2014 n. 1460; 9 dicembre 2015, n. 5583; sez. V, 29 agosto 2016, n. 3710; C.g.a. 27 gennaio 2016, n. 12);

c) detto termine è di decadenza e non già di prescrizione breve né può farsi salva la reiterazione dell'istanza procedimentale in quanto:

c1) da un lato e al di là del dato testuale che fa propendere per la decadenza, l'azione di accertamento serve a render obbligatorio l'esercizio della funzione amministrativa che s'invera nel procedimento, cioè a dar certezza dei rapporti giuridici e delle rispettive posizioni inerenti a quest'ultima in un dato affare, di talché il tempo entro cui va chiesta la tutela è non già un modo in cui un diritto è esercitabile, ma il fattore coesenziale di tal certezza, che va quindi esercitato, tranne che la legge non ne inverta il significato attraverso gli assenti e gli accoglimenti impliciti, in quello e quel solo lasso temporale, secondo il noto brocardo *vigilantibus jura succurrunt*; tale impostazione è quella più coerente con il contenuto essenziale della tutela erogabile ex art. 2, l. 241 del 1990 e 31 c.p.a. che è di accertamento (e salvo casi eccezionali di condanna), come ben rilevato da Ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11;

c2) dall'altro lato, l'istanza procedimentale è reiterabile solo ove possibile, vale a dire sempre che la decadenza dall'azione non sia la manifestazione sensibile delle preclusioni sostanziali che la norma sulla funzione fa discendere dall'inerzia non della p.a., bensì di colui che chiede l'esercizio di essa, per cui la reiterazione non è una sorta d'interruzione d'una prescrizione, ma più semplicemente la mera iniziativa d'un nuovo procedimento,

come si evince da alcuni precedenti (in particolare n. 5583/2015, cit., laddove conclude che «... non appaiono allo stato preclusioni alla presentazione... di una nuova domanda... ovviamente diversa ed adattata ai tempi rispetto a quella (originaria)...»;

d) inoltre non può esigersi la disamina d'una istanza tanto incompleta da non poter essere neppure giudicata negativamente, pertanto in situazioni di tal fatta in cui, in violazione dei canoni di buona fede e di leale collaborazione del privato con la p.a. procedente, il cui rispetto, che si deve sostanziare in quei minimi comportamenti collaborativi e di chiarezza documentale a sostegno della sua pretesa, è imprescindibile per una più rapida e seria definizione del procedimento, non è predicabile la necessità assoluta del rispetto del termine del procedimento né può esigersi dall'amministrazione una statuizione negativa purchessia purché tempestiva, anche a fronte di atteggiamenti dilatori e non collaborativi da parte del privato;

e) non potendosi formare alcun silenzio inadempimento quando l'istanza resti quiescente per improcedibilità, non è possibile azionare il rito del silenzio ex art. 31 c.p.a. in via preventiva e soltanto sollecitatoria della conclusione d'un procedimento che, al momento del ricorso, si presenti ben lungi dall'esser definibile per fatto imputabile solo alla parte (Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2017, n. 1868).

4.11. Conseguenze processuali dell'atto emanato da autorità incompetente.

Nel giudizio avente ad oggetto esclusivamente l'azione avverso il silenzio che avrebbero illegittimamente serbato le amministrazioni interpellate, è del tutto indifferente che l'amministrazione che adotta l'atto sopravvenuto sia priva di competenza ovvero che sia errato il presupposto da cui muove la stessa, in quanto tali deduzioni configurano semmai vizi di legittimità dell'atto emanato per evadere la diffida della parte da far valere in via ordinaria; se l'esplicita presa di posizione di una delle amministrazioni interviene prima della notificazione del ricorso ex art. 117 c.p.a., il giudice correttamente ne dichiara l'inammissibilità in parte *qua* (Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 2022, n. 5560).

Qualora in pendenza di giudizio avverso il silenzio, l'amministrazione adotti un atto che non sia meramente soprassessorio ma ne esprima la posizione definitiva, tale provvedimento deve essere impugnato con distinta e autonoma impugnazione anche laddove si assuma l'incompetenza dell'amministrazione stessa, atteso che tale rilievo integra comunque un vizio di legittimità del provvedimento sopravvenuto che deve essere fatto valere con apposita impugnativa (Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2022, n. 218; 23 novembre 2020, n. 7323).

Il presupposto per la condanna ai sensi dell'art. 117 c.p.a. è che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'amministrazione inadempiente (e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire).

Pertanto l'adozione di un provvedimento esplicito (in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge), rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato).

Permane, viceversa, la situazione di inerzia colpevole (e dunque il corrispondente interesse ad agire *ex art. 117 c.p.a.*), se l'amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento, ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio; tanto nel decisivo presupposto che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento che l'amministrazione ha l'obbligo di concludere ma ad un rinvio *sine die* (Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2020, n. 1339).

4.12. Atti del commissario *ad acta* nominato per l'esecuzione di una sentenza che accerta l'obbligo di provvedere.

La tematica della concomitanza di atti adottati dall'amministrazione condannata a pronunciarsi con provvedimento espresso e dal commissario *ad acta* nominato per l'adozione degli atti in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione, è stata risolta da Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8 che ha declinato i seguenti principi:

a) l'amministrazione risultata soccombente in un giudizio avverso il silenzio non perde il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto; fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece;

b) l'art. 21 c.p.a. (nell'ambito del Capo VI, dedicato agli "ausiliari del giudice"), prevede che «*nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*»; fra le ipotesi nelle quali il codice prevede tale nomina è annoverabile l'art. 117, comma 3, c.p.a. secondo il quale, nell'ambito del giudizio sul silenzio dell'amministrazione, «*il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente, su istanza della parte interessata*»;

c) la nomina del commissario *ad acta*, dunque, si fonda su due presupposti normativamente indicati e, precisamente:

- che il giudice debba sostituirsi all'amministrazione;
- che tale circostanza si verifichi nell'ambito della giurisdizione del giudice medesimo, così come definita dalle norme che la attribuiscono;

d) tali circostanze, oltre a costituire i presupposti per la nomina del commissario *ad acta*, definiscono anche il perimetro dei compiti del medesimo, che coincide con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato e nel cui ambito il commissario agisce;

e) la disciplina normativa, nel definire espressamente il commissario *ad acta* quale ausiliario del giudice, esclude, al tempo stesso, che a questi possa essere riconosciuta la natura di organo (straordinario) dell'amministrazione;

f) sul piano oggettivo dell'attività concretamente posta in essere, esso agisce in virtù di un potere, normativamente previsto, fondato sull'esigenza dell'attuazione delle decisioni

giurisdizionali in quanto funzionali a rendere concreta ed effettiva della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive; ciò comporta che la fonte del potere del commissario *ad acta* è riconducibile, quanto all'investitura, all'atto di nomina e, quanto al contenuto, alla sentenza (o comunque al provvedimento giurisdizionale della cui esecuzione si tratta) sicché non può essergli riconosciuta, nemmeno in via "aggiuntiva", la natura di organo straordinario dell'amministrazione (dovendosi, in tal senso, precisare quanto – peraltro incidentalmente - affermato da Cons. Stato, Ad. plen. 9 maggio 2019 n. 7, che riconosce invece al commissario una "duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione");

g) la natura di ausiliario del giudice non è revocata in dubbio dal fatto che il commissario *ad acta*, nel dare esecuzione alla decisione del giudice, debba adottare atti amministrativi, anche di natura provvedimentale, e ciò anche effettuando, in luogo dell'amministrazione inadempiente, valutazioni e scelte normalmente rientranti nell'esercizio del potere discrezionale della stessa; né la circostanza che gli atti adottati esplichino effetti imputabili alla sfera giuridica dell'amministrazione comporta, di necessità, l'attribuzione al commissario della natura di organo amministrativo;

h) gli effetti che si imputano all'amministrazione non dipendono da una "sostituzione" nell'esercizio di poteri a questa attribuiti e da essa autonomamente esercitabili, ricorrendone le ragioni di pubblico interesse; né tantomeno ricorre un'ipotesi di trasferimento dei poteri medesimi (dall'amministrazione al commissario), derivando invece tali effetti direttamente dalla pronuncia del giudice, la quale, avendo per oggetto atti amministrativi o l'esercizio in fieri di poteri provvedimentali, non può attuarsi se non attraverso l'adozione di atti o di provvedimenti, il cui momento genetico, tuttavia, non si ritrova nella norma attributiva del potere all'amministrazione, bensì nella sentenza, ed il cui momento funzionale non è (almeno direttamente) rappresentato dalla cura dell'interesse pubblico, bensì dall'effettività della tutela giurisdizionale. Ed è significativo, sotto tale aspetto, che i poteri del commissario siano tradizionalmente ricondotti alla giurisdizione "di merito" del giudice amministrativo, la quale, anche nell'adozione di provvedimenti in luogo dell'amministrazione, resta esercizio di attività giurisdizionale e non amministrativa;

i) il fondamento del potere esercitato dal commissario *ad acta* non è il medesimo del potere di cui è titolare l'amministrazione, poiché il primo si colloca, come si è detto, nella decisione del giudice, il secondo nella norma che lo attribuisce all'amministrazione; il primo ha la sua "giustificazione funzionale" nell'effettività della tutela giurisdizionale, conferendo alla parte vittoriosa in giudizio quella attribuzione che risulta soddisfattiva della propria posizione giuridica per la cui tutela essa ha agito; il secondo, nella cura dell'interesse pubblico che costituisce, al contempo, fondamento genetico dell'attribuzione e funzionalizzazione dell'esercizio del potere;

j) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati affetti da nullità, poiché essi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario medesimo. Tali atti potranno essere, ricorrendone le condizioni, dichiarati nulli dal giudice per la diversa ipotesi di violazione o elusione del giudicato (art. 21-septies, l. n. 241 del 1990), ovvero annullati perché ritenuti

illegittimi all'esito di domanda di annullamento in un ordinario giudizio di cognizione, ma non possono in ogni caso essere considerati emanati in difetto assoluto di attribuzione e, per questa ragione, ritenuti affetti da nullità;

k) il commissario *ad acta* nominato dal giudice potrà esercitare il proprio potere fintanto che l'amministrazione non abbia eventualmente provveduto. Qualora persista il dubbio del commissario in ordine all'esaurimento del proprio potere per intervenuta attuazione della decisione (poiché, ad esempio, questa è reputata dal commissario parziale o incompleta), lo stesso potrà rivolgersi al giudice che lo ha nominato, ai sensi dell'art. 114, comma 7, c.p.a.;

l) gli atti emanati dal commissario *ad acta*, non essendo espressione di potere amministrativo, non sono annullabili dall'amministrazione in esercizio del proprio potere di autotutela. Qualora l'amministrazione intenda dolersi di tali atti (ritenendoli illegittimi ovvero non coerenti con il comando contenuto nella decisione del giudice), potrà esclusivamente rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero al giudice del silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.;

m) qualora il commissario *ad acta* adotti atti dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell'ottemperanza o del giudizio sul silenzio. Allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto;

n) dunque il potere dell'amministrazione e quello del commissario *ad acta* sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto;

o) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario;

p) gli atti adottati dal commissario *ad acta* non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a. ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.;

q) gli atti adottati dal commissario *ad acta* dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario *ad acta* abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio.

4.13. Non attivabilità del rito del silenzio in materia tributaria.

Nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la determinazione dell'entità delle somme dovute da una società a titolo di imposta di registro, è stato affermato:

a) afferendo il presente giudizio al c.d. rapporto tributario esso è devoluto alla giurisdizione del giudice tributario e non già del giudice amministrativo. L'appartenenza della controversia in argomento alla giurisdizione del giudice tributario trova conferma nella giurisprudenza consolidata;

b) la Corte costituzionale (sentenza n. 39 del 2010) ha affermato che la giurisdizione del giudice tributario «*deve ritenersi imprescindibilmente collegata*» alla «*natura tributaria del rapporto*»; concordemente, la Corte di cassazione (sez. un. civ., 14 marzo 2011, n. 5928; 27 marzo 2007, n. 7388; 10 agosto del 2005, n. 16776) e il Consiglio di Stato (sez. IV. 26 gennaio 2009, n. 414) hanno affermato:

b1) con le modifiche introdotte al d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 dall'art. 12, comma 2, l. 28 dicembre 2001 n. 448, la giurisdizione tributaria è stata resa "generale", con attribuzione alla stessa di tutte le controversie relative al rapporto tributario *lato sensu* inteso;

b2) la giurisdizione tributaria è così divenuta una giurisdizione a carattere generale, competente ogni qual volta si controverta di uno specifico rapporto tributario, in materia di imposte e tasse, o di sanzioni inflitte da uffici tributari; restando al di fuori di tale giurisdizione solo controversie in cui viene impugnato un atto di carattere generale (art. 7, comma 5, ultimo periodo, d.lgs. n. 546 del 1992), o si chiede il rimborso di una somma indebitamente versata a titolo di tributo, e di cui l'amministrazione riconosce pacificamente la spettanza al contribuente;

c) non assume alcun rilievo la natura discrezionale dei provvedimenti richiesti al fisco, perché la giurisdizione tributaria si configura come giurisdizione di carattere generale, che si radica in base alla materia indipendentemente dalla specie dell'atto impugnato;

d) sono devolute al giudice tributario le controversie relative agli atti di esercizio dell'autotutela, in quanto l'art. 103 Cost. non prevede una riserva assoluta di giurisdizione in favore del giudice amministrativo per la tutela degli interessi legittimi, ferma restando la necessità di una verifica da parte del giudice tributario in ordine alla riconducibilità dell'atto impugnato alle categorie indicate dall'art. 19 d.lgs. n. 546 cit., che non attiene alla giurisdizione, ma alla proponibilità della domanda;

e) che il contribuente ha la possibilità di adire il giudice tributario ogni qual volta l'amministrazione finanziaria esprima, anche attraverso il rifiuto espresso o il silenzio-rigetto, la convinzione che il rapporto tributario debba essere regolato in termini non condivisi dal medesimo contribuente;

f) dalla carenza di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia discende l'inammissibilità della proposizione del rito speciale disciplinato dall'art. 117 c.p.a., stante l'impossibilità di ricorrere al rito del silenzio per le controversie che fuoriescono dal perimetro della giurisdizione amministrativa perché in esse non sono coinvolti interessi legittimi;

g) infatti, la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di silenzio non deriva dagli artt. 31 e 117 c.p.a., che introducono norme sul rito, ma dai consueti criteri di riparto;

h) conseguentemente, è da escludersi che tali disposizioni fondino una ipotesi di giurisdizione esclusiva o di merito al di fuori degli eccezionali casi tassativamente

contemplati dagli artt. 133 e 134 c.p.a., sicché il rito speciale in esame è praticabile esclusivamente se il giudice amministrativo ha giurisdizione sul rapporto cui inerisce la richiesta rimasta inevasa, mentre è indifferente il maggior o minore grado di discrezionalità riservato all'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2020, n. 689).

5. Silenzio-assenso.

Una delle ipotesi di silenzio con valore legale tipico è quella in cui la legge attribuisce all'inerzia dell'amministrazione la valenza di provvedimento favorevole.

5.1. Disposizioni normative.

Fra le fattispecie disciplinate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo si annoverano le seguenti.

L'art. 14-*bis*, nel dettare disposizioni relative alla conferenza semplificata o asincrona, dispone che:

- la conferenza è indetta dall'amministrazione procedente entro cinque giorni lavorativi dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte;
- a tal fine l'amministrazione procedente comunica alle altre amministrazioni interessate, fra l'altro, il termine perentorio entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza (comma 2, lett. c);
- entro il termine di cui al comma 2, lettera c), le amministrazioni coinvolte rendono le proprie determinazioni, relative alla decisione oggetto della conferenza. Tali determinazioni, congruamente motivate, sono formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso (comma 3).

Il successivo comma 4 dispone:

«Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni. Restano ferme le responsabilità dell'amministrazione, nonché quelle dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione, per l'assenso reso, ancorché implicito».

L'art. 14-*ter* che disciplina la conferenza simultanea o sincrona:

- al comma 2 prevede che i lavori della conferenza si concludono non oltre quarantacinque giorni decorrenti dalla data della prima riunione o, nei casi di cui all'articolo 14-*bis*, comma 7, qualora siano coinvolte amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, il termine è fissato in novanta giorni, fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento;

- il successivo comma 7 dispone:

«All'esito dell'ultima riunione, e comunque non oltre il termine di cui al comma 2, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza, con gli effetti di cui all'articolo 14-quater, sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti. Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza».

L'art. 17-bis (vedi infra par. 10.1).

L'art. 18-bis rubricato "Presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni" il quale dispone:

«1. Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza».

L'art. 20 rubricato "Silenzio-assenso" dispone:

«1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato.

2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.

2-bis. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

5. Si applicano gli articoli 2, comma 7, e 10-bis».

L'art. 21 rubricato "Disposizioni sanzionatorie" al comma 2-ter prevede:

«La decorrenza del termine previsto dall'articolo 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'articolo 20 non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti».

L'art. 29 "Ambito di applicazione della legge" stabilisce al comma 2-ter:

«Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano».

5.2. Il silenzio-assenso secondo la tesi tradizionale.

Secondo una prima tesi, la formazione tacita del provvedimento è subordinata alla mera presentazione dell'istanza ed al decorrere del tempo previsto dalla legge mentre per un'altra consistente prospettazione (a lungo maggioritaria), la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio-assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia intervenuta risposta dall'amministrazione, ma anche la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio-assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista: ciò in quanto non è possibile ottenere *per silentium*, quel che non sarebbe altrimenti possibile ottenere mediante l'esercizio espresso del potere da parte della p.a. (Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; sez. VI, 23 agosto 2019, n. 5384; 01 aprile 2019, n. 2115).

Invero, il silenzio-assenso non implica alcuna deroga al potere – dovere dell'amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'articolo 97 Cost. e presuppone quindi che l'amministrazione sia posta nella condizione di poter esercitare il proprio potere quanto meno nel senso di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali affinché l'autorizzazione, implicitamente formatasi con il decorso del tempo, sia coerente alle previsioni di legge e ciò indipendentemente dall'eventuale esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8831).

Ai fini della formazione del silenzio-assenso, che com'è noto rappresenta uno strumento di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa, non è sufficiente la sola presentazione della domanda ed il decorso del tempo indicato dalla apposita norma che lo prevede, ma è necessario altresì che la domanda sia corredata dalla indispensabile documentazione pure prevista dalla normativa (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5921; sez. V, 3 dicembre 2001, n. 6009).

La differenza tra le due prospettazioni quindi afferisce al fatto che, per una tesi, il binomio è costituito dai concetti esistenza/inesistenza del silenzio-assenso, con il corollario che può esistere solo un provvedimento tacito di accoglimento legittimo, mentre, per altra tesi, il binomio, una volta decorso il termine di legge, è costituito dai concetti legittimità/illegittimità del silenzio-assenso, con il corollario che può esistere un provvedimento tacito di accoglimento illegittimo.

In definitiva, ad una tesi, più radicale e a lungo maggioritaria, che attribuisce alla difformità della fattispecie dal modello legale di riferimento, la conseguenza della mancata formazione del silenzio, vale a dire la sua inesistenza, si contrappone una diversa tesi, che limita alla presentazione della domanda ed al fluire del tempo la formazione del provvedimento amministrativo tacito di accoglimento, con conseguente illegittimità – e non inesistenza – del provvedimento viziato per difformità dal modello legale.

5.3. L'istituto secondo i più recenti orientamenti.

Secondo un primo più recente orientamento:

a) il dispositivo tecnico denominato “silenzio-assenso” risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia “equivale” a provvedimento di accoglimento. Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge (principio affermato anche da Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2024, n. 10468 in relazione alla domanda di autorizzazione per l'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259);

b) reputare, invece, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità: tale trattamento differenziato, per l'altro, neppure discenderebbe da una scelta legislativa oggettiva, aprioristicamente legata al tipo di materia o di procedimento, bensì opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della p.a. (anche Cons. Stato, sez. I, 5 dicembre 2023, n. 1511);

c) inoltre, l'impostazione di “convertire” i requisiti di validità della fattispecie “silenziosa” in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto. L'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore viene, infatti, realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi “silenziosamente”;

d) l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione – viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi ‘silenziosamente’;

e) l'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe in contrasto con il principio di «collaborazione e buona fede» (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990);

f) resta fermo che il silenzio-assenso non costituisce una modalità 'ordinaria' di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì costituisce uno specifico 'rimedio' messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell'amministrazione, come confermato dall'art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990, secondo cui «[l]a mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente». Nello stesso senso depone anche l'obbligo di provvedere (sia pure redatto in forma semplificata) rispetto alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, sancito dall'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990;

g) che il silenzio-assenso si formi anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme – oltre che desumibile dalle considerazioni sistematiche sopra svolte – è confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legato, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo:

g1) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il «provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20», presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto;

g2) l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020) – nella parte in cui afferma 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, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni» – conferma che, decorso il termine, alla p.a. residua soltanto il potere di autotutela;

g3) l'art. 2, comma 2-bis – prevedendo che «Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]» (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) – stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione che deve dare unicamente conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti);

g4) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, «in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente»;

g5) l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 – secondo cui: «Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi [...]» –, da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (al riguardo, sussiste una antinomia, che non rileva sciogliere in questa sede, con l'art. 21-nonies, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, il quale riconduce all'autotutela anche l'ipotesi di «provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato», salva la possibilità di auto-annullamento anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi);

h) tutto ciò premesso, occorre fare una ulteriore precisazione: dai requisiti di validità – il cui difetto, come abbiamo visto, non impedisce il perfezionarsi della fattispecie – va distinta l'ipotesi della radicale 'inconfigurabilità' giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore;

i) quindi nel caso in cui l'intervento di demolizione e ricostruzione di precedente manufatto risulti già realizzato al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire, che quindi era priva del necessario presupposto logico-normativo, ossia che l'intervento non fosse ancora stato realizzato (il contesto fattuale consentiva soltanto la diversa istanza di accertamento di conformità), il decorso del tempo non può rilevare ai fini della formazione del silenzio-assenso (Cons. Stato, sez. VI 8 luglio 2022, n. 5746, richiamata anche da sez. VI, 28 ottobre 2024, n. 8582).

Si registra anche una posizione intermedia, che, nel predicare la necessità di accertare se la mancata conformità della fattispecie concreta ai presupposti disciplinati e richiesti dal modello legale di riferimento determini comunque la formazione del silenzio significativo, incidendo solo quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo tacito, ovvero se impedisca in radice la formazione del silenzio-assenso, osserva:

j) la formazione di un provvedimento implicito di assenso in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell'istanza non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente, che deve ugualmente svolgere, proprio come nell'ipotesi in cui fosse obbligata all'adozione di un provvedimento espresso, una puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene richiesto;

k) peraltro, l'amministrazione pubblica competente, effettuati i dovuti e necessari accertamenti, può decidere, in luogo dell'adozione di un provvedimento espresso, di far formare un provvedimento tacito. Tale è la fisiologia del procedimento amministrativo ove

sia presentata un'istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio-assenso;

l) viceversa, l'omesso o l'incompleto svolgimento dell'istruttoria da parte dell'amministrazione competente – fermo restando che il decorso del tempo comporta comunque, a tutela dell'affidamento del richiedente, la formazione dell'atto tacito – costituisce una situazione patologica;

m) per molti aspetti l'istituto del silenzio-assenso, che come noto ha accompagnato la nascita della legge n. 241 del 1990, dimostra e conferma l'intuizione dottrinale secondo la quale, delle fasi in cui si scompone convenzionalmente il procedimento amministrativo, quella centrale è data proprio dall'istruttoria, di cui la fase decisoria – che sia tacita oppure espressa – rappresenta piuttosto un precipitato e una conseguenza logica;

n) va da sé tuttavia che, per l'espletamento di una efficace istruttoria, l'istanza debba essere corredata da tutti gli elementi necessari a consentire l'accertamento della spettanza del bene della vita, per cui il silenzio-assenso può formarsi solo in tale ipotesi, nel qual caso l'eventuale discrasia della fattispecie rispetto al modello legale di riferimento determina l'illegittimità dell'atto tacito, ma non ne impedisce il venire ad esistenza;

o) l'opzione ermeneutica più idonea alla tutela degli interessi in conflitto, in altri termini, deve essere individuata nel fatto che l'assenso tacito si forma allorché sulla domanda, se corredata di tutti gli elementi occorrenti alla valutazione della P.A., sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre non può essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento;

p) diversamente, ove l'istanza non sia stata corredata da tutta la documentazione necessaria ovvero si presenti imprecisa o foriera di possibili equivoci, in modo tale che l'amministrazione destinataria sia stata impossibilitata per il comportamento dell'istante a svolgere un compiuto accertamento di spettanza del bene, il silenzio-assenso non può formarsi, per cui si avrà un'ipotesi di inesistenza dello stesso e non di sua illegittimità;

q) in tale direzione, militano sia la *ratio* del sistema, atteso che, come sottolineato, il concetto di semplificazione amministrativa non coincide con quello di deresponsabilizzazione amministrativa, ma, anzi ne è l'esatto contrario, tutelando l'esigenza di certezza delle posizioni giuridiche dei cittadini, ma non facendo affatto venire meno l'obbligo per l'amministrazione di accertare in fase istruttoria la presenza dei presupposti e requisiti di legge necessari all'attribuzione del bene, sia il dato normativo letterale, in quanto l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990, dispone che, con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti;

r) sulla base di tali considerazioni, quindi, deve ritenersi che l'istanza idonea a far decorrere il termine per la formazione del silenzio-assenso sia solo ed esclusivamente quella corredata dalla dichiarazione di sussistenza dei presupposti e requisiti di legge previsti e, quindi, quella corredata dalla documentazione necessaria al corretto espletamento dell'attività istruttoria da parte dell'amministrazione;

s) in assenza di tale essenziale documentazione, infatti, la volontà provvedimentale dell'amministrazione procedente non può compiutamente formarsi e, di conseguenza, non può essere effettivamente manifestata né in forma espressa, né in forma tacita;

t) in definitiva, il silenzio-assenso è un istituto giuridico alternativo al provvedimento conclusivo, ma non certo allo svolgimento del procedimento e, in particolare, alla sua fase istruttoria;

u) nondimeno, se l'interessato ha posto in essere tutti gli adempimenti necessari affinché il procedimento possa essere dall'amministrazione compiutamente e correttamente svolto, il silenzio significativo si forma ugualmente, non potendo l'inerzia dell'amministrazione ridondare in danno della parte istante pienamente diligente, con conseguente omissione di atti d'ufficio dell'amministrazione che, pur essendo stata messa nelle condizioni di poter procedere, non ha svolto la propria attività (Cons. Stato, sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774, richiamata da 27 dicembre 2023, n. 11203).

6. Il silenzio assenso in edilizia.

6.1. Sintesi degli orientamenti.

Secondo una puntuale analisi dell'istituto e degli orientamenti giurisprudenziali su di esso formatisi:

a) avuto riguardo alle qualità intrinseche che l'istanza deve possedere affinché possa validamente formarsi un silenzio-assenso giuridicamente rilevante e produttivo di effetti ampliativi, si è posto in luce che *«una fattispecie di tacito accoglimento può aver luogo in presenza di istanze assistite da requisiti minimali (afferenti alla legittimazione del richiedente, alla corretta individuazione dell'oggetto del provvedere, alla competenza dell'ente chiamato a pronunciarsi, ecc.), tali da poter ricondurre al dato obiettivo della loro presentazione, unitamente al decorso del termine assegnato per provvedere, l'accoglimento per silentium»* (Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7012);

b) da tale principio si è fatta discendere la conseguenza che *«non può formarsi il silenzio assenso sull'istanza di concessione edilizia quando non è accompagnata ab initio da tutti i requisiti previsti dalla legge (in primis la perizia giurata di un tecnico qualificato), necessari perché il silenzio possa essere equiparato a rilascio della concessione edilizia»* (C.g.a., sez. giur., 5 ottobre 2010, n. 1239), e che, comunque, il privato deve chiarire sin da subito quale sia il provvedimento favorevole cui aspira non potendosi invocare la formazione di un provvedimento tacito di accoglimento laddove si presentino all'amministrazione istanze articolate in più sottorichestre comportanti termini e procedimenti diversi. Una diversa interpretazione condurrebbe all'inevitabile conseguenza della completa incertezza, per l'amministrazione così come per il privato, sul valore da attribuire al comportamento inerte dell'amministrazione e sul provvedimento tacito che si è formato;

c) con una affermazione che suona quale "clausola di chiusura del sistema", si è puntualizzato che la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio-assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo l'inutile decorso del tempo dalla presentazione dell'istanza senza che sia intervenuta risposta

dall'amministrazione, ma la ricorrenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio-assenso non si forma nel caso in cui l'interessato abbia rappresentato una situazione di fatto difforme da quella reale;

d) analoga cautela ha improntato le valutazioni giurisprudenziali in riferimento agli accadimenti intervenuti in un momento successivo al decorso del termine previsto *ex lege* per la formazione del silenzio-assenso;

e) la questione si è posta in passato, con una certa frequenza, laddove il provvedimento espresso sopravvenuto abbia contenuto reiettivo (e quindi si ponga in contrasto con il "provvedimento silenzioso" già formatosi);

f) si è detto, infatti, a più riprese, in passato (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 1994, n. 298), che il diniego esplicito, sopravvenuto alla formazione del silenzio-assenso, non può considerarsi atto inesistente, ma atto che si sostituisce all'assenso tacito, quale ulteriore rinnovata espressione del potere di cui l'amministrazione era e rimane titolare, quanto meno in via di autotutela; il diniego, quindi, può, se mai, ritenersi illegittimo - in quanto non conforme all'esercizio del potere di autotutela -, ma non nullo (facendone peraltro discendere - in un quadro legislativo precedente all'art. 5-bis dell' art. 20 della legge n. 241 del 1990 introdotto dall'articolo 2, comma 1-sexies, del d.l. 5 agosto 2010, n. 125 - la conseguenza che il diniego stesso e gli atti che ne costituiscono esecuzione debbono essere sindacati non dal giudice ordinario ma dal giudice amministrativo, in quanto oggetto del contendere è un asserito non corretto uso dei poteri amministrativi;

g) a fronte di un silenzio-assenso legittimamente formatosi, si sosteneva - da parte di una qualificata corrente dottrinale e giurisprudenziale - che sarebbe potuto pur sempre intervenire un provvedimento a contenuto negativo; quest'ultimo, se reso con le forme procedurali proprie degli atti "di secondo grado", rientranti nell'alveo dei provvedimenti di autotutela, doveva essere tempestivamente impugnato: altrimenti si sarebbe consolidato, con effetto annullatorio dell'assenso tacito;

h) la giurisprudenza più recente ha, però, espresso non poche critiche verso questo modo di provvedere delle amministrazioni, affermando che sarebbe illegittimo l'atto di diniego successivamente emesso, considerato che il potere di provvedere sulla domanda si è consumato e residua solo eventualmente in capo all'ente pubblico la potestà di autotutela, da attuarsi con provvedimento di annullamento e in presenza dei relativi presupposti, tra cui l'indicazione dei profili di illegittimità;

i) l'elaborazione pretoria ha trovato conferma in un successivo intervento legislativo: l'art. 20, terzo comma, l. n. 241 del 1990, nel testo modificato dalla l. n. 80 del 2005, dispone che, nei casi in cui il silenzio equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può soltanto assumere determinazioni in via di autotutela, secondo le previsioni dei successivi artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990;

j) l'amministrazione non può, quindi, limitarsi a provvedere tardivamente sull'istanza, ma deve avviare un vero e proprio procedimento di secondo grado finalizzato alla rimozione dell'atto (che si assume illegittimo) formatosi *per silentium*:

k) in senso parzialmente contrario, altra corrente "sostanzialistica" della giurisprudenza di primo grado ha sostenuto che non sarebbe precluso alla P.A. di

determinarsi in contrario con un provvedimento esplicito, ma, trattandosi di un atto implicito di autotutela, essa dovrebbe comunicare all'interessato l'avvio del relativo procedimento, pena l'illegittimità dell'atto;

l) per chiudere con questo – necessario, seppur sintetico – *excursus*, va anche evidenziato che neppure v'è pieno accordo in ordine alla latitudine applicativa del detto eventuale atto di autotutela;

m) se è, infatti, certo che esso deve essere assunto nel rispetto delle cautele infraprocedimentali proprie dei procedimenti di secondo grado – primo tra tutti, l'obbligo di dare avviso dell'avvio del procedimento finalizzato alla rimozione dell'atto (Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 887) – il nuovo provvedimento, secondo parte della giurisprudenza amministrativa, non sarebbe soggetto ai limiti applicativi (sussistenza di ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati) di cui all'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241;

n) tali limiti all'adozione di un atto di autotutela ricorrerebbero soltanto in ipotesi di rimozione di un provvedimento espresso;

o) nell'ipotesi di silenzio-assenso, viceversa, si è ritenuto che l'inerente potere di autotutela assorba in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, ma che la p.a. non è stata a suo tempo in grado di esercitare. La funzione sollecitatoria a cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non può, infatti, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (art. 97 Cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa;

p) pertanto, in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio-assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante;

q) correlativamente, è stato reputato legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio-assenso, ove l'amministrazione, pur senza enucleare specifici profili di illegittimità dell'atto da annullare e specifiche, distinte, ragioni di interesse pubblico giustificanti l'annullamento medesimo, abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell'assetto di interessi scaturente dal provvedimento tacito, in rapporto a quello inerente alla funzione tipica cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, pervenendo, ove ne abbia riscontrato la dissonanza, alla rimozione dell'assetto ritenuto *contra legem* ed al ripristino di quello risultante conforme all'interesse pubblico da perseguire -l'interesse pubblico sotteso al legittimo esercizio del potere di autotutela può rinvenirsi anche nella necessità di ripristinare l'equilibrio delle posizioni private coinvolte, che non costituisce un aspetto di disciplina dei rapporti intersoggettivi di natura privata, ma costituisce l'essenziale garanzia del rispetto reciproco da parte di tutti i cittadini delle posizioni dei singoli, posizioni che devono ricevere adeguata tutela nell'ordinamento, rimanendo escluse indebite appropriazioni o prevaricazioni (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767).

6.2. Configurabilità del silenzio-assenso.

L'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001 dispone:

«Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso».

Sul tema della configurabilità del silenzio-assenso in edilizia è stato affermato:

a) nel caso in cui il procedimento amministrativo venga riaperto su impulso giudiziale l'istituto del silenzio-assenso non può trovare applicazione dal momento che l'art. 20 del d.P.R. 380 del 2001, a semplice lettura, presuppone una vicenda soltanto amministrativa, ovvero la presentazione di un'istanza alla quale segua, entro dati termini, l'inerzia dell'amministrazione, senza che fino a questo momento vi sia un intervento del giudice.

Trattandosi di istituto di natura eccezionale, e quindi di stretta interpretazione, non vi è la possibilità, anche per un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di rispetto del principio di doverosità dell'azione amministrativa su impulso del giudice - di applicare in via analogica le norme relative al caso presente, da esse non previsto, di riedizione di potere su provvedimento giurisdizionale; tanto più che, in tale ipotesi, neppure è configurabile una domanda di impulso vera e propria (Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2025, n. 36);

b) il silenzio-assenso in materia edilizia non si forma allorché, nel termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione abbia adottato una proposta di decisione contraria, espressa nel preavviso di diniego, sollevando rilievi oggettivamente problematici e non pretestuosi, seguiti da interlocuzioni finalizzate a cercare soluzioni idonee a superarli. Ciò in quanto:

b1) da un lato, l'art. 20, comma 8, d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001 afferma che "decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo" "sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso" solo "ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego", ma non richiede necessariamente che il "motivato diniego" debba rivestire la forma provvedimentale, ben potendosi desumere la volontà procedimentale espressa anche dal preavviso di diniego;

b2) dall'altro, una diversa impostazione sarebbe in contrasto con i principi di collaborazione e buona fede, poiché non ricorre alcuna inerzia amministrativa che giustifichi il meccanismo di semplificazione in esame, previsto a tutela dell'interesse pretensivo del privato, ma, al contrario, si è di fronte ad un articolato confronto procedimentale che - in luogo di decisioni sbrigative sfavorevoli in presenza di criticità e di carenze documentali - e nella ricerca di possibili soluzioni alle problematiche emerse, ha comportato una dilatazione (tra sospensioni ed interruzioni) della scansione temporale stabilita, in via generale ed astratta, dal legislatore (Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2024, n. 7768).

6.3. Necessità della conformità a legge dell'istanza.

Sul tema è stato affermato:

a) in assenza degli elementi essenziali della fattispecie per come indicati all'art. 20, comma 1, il mancato esercizio, nel termine di legge, del potere istruttorio di chiedere integrazioni documentali o modifiche al progetto non determina alcun effetto di sanatoria poiché l'inerzia non può sanare il difetto di quei requisiti che incidono sulla stessa configurabilità di una domanda la cui completezza è indispensabile proprio per la operatività dell'effetto legale finalizzato a porre rimedio alla mancanza di un provvedimento espresso: l'effetto sostitutivo presuppone, in altri termini, che la domanda abbia gli stessi requisiti essenziali del provvedimento che va a sostituire e tra questi vi è senz'altro la determinatezza dell'oggetto, che rileva sia per definire il perimetro dell'intervento autorizzato ma anche ai fini della successiva attività di vigilanza oltre che sanzionatoria, in caso di accertate difformità; quindi la formazione del silenzio-assenso deve essere esclusa laddove i requisiti essenziali necessari, per legge, per la operatività del dispositivo di semplificazione, si siano perfezionati solo dopo il diniego adottato (Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2024, n. 7768);

b) l'assenso tacito sull'istanza per il rilascio del permesso di costruire si forma, *ex art.* 20 della legge n. 241 del 1990, secondo il preferibile orientamento interpretativo, allorquando con riguardo alla domanda – corredata da tutta la documentazione prescritta dalla legge – sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre deve essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento (Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2024, n. 4552);

c) con riferimento alla sanatoria di una struttura temporanea e precaria annessa all'attività commerciale, ossia di un qualcosa che preesisteva da tempo, contraddicendo la rivendicata "temporaneità" e "precarietà" dell'opera, che coinvolga anche profili di compatibilità paesaggistica, qualora la domanda presenti profili di inammissibilità per altre ragioni, l'atto di diniego, che assume contenuto vincolato e portata necessitata, ben può limitarsi a riferire quanto chiarito dalla [Soprintendenza](#) e (tardivamente) condiviso dal comune: la prima infatti, pronunciandosi solo dopo che «*il Comune ha dichiarato che non esiste alcuna documentazione in merito né sussiste alcuna riconducibilità delle opere abusive ad una delle tre casistiche riportate negli artt. 167 e 181 del d.lvo. 42/2004*» si è limitata ad esplicitare l'insussistenza dei presupposti di legge, che in quanto tali non richiedevano particolari "aggiunte" da parte dell'ente territoriale; ciò in quanto il termine di formazione del silenzio significativo non decorre laddove l'istanza di parte sia talmente lacunosa da farla qualificare inesistente (Cons. Stato, sez. II, 13 febbraio 2023, n. 1489 che esamina il rapporto fra sanabilità di un abuso e silenzio-assenso);

d) il silenzio-assenso non si forma ai sensi dell'art. 20 d.P.R. n. 380 del 2001 se l'intervento edilizio non è conforme agli strumenti urbanistici e alle altre disposizioni di legge, nonostante la natura tendenzialmente vincolata del permesso di costruire (Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2021, n. 5018 che ha esaminato una vicenda in cui la variante ad un permesso di costruire è stata denegata perché "l'indice volumetrico riscontrato nel progetto allegato alla domanda risulta ben oltre il volume consentito");

e) il silenzio-assenso costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione, per cui esso non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma

richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per l'attribuzione del bene della vita richiesto (Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113 in una vicenda in cui era necessario prima rivedere il piano particolareggiato di riferimento disporre di una coerente e conseguente convenzione tra le parti).

6.4. Tassatività dei casi di silenzio-assenso.

Laddove il legislatore non abbia espressamente qualificato la mancata tempestiva risposta dell'amministrazione come silenzio-assenso, ovvero come silenzio diniego, essa configura un'ipotesi di silenzio inadempimento, rispetto alla quale il privato può tutelarsi con l'azione di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. per ottenere l'accertamento dell'obbligo di provvedere e, se ne ricorrono i presupposti, anche una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

A supporto di questa tesi vi è anche la considerazione che lo stesso silenzio-assenso regolato dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990 non è un istituto di carattere generale destinato ad applicarsi in via residuale in mancanza di una diversa disciplina, sia perché incontra le esclusioni e preclusioni elencate nel comma 4, sia perché la regola è quella secondo cui le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, a norma dell'art. 2 della medesima legge e nel rispetto dei principi di legalità e trasparenza (Cons. Stato, sez. II, 13 febbraio 2024, n. 10076).

In forza del principio dell'effetto utile, le disposizioni normative devono essere intese nel significato in cui assumano una qualche rilevanza, anziché nel senso in cui risultino del tutto inutili; pertanto, la circostanza per cui sia stata avvertita l'esigenza di prevedere nel d.P.R. n. 31 del 2017, in materia di procedimento autorizzatorio paesaggistico semplificato, l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso di cui all'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 denota come, in assenza di tale clausola di rinvio, la materia non sarebbe stata assoggettata alla disciplina generale dell'art. 17-bis (Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293);

L'istituto del silenzio-assenso nel settore edilizio, introdotto dall'art. 5, comma 2, d.l. n. 70 del 2011 che ha modificato l'art. 20 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, è applicabile solo ai casi di attività vincolata pertanto non è applicabile alla richiesta di permesso di costruire in deroga, ai sensi dell'art. 14 d.P.R. 380 del 2001, e successive modificazioni, perché in questo caso la deroga richiede necessariamente una deliberazione discrezionale del consiglio comunale (Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1828).

Il silenzio-assenso in ambito edilizio è comunque sottoposto, oltre che alla disciplina speciale in materia prevista dall'art. 20 d.P.R. 380 del 2001, anche alla disciplina generale prevista dall'art. 20 l. 241 del 1990: per questa ragione la sua previsione non esclude l'applicazione dell'art. 10 bis di tale legge e la comunicazione dei motivi ostativi anche in questo caso produce un effetto interruttivo (Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4088).

Il silenzio-assenso può comunque formarsi, seppur illegittimamente, in presenza di interventi non conformi alla disciplina di settore, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di esercitare poteri di autotutela ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l. 7 agosto 1990 n. 241, richiamati anche dall'art. 20, comma 3, l. 241/90 (Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805; sez. V, 22 marzo 2016, n. 1167; 12 marzo 2012, n. 1564).

6.5. Inconfigurabilità del silenzio-assenso nel caso di fiscalizzazione.

Laddove l'inerzia dell'amministrazione non sia qualificata dalla legge, o qualificabile in base a essa, come assenso o diniego taciti, si configura un'ipotesi di silenzio inadempimento che, come tale, non preclude l'adozione tardiva del provvedimento, non essendosi consumato il potere di provvedere: tale è il caso dell'art. 38 del t.u. dell'edilizia, che non disciplina le conseguenze della mancata risposta dell'amministrazione sull'eventuale istanza del privato.

A escludere la formazione del silenzio-assenso in materia di "fiscalizzazione" dell'abuso vi è anche l'argomento per cui il primo istituto riguarda unicamente i procedimenti avviati su istanza di parte, mentre quello di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 ha natura officiosa, come si evince sia dal testo della disposizione – secondo cui, nei casi da essi prevista, «il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione...» – sia dalla sua funzione, che è quella di disciplinare le conseguenze dell'annullamento di un titolo edilizio emesso dalla stessa amministrazione (Cons. Stato, sez. II, 13 febbraio 2024, n. 10076).

In relazione all'istanza di fiscalizzazione dell'abuso non trova applicazione l'istituto del silenzio-assenso disciplinato dall'art. 20 della legge generale sul procedimento amministrativo.

L'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, laddove precede che «*In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa. 2. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36*», rappresenta una particolare norma di favore, che punta a differenziare la posizione di chi ha realizzato l'opera abusiva sulla base di titolo annullato (abusività sopravvenuta) da chi ha realizzato un'opera sin dall'inizio priva di ogni titolo edilizio (abusività originaria).

La *ratio* della norma si rinviene nell'opportunità di tutelare l'affidamento del privato che ha avviato l'attività edilizia in base ad un titolo successivamente venuto meno per ragioni a lui non imputabili, ma riconducibili all'illegittimo *agere* della p.a..

L'opportunità di tutelare l'affidamento del privato ha fatto sì che il legislatore contemplasse un'ipotesi impeditiva della demolizione, prevedendo, in luogo di essa, di incamerare una cospicua sanzione pecuniaria quantificata sul valore venale dell'opera realizzata;

La valutazione sull'esistenza per l'applicazione dell'art. 38, che compete al dirigente o responsabile del competente ufficio comunale, deve obbligatoriamente avvenire in tutti i casi di annullamento del titolo edilizio, al fine di accertare se l'illegittimità che ha provocato l'annullamento del titolo sia addebitale alla p.a.

La valutazione dell'amministrazione comunale deve avvenire in tutti i casi in cui il titolo sia venuto meno per i motivi indicati dalla norma a prescindere dall'esistenza di un'istanza di parte, che può pure essere presentata, quindi di propria iniziativa e di per verificare l'esistenza delle condizioni che legittimino l'omessa demolizione dell'opera abusiva, mediante il rilascio di un nuovo titolo edilizio o l'applicazione della sanzione.

Quindi la mera presentazione dell'istanza di parte non muta la sua natura di procedimento amministrativo a iniziativa di ufficio il quale pertanto non rientra tra i "procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi" cui si applica l'art. 20 della legge generale sul procedimento (C.g.a., sez. giur. 25 ottobre 2023, n. 732).

6.6. Rimedi a disposizione dell'amministrazione.

Una volta formatosi il silenzio-assenso in edilizia, l'amministrazione può solo intervenire con l'autotutela. Infatti:

a) il silenzio-assenso è un principio generale posto a presidio della celerità dell'azione amministrativa, nonché della semplificazione e della certezza dei rapporti con i cittadini, principio che in ultima analisi risponde a quello di buon andamento previsto dall'art. 97 della costituzione. Una volta acclarato detto principio la questione verte sul valore del silenzio, pertanto anche ove l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme, si rende comunque configurabile la formazione del silenzio-assenso;

b) al fine di dare un senso alla previsione normativa in forza della quale opera il silenzio – come manifestazione della volontà della amministrazione – è necessaria una sua applicazione che sia il più possibile scevra da ulteriori filtri applicativi onde evitarne una neutralizzazione nei fatti. Non si tratta quindi di valutare se la domanda, in astratto sia assentibile in quanto in possesso di tutti i requisiti ma piuttosto se la domanda possiede quel *minimum* di elementi essenziali per il suo esame e non rappresenti erroneamente i fatti;

c) in tali condizioni è l'amministrazione che deve svolgere il procedimento nei tempi prefissati dalla legge pena la formazione del silenzio. Diversamente opinando, la mancata applicazione della disciplina sul silenzio in considerazione della frapposizione per tale via di un "filtro" – non legislativamente previsto – comporterebbe la neutralizzazione della forza della disposizione sul silenzio, posta a garanzia dei cittadini, ed il conseguente spostamento in sede giurisdizionale della valutazione circa la congruità dell'istanza. Né – in una ottica di bilanciamento degli interessi in gioco – l'amministrazione rimane priva di possibilità di agire stante il potere di annullamento d'ufficio a fronte del formarsi del silenzio a causa dell'inadempimento a provvedere nei termini (Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8156);

d) alla luce di questi canoni ermeneutici non è logico ritenere che il silenzio-assenso non si sarebbe formato in base alla dichiarazione "falsa", tale rivelatasi per effetto di un successivo annullamento retroattivo di un provvedimento favorevole da parte di un'amministrazione (l'Agenzia delle entrate) diversa da quella procedente atteso che i requisiti devono necessariamente sussistere alla data di presentazione dell'accatastamento;

e) qualora i requisiti siano stati presenti sia al momento della presentazione della domanda sia spirato il termine per provvedere, non può sostenersi che i canoni di leale collaborazione tra enti pubblici in sé concretizzino la motivazione corretta per superare il silenzio-assenso già formatosi e ritenere in modo retroattivo che si sia verificato un fatto ostativo alla sua formazione;

f) l'accertamento di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* il quale prevede che «*i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*» non è possibile qualora la motivazione contenuta nel provvedimento impugnato abbia un altro e diverso contenuto decisorio e i requisiti asseritamente mancanti non siano il risultato di rappresentazioni o autocertificazioni, ma la conseguenza di un provvedimento da parte dell'Agenzia delle entrate (oggetto di successiva revoca poi annullata dal giudice tributario);

g) solo la radicale esorbitanza della domanda dal modello legale impedisce la formazione del silenzio-assenso, il che non accade laddove sia stato dimostrato che i requisiti erano tutti sussistenti salvi successivi accertamenti negativi da parte dell'Agenzia delle entrate intervenuti quando il procedimento si era già chiuso a causa dell'inerzia dell'amministrazione, la quale avrebbe soltanto potuto riesaminare nei tempi previsti in difetto dell'ipotesi di falsa rappresentazione della realtà;

h) non rientra nella cornice tipizzata dal procedimento amministrativo la facoltà di chiedere, una volta che siano trascorsi i termini, il riesame sulla sussistenza dei requisiti ai fini del superamento del silenzio-assenso: l'amministrazione avrebbe potuto accertare prima tale criticità o agire, dopo lo spirare dei termini, in autotutela;

i) fino alla data di chiusura del procedimento il requisito richiesto dalla norma è senz'altro da accertarsi; l'art. 2 comma 8-*bis* della legge n. 241 del 1990 esclude che si giunga, per tale via, a vanificare gli effetti del silenzio-assenso, prevedendo l'automatica inefficacia dei «*provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti*», ovvero dei poteri di inibitoria, ricordando, invece, alle amministrazioni che, se del caso, resta fermo, «*quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*»; pertanto è evidente il perfezionamento dell'istanza presentata per silenzio-assenso e l'illegittimità e inefficacia del tardivo diniego emesso ed in mancanza di esercizio dei poteri di autotutela;

j) se l'efficacia *ex tunc* dell'autotutela da parte dell'Agenzia delle entrate incidesse automaticamente sull'esito di un procedimento già chiuso, senza necessità di agire in riesame, sarebbe poi paradossale non riconoscere all'annullamento giurisdizionale, con pari effetto *ex tunc*, di detto provvedimento ad opera del giudice tributario, la capacità di ripristinare lo *status quo* alla data di formazione del silenzio-assenso (Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383).

6.7. Silenzio-assenso per interventi in aree vincolate.

Qualora la parte istante abbia allegato l'autorizzazione paesaggistica alla propria istanza, sicchè la pratica si presenta "completa" dal punto di vista dell'acquisizione dei nulla osta, pareri e assensi necessari e dunque della rappresentazione di tutti gli interessi pubblici da salvaguardare, ai fini della decisione dell'amministrazione comunale, il diniego di attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, così come disposto dal comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. 380 del 2001, emesso dal comune sull'assunto della assoluta inconfigurabilità del silenzio-assenso per il solo fatto della pertinenza dell'intervento ad area soggetta a vincolo rappresenta una errata applicazione della suddetta disposizione ed una illegittima limitazione dell'operatività dell'istituto del silenzio-assenso, che producono l'effetto abnorme di frustrare le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'agire amministrativo alla base della stessa disposizione normativa citata, nonché le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche all'origine delle più recenti modifiche apportate ad essa ed alla legge n. 241 del 1990 (Cons. Stato, sez. IV, 21 novembre 2023, n. 9969).

In materia ambientale e paesaggistica non si può procedere per silenzio-assenso bensì per provvedimenti espliciti (art. 20, comma 4, legge n. 241 del 1990), quindi nessun titolo può ritenersi legittimamente formato *per silentium* stanti i vincoli paesaggistici gravanti sull'area.

Non potendo la parte vantare la formazione di un idoneo e legittimo titolo edilizio, neppure successivamente può invocare una illegittima sottrazione del bene della vita che mai le era stato attribuito (Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4933 che, in una vicenda avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno conseguente all'annullamento in autotutela sia del primo permesso di costruire sia del silenzio-assenso formatosi sull'istanza di permesso di costruire presentata successivamente all'entrata in vigore del nuovo p.u.g.).

7. Silenzio-assenso in materia di condono edilizio.

7.1. Riferimenti normativi.

Il regime procedurale per la definizione delle pratiche di condono è contenuto nell'art. 35, comma 17, della l. n. 47 del 1985, il quale prevede:

«Fermo il disposto del primo comma dell'articolo 40 [rappresentazione dolosamente infedele] con l'esclusione dei casi di cui all'articolo 33 [contrasto con vincoli nominativamente indicati], decorso il termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, quest'ultima si intende accolta ove l'interessato provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio ed alla presentazione all'ufficio tecnico erariale della documentazione necessaria all'accatastamento».

7.2. Decorrenza del termine.

Il tardivo avvio di un procedimento sottoposto al regime del silenzio-assenso mediante nuova richiesta di documentazione, senza chiarire le tempistiche finali di definizione dello stesso, ovvero senza specificare le sopravvenienze che ne hanno reso necessaria l'acquisizione anche in riferimento a situazioni, di fatto e di diritto, ormai

cristallizzate nel giudicato, non può essere equiparato alla doverosa ottemperanza allo stesso e la presunta incompletezza di una pratica non può diventare il grimaldello per uno stillicidio di richieste aggiuntive, spesso ammantate dall'egida della consultazione collaborativa, tali comunque da procrastinare *sine die* il perfezionamento dei procedimenti ad istanza di parte.

Una lettura degli istituti di semplificazione, tra i quali sicuramente rientra anche il silenzio-assenso, che sia conforme ai principi generali dell'attività amministrativa impone che il comportamento dell'amministrazione, al pari di quello del privato, sia improntato alla correttezza e alla buona fede, come peraltro oggi espressamente codificato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 (comma 2-bis, inserito dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha positivizzato principi comunque ritenuti immanenti al sistema).

Un'ingiustificata attesa nell'avvio dell'istruttoria di una pratica, laddove la stessa non sia *prima facie* del tutto priva dei requisiti minimi di esaminabilità in concreto, non solo non può impedire la decorrenza del termine di maturazione del silenzio-assenso, ove previsto, ma a maggior ragione impone la successiva compressione dei tempi di chiusura della stessa, "rimediando" per quanto possibile al pregresso colpevole ritardo nei confronti della legittima aspettativa del cittadino a conoscere il contenuto e le ragioni, qualunque esse siano, delle scelte dell'amministrazione.

Indicazioni chiare nel senso della finalità acceleratoria dell'agire amministrativo dell'istituto sono rinvenibili nella recente disciplina della c.d. "certificazione del silenzio", nonché della sanzione di inefficacia delle decisioni tardive rispetto alla significatività attribuita al decorso del tempo dal legislatore.

Vero è che analoga indicazione non è stata inserita con riferimento ai procedimenti di condono, è tuttavia emblematico delle criticità gestionali diffuse in ambito urbanistico-edilizio il fatto che la previsione dell'art. 20 del testo unico dell'edilizia sia un'anticipazione di quanto successivamente esteso a tutti i provvedimenti *per silentium* (Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072 in una fattispecie relativa ad una istanza di condono presentata ai sensi dell'art. 32 del d.l. 30 settembre 2003, n. 326, convertito con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326).

7.3. Completezza della domanda.

Con il neologismo giuridico della "inconfigurabilità" la giurisprudenza ha inteso richiamare tutte le situazioni di non rispondenza della richiesta neppure al "modello normativo astratto" prefigurato dal legislatore, cui possono essere ricondotte anche le ipotesi di totale inconsistenza della stessa, sì da rendere impossibile l'individuazione a priori dello stesso oggetto dell'istanza.

L'"inconfigurabilità", dunque, include, senza esaurirli, i casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza delle istanze, che tuttavia non sarebbero esenti dall'obbligo di provvedere (sia pure redatto in forma semplificata), giusta la chiara previsione in tal senso dell'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

In ogni caso non può ipotizzarsi una qualche “inconfigurabilità” della domanda, laddove i contenuti della stessa siano stati definitivamente “interpretati” da una pronuncia giurisdizionale, sia con riferimento all’inquadramento tipologico dell’intervento (modifica di destinazione d’uso senza opere), sia in relazione alla adeguatezza della documentazione probatoria della data di ultimazione, ossia entro il 31 marzo 2003 (Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072).

Il termine breve di prescrizione di 36 mesi fissato dall’art. 35 della l. n. 47 del 1985 decorre dalla data di presentazione dell’istanza solo ove la stessa sia corredata di tutta la documentazione necessaria alla sua definizione, dovendosi altrimenti collocare il predetto *dies a quo* nel momento in cui quest’ultima sia completa anche a seguito delle richieste istruttorie formulate dall’ente.

La regola presuppone, cioè, che l’amministrazione sia stata posta in condizione di controllare la correttezza delle somme versate, in quanto accessive ad una domanda di condono completa degli elementi necessari a renderla valutabile (*recte*, ammissibile).

La completezza della domanda, quindi, sia nel senso del corredo documentale obbligatorio, sia avuto riguardo alle somme dovute, incide sia sulla decorrenza del termine per la formazione del silenzio-assenso, sia ai fini della riconosciuta possibilità all’amministrazione di verificare la congruità dei versamenti effettuati, chiedendone, appunto, l’eventuale integrazione (“conguaglio”) laddove non soddisfattivi (Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 207; sez. V, 21 maggio 2019, n. 3241; 6 febbraio 2018, n. 753; 18 gennaio 2017, n. 187; 28 gennaio 2016, n. 314; 26 febbraio 2013, nn. 1188 e 1189; sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 1210).

L’art. 35, comma 18, della l. n. 47 del 1985, laddove prevede che, decorso il termine perentorio di 24 mesi dalla presentazione della domanda di condono, «*quest’ultima si intende accolta ove l’interessato provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio ed alla presentazione all’ufficio tecnico erariale della documentazione necessaria all’accatastamento*», fatta eccezione per i casi in cui si tratti di opere non suscettibili di sanatoria, *ex* art. 33 della l. n. 47 del 1985, e fermo quanto disposto dal successivo art. 40, nell’introdurre una particolare ipotesi di silenzio-assenso sulla domanda di concessione edilizia in sanatoria, non si sottrae agli elementi che, in generale, ai sensi degli artt. 20 e 21 della l. n. 241 del 1990, devono sussistere perché possa intendersi formato il suddetto silenzio.

Per un verso, dunque, devono sussistere tutti i presupposti perché possa essere emanato un provvedimento favorevole espresso; per altro verso, deve essere decorso il termine normativamente indicato, senza che l’amministrazione abbia provveduto ovvero, in presenza di una domanda ritenuta incompleta, non abbia richiesto le occorrenti integrazioni alla stessa (Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2016, n. 3509).

Il *dies a quo* del decorso dei termini fissati dall’art. 35, comma 18, l. 28 febbraio 1985 n. 47 (ventiquattro mesi per la formazione del silenzio-accoglimento sull’istanza di condono edilizio e trentasei mesi per la prescrizione dell’eventuale diritto delle parti del procedimento ad ottenere il pagamento dei conguagli da dare o da avere dal privato), inizia a decorrere da quando è stata presentata la domanda di condono; il decorso dei termini presuppone, in ogni caso, la completezza istruttoria della domanda di sanatoria, accompagnata in particolare dall’integrale pagamento di quanto dovuto a titolo di

oblazione in prospettiva della formazione del silenzio-accoglimento (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 932).

7.4. Requisiti ulteriori.

Relativamente ai requisiti che devono sussistere per la condonabilità di un abuso la Corte costituzionale ha osservato:

a) analogamente a quanto avvenuto per il cosiddetto secondo condono (previsto dall'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724), il legislatore ha costruito la disciplina della terza sanatoria, prevista dal d.l. n. 269 del 2003, facendo perno sulla normativa del primo condono, contenuta negli artt. 31 e seguenti della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e, in particolare, nei suoi artt. 32 e 33 (la cui disciplina è espressamente fatta salva dall'art. 32, comma 27, del d.l. n. 269 del 2003, come convertito);

b) a proposito della sanatoria straordinaria prevista dal d.l. n. 269 del 2003 questa Corte ha più volte sottolineato il suo *«carattere temporaneo ed eccezionale rispetto all'istituto a carattere generale e permanente del "permesso di costruire in sanatoria", disciplinato dagli artt. 36 e 45 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 [e il fatto di essere] ancorato a presupposti in parte diversi e comunque sottoposto a condizioni assai più restrittive»* (sentenza n. 196 del 2004). Più in generale, questa Corte ha definito il condono come un istituto *«a carattere contingente e del tutto eccezionale»* (in tale senso, ad esempio, sentenze n. 427 del 1995 e n. 416 del 1995), ammissibile solo *«negli stretti limiti consentiti dal sistema costituzionale»* (sentenza n. 369 del 1988), dovendo in altre parole *«trovare giustificazione in un principio di ragionevolezza»* (sentenza n. 427 del 1995)» (sentenza n. 196 del 2004);

c) il fondamento giustificativo di questa legislazione va individuato nella *«necessità di "chiudere un passato illegale" in attesa di poter infine giungere ad una repressione efficace dell'abusivismo edilizio, pur se non sono state estranee a simili legislazioni anche "ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria" (cfr., tra le altre, sentenze n. 256 del 1996, n. 427 del 1995 e n. 369 del 1988, nonché ordinanza n. 174 del 2002)»* (sentenza n. 196 del 2004);

d) sull'ambito oggettivo di applicazione del terzo condono (che era stato già definito nella sentenza n. 196 del 2004), la Corte ha confermato che costituiscono vincoli preclusivi della sanatoria anche quelli che non comportano l'inedificabilità assoluta (ordinanza n. 150 del 2009) e che *«il condono di cui al d.l. n. 269 del 2003 è caratterizzato da un ambito oggettivo più circoscritto rispetto a quello del 1985, per effetto dei limiti ulteriori contemplati dal precitato comma 27, i quali "si aggiungono a quanto previsto negli artt. 32 e 33 della legge n. 47 del 1985" (sentenza n. 196 del 2004) e non sono racchiusi nell'area dell'inedificabilità assoluta (ordinanza n. 150 del 2009)»* (sentenza n. 225 del 2012);

f) tali considerazioni sono state riprese nella giurisprudenza successiva (tra le tante, sentenze n. 77 del 2021, n. 70 del 2020, n. 208 del 2019, n. 68 del 2018, n. 73 del 2017, n. 233 e n. 117 del 2015), con la precisazione che *«il ruolo del legislatore regionale, "specificativo – all'interno delle scelte riservate al legislatore nazionale – delle norme in tema di condono, contribuisce senza dubbio a rafforzare la più attenta e specifica considerazione di quegli interessi pubblici, come la tutela dell'ambiente e del paesaggio, che sono – per loro natura – i più esposti a rischio di*

compromissione da parte delle legislazioni sui condoni edilizi” (sentenza n. 49 del 2006)» (sentenza n. 208 del 2019);

g) dalla giurisprudenza costituzionale esaminata emerge: per un verso, il carattere sicuramente più restrittivo del terzo condono rispetto ai precedenti, in ragione dell’effetto ostativo alla sanatoria anche dei vincoli che comportano inedificabilità relativa; per altro verso, il significativo ruolo riconosciuto al legislatore regionale, al quale – ferma restando la preclusione all’ampliamento degli spazi applicativi del condono – è assegnato il delicato compito di «*rafforzare la più attenta e specifica considerazione di [...] interessi pubblici, come la tutela dell’ambiente e del paesaggio*» (sentenza n. 208 del 2019);

h) in questo quadro si colloca la scelta del legislatore regionale del Lazio, il quale, prevedendo che anche il vincolo sopravvenuto determini la non condonabilità dell’opera abusiva (art. 3, comma 1, lettera b, legge reg. Lazio n. 12 del 2004 recante “Disposizioni in materia di definizione di illeciti edilizi”), ha adottato un regime certamente più restrittivo di quello previsto dalla normativa statale. Quest’ultima non dispone, infatti, la non condonabilità in caso di vincolo sopravvenuto;

i) il legislatore regionale del Lazio, assegnando ai vincoli sopravvenuti l’effetto di rendere non condonabile l’opera abusiva, ha introdotto dunque una condizione ostativa ulteriore rispetto a quelle previste dalla normativa statale susseguitasi nel tempo;

j) non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, lettera b), legge reg. Lazio n. 12 del 2004, nella parte in cui non consente il condono delle opere abusive realizzate anche prima dell’apposizione di un vincolo imposto sulla base di leggi statali e regionali a tutela dei monumenti naturali, dei siti di importanza comunitaria e delle zone a protezione speciale, non ricadenti all’interno dei piani urbanistici attuativi vigenti, nonché a tutela dei parchi e delle aree naturali protette nazionali, regionali e provinciali. Introducendo un regime più rigoroso di quello disegnato dalla normativa statale, il legislatore regionale del Lazio non ha oltrepassato il limite costituito dal principio di ragionevolezza;

k) l’insistente ricorso ad aggettivi come “eccezionale”, “straordinario”, “temporaneo” e “contingente”, utilizzati per descrivere la normativa sui condoni edilizi, esprime la peculiare *ratio* di queste misure, da considerare come assolutamente *extra ordinem* e destinate a operare *una tantum* in vista di un definitivo superamento di situazioni di abuso;

n) per queste stesse ragioni, il legislatore regionale non può ampliare i limiti applicativi della sanatoria, né allargare l’area del condono edilizio rispetto a quanto stabilito dalla legge dello Stato ma può introdurre una disciplina più restrittiva di quella statale, nell’esercizio delle competenze in materia di governo del territorio, e quindi anche a proteggere meglio gli anzidetti valori (Corte cost. 30 luglio 2021, n. 181).

7.5. Silenzio-assenso su istanza di condono di abusi su immobili vincolati.

In difetto dei presupposti di legge per la sanabilità dell’opera, non può assumere alcun rilievo l’asserito affidamento dell’istante nel lungo lasso di tempo trascorso e nell’intervenuta formazione del silenzio-assenso poiché la sanatoria edilizia straordinaria

disciplinata dalle leggi sul condono costituisce un beneficio che può essere concesso solo in presenza di determinati requisiti (Cons. Stato, sez. VII, 25 giugno 2024, n. 5606).

Il diniego è, quindi, sufficientemente motivato con l'indicazione dell'assenza dei requisiti richiesti, senza che sia necessario che l'amministrazione indichi le ragioni di interesse pubblico idonee a supportare il diniego di sanatoria e a prevalere sull'affidamento del privato (Cons. Stato, sez. VII, 9 gennaio 2024, n. 294).

Il silenzio-assenso non si perfeziona, infatti, per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio a far data dalla presentazione della domanda di sanatoria, essendo necessario che sussistano tutti i presupposti sostanziali, soggettivi e oggettivi, ai quali è subordinato il rilascio del condono (Cons. Stato, sez. VI, 21 agosto 2023, n. 7849).

Il condono non può intendersi rilasciato nel caso in cui sia decorso il termine di ventiquattro mesi, previsto dall'art. 35, comma 12, l. 47 del 1985, ciò in quanto, nel caso di abusi in area vincolata, il termine per la formazione del silenzio-assenso decorrere solamente dall'emanazione del parere favorevole, secondo quanto previsto dall'art. 32 della citata legge 47 del 1985 (Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2023, n. 3528).

Il silenzio-assenso sull'istanza di condono edilizio inerente ad opere abusive realizzate in area sottoposta a vincolo si perfeziona, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 35 e 32, comma 1, l. n. 47 del 1985, unicamente in presenza del parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo medesimo e non anche in caso di parere negativo (Cons. Stato, sez. VI, 1 luglio 2022, n. 5485).

8. Silenzio-assenso nel codice delle comunicazioni elettroniche.

8.1. Riferimenti normativi.

D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche).

Art. 44 (Nuovi impianti -Procedimenti autorizzatori relativi alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici), comma 10:

«Le istanze di autorizzazione si intendono accolte qualora, entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, non sia stata data comunicazione di una determinazione decisoria della conferenza o di un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, ove ne sia previsto l'intervento, e non sia stato espresso un dissenso, congruamente motivato, da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali. Nei già menzionati casi di dissenso congruamente motivato, ove non sia stata adottata la determinazione decisoria finale nel termine di cui al primo periodo, si applica l'articolo 2, comma 9-ter, della legge 7 agosto 1990 n. 241. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma. Decorso il suddetto termine, l'amministrazione procedente comunica, entro il termine perentorio di sette giorni, l'attestazione di avvenuta autorizzazione, scaduto il quale è sufficiente l'autocertificazione del richiedente. Sono fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione Europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi».

Art. 87 (Trattamento normativo dei nuovi elementi di rete ad altissima capacità) – testo vigente fino al 23 dicembre 2021 – comma 9:

«Le istanze di autorizzazione si intendono accolte qualora, entro il termine perentorio di novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, e non sia stato espresso un dissenso, congruamente motivato, da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali. Nei predetti casi di dissenso congruamente motivato, ove non sia stata adottata la determinazione decisoria finale nel termine di cui al primo periodo, si applica l'articolo 2, comma 9-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma. Decorso il suddetto termine, l'amministrazione procedente comunica, entro il termine perentorio di sette giorni, l'attestazione di avvenuta autorizzazione, scaduto il quale è sufficiente l'autocertificazione del richiedente. Sono fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi»;

Art. 87-bis (Procedure semplificate per determinate tipologie di impianti) – testo vigente fino all'8 novembre 2021:

«Al fine di accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento della rete di banda larga mobile, nel caso di installazione di apparati con tecnologia UMTS, sue evoluzioni o altre tecnologie su infrastrutture per impianti radioelettrici preesistenti o di modifica delle caratteristiche trasmissive, fermo restando il rispetto dei limiti, dei valori e degli obiettivi di cui all'articolo 87 nonché di quanto disposto al comma 3-bis del medesimo articolo, è sufficiente la segnalazione certificata di inizio attività', conforme ai modelli predisposti dagli enti locali e, ove non predisposti, al modello B di cui all'allegato n. 13. Qualora entro trenta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda sia stato comunicato un provvedimento di diniego da parte dell'ente locale o un parere negativo da parte dell'organismo competente di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, la denuncia è priva di effetti».

Art. 115, comma 3 (Obblighi):

«Ai fini dell'installazione o dell'esercizio di stazioni ricetrasmittenti negli aeroporti civili e nelle aree adiacenti soggette alle relative servitù, l'interessato è tenuto ad acquisire preventivamente il benestare di competenza dell'Ente nazionale per l'aviazione civile relativamente agli aspetti di sicurezza aeronautici»:

8.2. Fattispecie esaminate.

Nei procedimenti autorizzatori per l'installazione di impianti di telecomunicazione, disciplinati dall'art. 44 del decreto legislativo, n. 259 del 2003, trova applicazione l'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, essendo necessario che il proponente l'istanza sia reso edotto, in tempo utile, dell'esistenza di eventuali motivi ostativi all'accoglimento, con la precisazione che il preavviso di rigetto non produce effetti sospensivi del termine legalmente tipizzato.

L'art. 44 del decreto legislativo, n. 259 del 2003 prevede, da un lato, che, decorsi novanta giorni dalla data di presentazione della domanda e del relativo progetto, si intende

formato il silenzio-assenso se non interviene un provvedimento di diniego, dall'altro tipizza, quale unica causa di sospensione (e non di interruzione) del suddetto termine, la richiesta di documentazione integrativa, a patto che essa sia inoltrata all'interessato entro quindici giorni dalla ricezione della istanza.

Allorché l'amministrazione comunale intenda evitare la formazione del silenzio-assenso dovrà far pervenire al soggetto istante il preavviso di rigetto in tempo utile perché l'interessato possa presentare, nei successivi dieci giorni, memorie di osservazioni, e poter poi adottare il provvedimento finale di diniego entro il termine di novanta giorni decorrenti dalla presentazione della istanza, termine che di fatto può allungarsi solo ove l'amministrazione abbia richiesto documentazione integrativa ai sensi dell'art. 44, comma 6, del d.lgs. n. 259 del 2003 (Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2025, n. 898).

Il sistema del silenzio-assenso previsto dall'articolo 44 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 rappresenta una fattispecie procedurale di carattere speciale che esclude l'applicazione della normativa di carattere generale di cui al d.P.R. n. 380 del 2001 e che assorbe in sé e sintetizza anche la valutazione edilizia che presiede al titolo, in conformità delle esigenze di semplificazione procedimentale, indipendentemente dalle dimensioni e dalle caratteristiche dell'impianto e della maggiore o minore incidenza sul piano urbanistico; pertanto è illegittimo il provvedimento emesso dall'ente locale che ha ritenuto necessaria l'acquisizione di apposito titolo abilitativo, anziché effettuare le verifiche di carattere edilizio nell'ambito del procedimento unico disciplinato dall'art. 44 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2024, n. 10468).

L'art. 115, comma 3, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 impone all'interessato di acquisire preventivamente il benestare di competenza dell'Ente nazionale per l'aviazione civile relativamente agli aspetti di sicurezza aeronautici, e, pertanto, configura tale nulla osta (che è rilasciato, tra l'altro, da amministrazione diversa dal Comune) non come un requisito di validità ma come un elemento strutturale, necessario per lo stesso incardinamento dell'istanza; pertanto l'assenza di tale nulla osta determina non la mancanza di un requisito di validità del silenzio ma un presupposto essenziale che la specifica regola operante per tale fattispecie ha imposto di acquisire prima della presentazione dell'istanza, con conseguente impossibilità di ritenere formato il silenzio-assenso sull'istanza (Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 2024, n. 8582).

Il procedimento di installazione delle infrastrutture per impianti radioelettrici, disciplinato dall'art. 87 d.lgs. n. 259 del 2003, costituisce un procedimento unico, nell'ambito del quale devono confluire anche le valutazioni edilizie, senza che debba essere attivato un secondo autonomo procedimento edilizio, in conformità delle esigenze di semplificazione procedimentale, conclusione che trova implicito conforto nel sistema normativo per cui il silenzio-assenso previsto dall'art. 87, comma 9, cit. rappresenta una fattispecie procedurale di carattere speciale che esclude l'applicazione della normativa di carattere generale di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto assorbe in sé e sintetizza anche la valutazione edilizia che presiede al titolo ed esprime la volontà del legislatore di concludere il procedimento in un termine breve, per l'evidente favore che assiste il sollecito rilascio delle autorizzazioni relative alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici (Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2024, n. 2031).

Nella specifica materia delle comunicazioni elettroniche, l'installazione di impianti di telecomunicazione è soggetta ad una speciale disciplina autorizzatoria fissata a suo tempo dall'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, da cui emerge un *favor* legislativo per la realizzazione di tali strutture anche attraverso l'istituto del silenzio-assenso (Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11203).

In base alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, applicabile anche alla s.c.i.a. per la realizzazione di interventi di completamento della rete di banda larga, il termine per la formazione del silenzio-assenso rispetto ad una segnalazione certificata di inizio attività decorre dalla data di presentazione di quest'ultima e non già da quella di protocollazione da parte dell'amministrazione.

Sul punto v'è tuttavia da rilevare che la segnalazione certificata di inizio attività di cui al citato art. 19 l. n. 241 del 1990 non dà vita ad una fattispecie provvedimentale di assenso tacito, bensì riflette un atto del privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2022, n. 10992).

Il *favor* assicurato alla diffusione dell'infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal d.lgs. n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti all'amministrazione competente, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico-ambientale, in quanto espressione dei principi fondamentali della costituzione né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli.

Va pertanto esclusa l'applicabilità della procedura semplificata di cui all'art. 87 del codice delle comunicazioni elettroniche nelle ipotesi in cui l'immobile, in ordine al quale si chiede il rilascio del titolo edilizio in sanatoria, ricada in zona assoggettata a vincolo paesaggistico (Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2021, n. 7365).

9. Silenzio-assenso in materia ambientale.

Sul tema sono stati affermati i seguenti principi:

a) i provvedimenti che concernono la realizzazione di impianti da energie rinnovabili ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 sono attratti alla disciplina di cui all'art. 20 l. n. 241 del 1990, con la conseguenza che, ai fini dell'autorizzazione, è sempre richiesta l'adozione di un provvedimento espresso, non potendo trovare applicazione l'istituto del silenzio-assenso (Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 2021, n. 7384);

b) con riferimento all'autorizzazione alla costruzione di impianti eolici di produzione di energia elettrica non è invocabile la formazione del silenzio-assenso per fattispecie ricadenti nella versione dell'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990 che stabiliva l'esplicita esclusione dalla fattispecie dei provvedimenti in materia ambientale (Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2018, n. 499);

c) non può trovare applicazione il meccanismo del silenzio-assenso in caso di autorizzazione unica per la realizzazione di un parco eolico stante il contrasto tra la previsione normativa del silenzio-assenso di una legge regionale e i principi comunitari, che

impongono l'esplicitazione delle ragioni della compatibilità ambientale del progetto. Nè può assumersi l'applicabilità del silenzio-assenso sulla procedura di valutazione di impatto ambientale (VIA) in ragione dell'avvenuto svolgimento dello *screening* e, dunque, di una già avvenuta valutazione del progetto in linea tecnica, nonché dell'evidenziazione delle criticità ambientali esistenti; qualora l'autorità regionale si sia pronunciata espressamente con una determinazione, non impugnata, con cui, all'esito del procedimento di *screening*, è stata disposta l'assoggettabilità del progetto alla valutazione di impatto ambientale, anche per tale profilo non può essere invocata l'avvenuta formazione di un silenzio-assenso che avrebbe escluso il progetto dalla procedura di VIA (Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712);

d) il silenzio-assenso, previsto dall'art. 13, commi 1 e 4, l. 394 del 1991, sulle richieste di nulla osta agli enti gestori dei parchi, non è stato implicitamente abrogato dal d.l. 35 del 2005, convertito in l. 80 del 2005, che ha sostituito il testo dell'art. 20 l. 241 del 1990 stabilendo che la nuova disciplina del silenzio-assenso non si applica agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico (Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 17);

e) è incostituzionale l'art. 1 l. reg. Liguria 5 luglio 2011 n. 17, nella parte in cui prevedeva la possibilità che le autorizzazioni agli scarichi domestici ed assimilati, valide per quattro anni dal momento del rilascio, si intendessero tacitamente rinnovate, qualora ne sussistano gli stessi presupposti e requisiti, di quattro anni in quattro anni (Corte cost. 31 maggio 2012, n. 133);

f) i procedimenti concernenti le autorizzazioni relative ai vincoli storico-artistici, paesaggistici e ambientali non possono essere semplificati neppure nella forma del silenzio-assenso (Cons. Stato, Ad. gen., 28 aprile 1994, n. 137);

g) non possono essere assoggettati in via regolamentare al regime del silenzio-assenso gli atti di tipo autorizzatorio di attività private, per i quali sia previsto l'esperimento di prove o che siano circoscritti ad un limite o contingente complessivo, o il cui rilascio possa compromettere i valori storico-artistici o ambientali, ovvero il rispetto delle norme a tutela del lavoratore sul luogo di lavoro (Cons. Stato, Ad. gen., 6 febbraio 1992, n. 27).

10. Silenzio-assenso orizzontale.

10.1. Disposizioni normative.

Art. 17-bis l. 241 del 1990 rubricato "*Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*" dispone:

«1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Esclusi i casi di cui al comma 3, quando per l'adozione di

provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, la proposta stessa è trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte di quest'ultima amministrazione. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; lo stesso termine si applica qualora dette esigenze istruttorie siano rappresentate dall'amministrazione proponente nei casi di cui al secondo periodo. Non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini.

2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. Esclusi i casi di cui al comma 3, qualora la proposta non sia trasmessa nei termini di cui al comma 1, secondo periodo, l'amministrazione competente può comunque procedere. In tal caso, lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso ai sensi del presente articolo. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi».

10.2. Silenzio orizzontale nei rapporti con la [soprintendenza](#)[Soprintendenza](#).

Sul tema si registrano in giurisprudenza orientamenti contrapposti, quantunque coevi, i quali, pur prendendo spunto dal parere n. 1640 del 23 giugno 2016 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri sull'art. 17 bis della legge 241 del 1990 – (introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124), che ha previsto e disciplinato, come istituto di applicazione generale, il silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche – giungono tuttavia ad approdi differenti, argomentati come di seguito si riporta.

10.3. Tesi negativa.

La tesi negativa ricostruisce l'istituto come segue:

a) lo scenario che fa da sfondo alle fattispecie di silenzio-assenso disciplinate dall'art. 17 *bis* cit., è costituito dalla pendenza di un procedimento avviato da una amministrazione, d'ufficio o su istanza di parte, che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso;

b) il silenzio-assenso disciplinato dall'art. 17-*bis* ha natura endoprocedimentale, avendo valenza solo all'interno di un procedimento pendente, destinato a chiudersi con un provvedimento avente efficacia esterna, di competenza dell'amministrazione procedente. Proprio per questa ragione esso differisce rispetto al silenzio-assenso disciplinato dal successivo art. 20, che invece ha natura provvedimentale e disciplina direttamente e "verticalmente" i rapporti tra amministrazione procedente e privato richiedente;

c) il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è disciplinato dall'art. 146 d.lgs. 42 del 2004, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 25, comma 3, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164;

d) secondo un'interpretazione sistematica di tali disposizioni (Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136) e in particolare secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9, sussiste un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della [Soprintendenza](#), l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo; ne consegue, pertanto, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione procedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della [Soprintendenza](#);

e) ne consegue che il procedimento di rilascio della autorizzazione paesaggistica costituisce un sub procedimento, di competenza della regione o dell'ente da essa delegato, che si inserisce nel procedimento "principale", avente ad oggetto l'autorizzazione di un'opera o un progetto; l'autorizzazione paesaggistica, comunque, costituisce un atto autonomo che non può formarsi *per silentium*, posto che secondo le previsioni dell'art. 146 l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e l'autorità competente, cioè la regione o l'ente da essa delegato, deve comunque esprimersi con un provvedimento espresso, rispetto al quale il parere della [Soprintendenza](#) potrà essere, o meno, vincolante;

f) è stata affermata (Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 2020, n. 4765) la non compatibilità tra il silenzio-assenso ex art. 17 *bis* ed i procedimenti disciplinati dall'art. 146 del d.lgs. 42/2004, per la ragione che in questi procedimenti la [Soprintendenza](#) non è chiamata ad esprimersi su una proposta del provvedimento finale che sarà adottato dall'amministrazione procedente, bensì su una proposta di parere paesaggistico, che

riguarda un progetto e che non viene formulata dall'autorità procedente – cioè quella che deve autorizzare il progetto o l'opera – bensì dalla regione o dall'ente che questa abbia eventualmente delegato ad esercitare i poteri ad essa assegnati dall'art. 146;

g) l'indicata decisione ha rilevato che, in sostanza, l'art. 146 del codice n. 42 del 2004 ha previsto che l'atto conclusivo del procedimento (l'autorizzazione paesaggistica ovvero il diniego di essa) rimanga un 'provvedimento monostrutturato', riferibile alla autorità che emana l'atto finale (tanto che più volte questo Consiglio ha rilevato come lo stesso parere vincolante non sia immediatamente impugnabile: sez. VI, 8 gennaio 2020, n. 129; 18 settembre 2017, n. 4369; 12 settembre 2017, n. 4315; 18 luglio 2017, n. 352);

h) ciò che porta ad affermare che l'art. 17-bis della l. 241 del 1990 non è applicabile alle procedure di rilascio disciplinate dall'art. 146, comma 9, d.lgs. 42 del 2004, è solo, e unicamente, la circostanza che il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della [soprintendenzaSoprintendenza](#), come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità";

i) una esplicita e limitata introduzione del silenzio-assenso *ex art. 17-bis*, nell'ambito dei procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, si è avuto con il d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, regolamento previsto dall'art. 146, comma 9, del d.lgs. 42 del 2004, nella versione modificata con l'articolo 12, comma 2, d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2014, n. 106, come modificato dall'articolo 25, comma 2, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, il quale ha individuato (i) gli interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica, elencandoli nell'allegato "A" e nell'art. 4, e (ii) gli interventi ed opere di lieve entità soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato, che ha elencato nell'allegato "B";

j) il procedimento semplificato è disciplinato dall'art. 11 del regolamento, norma che va letta tenendo presente che per "amministrazione procedente" si deve intendere, non già l'amministrazione competente al rilascio del titolo abilitativo l'intervento, bensì – secondo quanto specificato all'art. 1, lett. c) – "la regione, ovvero l'ente delegato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica";

k) essa è parzialmente derogatoria rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 146 cit.: in primo luogo perché prevede che l'amministrazione procedente trasmette alla [soprintendenzaSoprintendenza](#) una "motivata proposta di accoglimento", e non una proposta di diniego o di accoglimento; in secondo luogo perché prevede specificamente la possibilità che si formi un silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 17-bis della l. 241 del 1990, con riferimento alla ipotesi in cui il soprintendente non renda il parere di propria competenza "nei tempi previsti al comma 5", e, coerentemente alla natura endoprocedimentale di tale assenso tacito, prevede poi che la "autorità procedente" (cioè la regione o l'ente da essa delegato) "provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica": cioè, in sostanza, "provvede in conformità", alla proposta originaria di accoglimento ed al parere favorevole, e vincolante, tacitamente formatosi;

l) la legittimità di tali previsioni derogatorie, rispetto alla disciplina generale, discende dalla circostanza che sono contenute in un regolamento governativo emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. 400 del 1988, a ciò "delegato" dalla fonte di rango

legislativo primario, ovvero l'art. 146, comma 9, del d.lgs. 42 del 2004. Si tratta, inoltre, di norme dichiaratamente speciali, con cui sono stabilite procedure semplificate per il rilascio delle autorizzazioni, che per definizione hanno ad oggetto interventi di lieve entità;

m) deve rilevarsi, tuttavia, che l'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017, nel prefigurare la formazione del silenzio-assenso, richiama specificamente solo i termini di cui al comma 5, e non anche i termini di cui al comma 7, sicché bisogna interrogarsi circa la reale volontà all'origine del regolamento, e quindi sulla reale portata del silenzio-assenso cui allude il comma 9: l'interpretazione letterale e coordinata dei vari commi di cui è composto l'art. 11, porta infatti ad affermare che il silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 17-bis, non si formi quando il soprintendente abbia comunicato dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, e si formi, invece, «se anche la valutazione del Soprintendente è positiva» (così, il comma 5, ultimo periodo);

n) l'indicata formulazione della norma indica la volontà di consentire la formazione del silenzio-assenso "endoprocedimentale" solo nel caso in cui la [soprintendenzaSoprintendenza](#), ricevuta la proposta dalla "amministrazione procedente", rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo: tale contegno silenzioso, potendo essere letto come una valutazione positiva, per assenza di elementi ostativi, crea il presupposto logico perché la "amministrazione procedente" sia legittimata a dare corso al rilascio dell'autorizzazione. Viceversa, nel caso in cui la [soprintendenzaSoprintendenza](#) comunichi dei motivi ostativi all'accoglimento, non vi sono le condizioni perché possa innestarsi la presunzione che essa abbia valutato positivamente la proposta della "amministrazione procedente", neppure a seguito delle eventuali controdeduzioni della parte interessata;

o) la suddetta interpretazione si impone anche tenuto conto del fatto che, venendo in considerazione un istituto di natura speciale e derogatoria, la norma che lo prevede è soggetta a stretta interpretazione. Si tratta, inoltre, della interpretazione che meglio coniuga la tutela degli interessi privatistici, alla sollecita definizione dei procedimenti per il rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche, con l'interesse, di natura primaria, alla tutela del paesaggio, il quale richiederebbe sempre un cauto e meditato esercizio della discrezionalità, da parte della autorità tutoria;

p) alla stregua delle considerazioni che precedono, il silenzio-assenso di cui all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017 deve ritenersi impedito dal fatto che la [soprintendenzaSoprintendenza](#), prima che si formi il silenzio-assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della [soprintendenzaSoprintendenza](#)) notifichi motivi ostativi all'accoglimento ai sensi dell'art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l'obbligo per il soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso. Pertanto:

p1) se il parere negativo definitivo del soprintendente pervenga entro il termine indicato dall'art. 11, comma 7, sarà vincolante per l'amministrazione procedente;

p2) se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio-assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della [SoprintendenzaSoprintendenza](#), e a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto;

p3) il parere tardivo emesso dalla [soprintendenzaSoprintendenza](#), ai sensi dell'art. 11, comma 7, del d.P.R. n. 31 del 2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio-assenso già formatosi, quando sia stato preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali – come precisato – impediscono la formazione del silenzio-assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio-assenso;

p4) il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio-assenso *ex art. 17 bis*;

p5) da ciò consegue che, laddove sia pacifico che la [soprintendenzaSoprintendenza](#) ha trasmesso i motivi ostativi all'accoglimento della proposta inoltrata dalla autorità procedente quando erano decorsi 11 giorni dal ricevimento della proposta, ma non era ancora decorso il termine di venti giorni per la formazione del silenzio-assenso, quest'ultimo non si è mai perfezionato (Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098).

Giurisprudenza precedente di segno analogo aveva affermato:

q) deve escludersi l'applicabilità dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 qualora il rapporto amministrativo è di carattere "verticale", non "orizzontale", in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la [soprintendenzaSoprintendenza](#), non fra il comune e la [soprintendenzaSoprintendenza](#) (Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2584);

r) l'istituto del silenzio-assenso di cui all'articolo 17-bis l. 241 del 1990 si applica esclusivamente ai rapporti fra l'amministrazione "procedente" per l'adozione di un provvedimento definitivo e quelle chiamate a rendere «*assensi, concerti o nulla osta*» a questo prodromici, e non anche al rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi nei confronti di un'amministrazione terza, come è nel caso della regione e della [soprintendenzaSoprintendenza](#) in relazione all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640);

s) come rilevato nel parere n. 1640 del 23 giugno 2016 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio, secondo cui «*L'art. 17-bis si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata. La disposizione richiede, quindi, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di una funzione decisoria sostanziale. Nei casi in cui un'amministrazione ha un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'amministrazione unica decidente), la decisione risulta monostrutturata. In questo caso, infatti, come osserva la richiesta di parere, non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio assenso nei*

*rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati», tale istituto costituisce un “nuovo paradigma” applicabile in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo si deve concludere con una decisione ‘pluristrutturata’ (nel senso che la decisione finale da parte dell’amministrazione procedente richiede per legge l’assenso vincolante di un’altra amministrazione), di conseguenza, il silenzio dell’amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l’effetto di precludere l’adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato *ope legis* a un atto di assenso e consente all’amministrazione procedente l’adozione del provvedimento conclusivo (Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765);*

t) è principio generale quello che impone, salvo motivate eccezioni, che le regole procedimentali da seguire siano le medesime di quelle prefigurate dalla legge per il procedimento di primo grado, pertanto non possono ritenersi rispettate le regole procedimentali laddove l’atto di primo grado sia stato preceduto dall’acquisizione, sia pure nella forma del silenzio-assenso, del parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#) mentre l’atto di secondo grado non abbia seguito il medesimo percorso prefigurato dalla legge per l’adozione dell’autorizzazione paesaggistica non risultando che sia stato richiesto alla [soprintendenzaSoprintendenza](#) di esprimersi in via preventiva (Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5799).

10.4. Tesi positiva.

Di segno opposto è una pronuncia che, con riferimento ad una fattispecie in cui la [soprintendenzaSoprintendenza](#) non ha osservato il termine legalmente previsto per l’adozione del parere, da rendere nell’ambito di una conferenza decisoria, ha confutato le argomentazioni della tesi negativa (di cui ha dato ampiamente conto), per giungere ad affermare l’applicabilità del silenzio-assenso orizzontale ai rapporti con la [soprintendenzaSoprintendenza](#), vagliando infine la tenuta costituzionale della preferita opzione ermeneutica.

Questo, in sintesi, il percorso argomentativo a sostegno della tesi positiva:

a) anche successivamente alla cd. riforma Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124 e relativi decreti delegati), con cui è stato introdotto il silenzio-assenso orizzontale tra pubbliche amministrazioni *ex art. 17 bis* ed è stata riscritta la disciplina della conferenza di servizi (caratterizzata sia dalla previsione del silenzio-assenso in caso di mancata partecipazione o partecipazione non collaborativa o costruttiva anche di amministrazioni preposte ad interessi sensibili sia dal fatto che il dissenso di una p.a. preposta a un interesse sensibile non è più ostativo alla conclusione positiva della conferenza simultanea nonché dalla figura del rappresentante unico in conferenza), una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ha continuato a fare applicazione del modello del parere meramente devolutivo (sez. I, 28 giugno 2021, n. 1114), alla stregua del quale in caso di pronuncia tardiva (purché anteriore alla “chiusura” del procedimento segnata dal rilascio del provvedimento finale da parte del comune), il parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#) è equo a obbligatorio, ma resta efficace e fonda comunque l’obbligo comunale di esame e di motivazione in caso di dissenso. Tale parere tardivo non vincolerebbe la p.a. procedente, alla quale toccherebbe

comunque di tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici (Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; 29 marzo 2021, n. 2640; 7 aprile 2022, n. 2584), con la conseguenza della non applicabilità dell'art 17 *bis* al parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#) in quanto quest'ultima disposizione non riguarderebbe la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimarrebbe regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* con la conseguenza che l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, a elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente;

b) secondo un orientamento di segno contrario, l'istituto del silenzio-assenso orizzontale è applicabile anche al parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#). Sul piano sistematico, questo diverso indirizzo muove dalla premessa per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluristrutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione. Si evidenzia, infatti, al riguardo che il parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#) è "espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico" (Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145; sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; 18 marzo 2021, n. 2358; 19 marzo 2021 n. 2390);

c) a tali pareri si applicherebbe pertanto l'art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, alla stregua di tale ricostruzione, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 *bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio-assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio-assenso (Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255);

d) a sostegno di questa impostazione si valorizza principalmente l'argomento letterale per cui «La formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso» (Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, cit.);

e) il secondo orientamento è più persuasivo in quanto il testo della legge, specie quando formulata, come nel caso in esame, mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria e costituisce un limite insuperabile rispetto ad opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili;

f) più in generale, non può ritenersi esistente un potere del giudice di decidere una controversia a lui sottoposta facendo diretta applicazione di un principio costituzionale (c.d. *unmittelbare drittwirkung*), anche quando non si sia in presenza di una lacuna; i principi certamente operano come *ratio* interpretativa delle norme di rango inferiore: l'interpretazione costituzionalmente conforme (o adeguatrice) dev'essere sempre preferita, fino a quando non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo; quando questo conflitto si verifichi, il giudice ha l'onere (ove ravvisi la persistenza del contrasto) di sollevare la questione di legittimità costituzionale;

g) in altre parole, fintanto che il giudice riesca ad argomentare che il "bilanciamento" di interessi da lui ritenuto conforme a costituzione è realizzabile attraverso una o più regole che la disposizione di legge ordinaria consente di ricavare in via interpretativa, *nulla quaestio*; ma se, invece, questo non sia oggettivamente possibile, e dunque la norma ordinaria (secondo il significato che le si può attribuire all'esito del ricorso a tutti i criteri di interpretazione: letterale, storico, logico, teleologico, sistematico) rimanga contrastante con il principio costituzionale (come interpretato dal giudice), il giudice stesso, (che percepisca tale contrasto) non ha altra strada che quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale;

h) tali considerazioni trovano pedissequo riscontro nella giurisprudenza delle Corti superiori interne e internazionali;

h1) la giurisprudenza costituzionale ha individuato nell'univoco tenore letterale della norma un limite all'interpretazione costituzionalmente conforme (Cort. cost., 26 febbraio 2020, n. 32);

h2) a non dissimili conclusioni giunge anche la Corte di giustizia UE, la quale ha ricordato che, nell'applicare il diritto nazionale (in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva) il giudice nazionale deve interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva. Tuttavia l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 aprile 2008, C-268/06, v. sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc. pag. 3969, punto 13, nonché *Adeneler e a.*, cit., punto 110; v. anche, per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47);

h3) analoghe e, sotto certi profili ancora più stringenti considerazioni (in quanto relative anche alla interpretazione delle c.d. clausole generali), si rinvengono nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, nella quale si legge che «*Anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma è investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale... il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto.....*» (Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162);

i) sulla base di tali coordinate di fondo la diversa opzione interpretativa fa emergere diversi dubbi:

i1) in primo luogo, l'affermazione secondo cui la [soprintendenzaSoprintendenza](#), nell'esprimere il suo parere sulla proposta di autorizzazione paesaggistica, deve ignorare la compresenza di qualsiasi altro interesse pubblico, anche di analoga valenza (ad esempio la tutela dell'ambiente), non considera che il tratto qualificante dell'istituto della conferenza di servizi risiede proprio nella necessità di confrontare e comporre, mediante una dialettica paritaria, tutti gli interessi rilevanti;

i2) più in radice, non risulta convincente l'attribuzione alla [soprintendenzaSoprintendenza](#), nell'ambito del procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, di un ruolo meramente consultivo. Tale dequotazione trascura il delicato equilibrio sotteso all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22, che si traduce nel carattere necessariamente vincolante del parere reso dalla [soprintendenzaSoprintendenza](#) coerentemente al riparto di funzioni legislative sancito dall'art. 117 Cost.);

j) in questo quadro, costituzionalmente vincolato, sarebbe quindi più coerente con le coordinate di fondo del sistema riconoscere alla [soprintendenzaSoprintendenza](#) un ruolo propriamente co-decisorio, con la conseguenza che il procedimento in esame dovrebbe più propriamente qualificarsi come pluristrutturato;

k) a sostegno di questa conclusione va ricordato che una consolidata giurisprudenza aveva già in passato chiarito la natura co-decisoria del parere vincolante (Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; 15 maggio 2017, n. 2262, 17 marzo 2020, n. 1903; 16 giugno 2020, n. 3885; 5 ottobre 2020, n. 5831; 18 marzo 2021, n. 2358; 27 maggio 2021, n. 4096; sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145);

l) la natura co-decisoria del parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#) è stata, peraltro, nettamente accentuata dalla riforma che ha interessato l'articolo 146 nel 2011, con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106. Per effetto di tale modifica normativa, al fine di emendare la prassi secondo cui la regione o il comune delegato trasmettevano le pratiche relative alle domande di autorizzazione in modo automatico e senza svolgere un minimo di istruttoria, si è stabilito che la regione o il comune delegato devono trasmettere una proposta motivata alla [soprintendenzaSoprintendenza](#) e, quindi, devono necessariamente fare un'adeguata istruttoria. Inoltre, si è previsto che in caso di parere negativo, il preavviso di rigetto, ex art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, deve essere adottato dalla stessa [soprintendenzaSoprintendenza](#);

m) i pareri vincolanti, come quello che viene in esame nella specie, di contro, non possono essere disattesi dall'amministrazione. Per tale ragione, non pare possa essere negato, sulle orme della dottrina più autorevole, che, in una prospettiva sostanziale, un parere che, come quello in esame, non lasci nessuno spazio di scelta in capo all'organo di amministrazione attiva non esprime nessuna consulenza, ma pone in essere una decisione preliminare, sicché solo tecnicamente può essere definito alla stregua di «parere». Invero, anche dal punto di vista della collocazione in seno alla fattispecie procedimentale, dovrebbe concludersi che i pareri vincolanti determinano il contenuto della decisione finale, per cui bisognerebbe espungerli dal novero degli atti preparatori e ricondurli nell'ambito di quelli

decisori o co-decisori. Con tutte le conseguenze del caso: in primo luogo, quella dell'imputazione degli effetti non solo all'organo o ente che emana l'atto finale ma anche al soggetto che ha espresso il parere;

n) tale impostazione trova conferma, sul piano sistematico, negli artt. 16 e 17 e nell'art. 17-bis l. 241 del 1990, aventi rispettivamente a oggetto i pareri istruttori (e le valutazioni tecniche) e quelli decisori. Tale distinzione, (certamente consapevole in virtù della prossimità topografica delle disposizioni richiamate) ha notevoli implicazioni sul relativo regime normativo. E in effetti, con riferimento ai pareri meramente istruttori, di cui al citato art. 17, il legislatore ha ritenuto non configurabile il silenzio-assenso. La ragione risiede, all'evidenza, nella circostanza per cui in tale caso l'autorità decidente è unica e, quindi, per definizione non indefettibile;

o) di contro, nella fattispecie di cui all'art. 17-bis, si configura una decisione "a doppia chiave" e dunque un'ipotesi di cogestione della funzione (c.d. decisione pluristrutturata). In tal caso, pertanto, l'eventuale silenzio serbato dell'autorità co-decidente consolida la scelta dell'autorità procedente, che è comunque dotata di competenza (sia pure non esclusiva) in materia;

p) coerentemente con le considerazioni sin qui svolte, si è espresso anche il parere del Consiglio di Stato 13 luglio 2016, n. 1640 (reso su uno specifico quesito proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241) secondo cui l'art. 17 bis si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata e pertanto anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990; il parere in esame ha anche chiarito che l'art. 17-bis non si applica nei casi in cui un'amministrazione ha un ruolo meramente formale (come nel caso dello sportello unico che si limita a raccogliere e trasmettere l'istanza all'amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio-assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio-assenso nei rapporti (non endoprocedimentali) verticali con i privati (c.d. decisione monostrutturata);

r) la tesi che esclude l'applicazione del silenzio-assenso verticale al parere da rendere, da parte della [SoprintendenzaSoprintendenza](#), nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica contraddice anche la *ratio* dell'art. 17-bis, comunemente intesa come funzionale a evitare che, ove il procedimento debba concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata, la condotta inerte dell'amministrazione interpellata possa produrre un arresto del procedimento, impedendo la tempestiva adozione della determinazione conclusiva. In tale quadro, l'istituto in esame completa, come in parte già ricordato, un'evoluzione normativa che ha progressivamente fluidificato l'azione amministrativa, neutralizzando gli effetti negativi e paralizzanti del silenzio amministrativo, dapprima nei rapporti con i privati e ora anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni;

s) il nuovo strumento di semplificazione conferma, pertanto, la natura "patologica" che connota il silenzio amministrativo, soprattutto quando maturi nell'ambito di un

rapporto orizzontale con un'altra amministrazione co-decidente; palesa, in altri termini, una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, inerzia che viene stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione interpellata la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi", ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento. Tali avvertite esigenze non sono circoscrivibili in ragione della natura del procedimento preso in esame, imponendosi in via generalizzata (salve le eccezioni di cui all'art. 17-bis, comma 4, L. n. 241 del 1990) per ogni forma di esercizio del pubblico potere, amministrativo o normativo, qualora il provvedimento finale presupponga una fase di co-decisione di competenza di altra amministrazione;

t) le medesime conclusioni si impongono, *a fortiori*, in relazione all'art. 14 bis, legge 241 del 1990, così come modificato con il decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124), che presenta un analogo meccanismo semplificatorio. Il predetto articolo 14 bis afferma (anche con riferimento alle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale, in relazione alle quali si prevede solo un allungamento del termine per rendere in parere) il principio per cui si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza (*«Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni»*);

u) sul piano teleologico, la riforma dell'istituto della conferenza di servizi ha inteso, rimediare alle disfunzioni registrate nella prassi, prevedendo vari meccanismi di semplificazione in un'ottica di trasformazione del ruolo della semplificazione;

v) a sostegno della conclusione per cui le disposizioni di cui agli artt. 14-bis e 17-bis sono animate da un'analoga ragione giustificatrice, militano:

v1) la decisione della Corte costituzionale n. 246 del 2018 nella quale è stato chiarito che l'art. 17-bis, sebbene collocato al di fuori degli articoli espressamente dedicati alla conferenza di servizi (artt. 14-14-quinquies), trova applicazione anche nel caso in cui occorra convocare la conferenza di servizi in quanto il silenzio-assenso di cui all'art. 17 bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi;

v2) il più volte richiamato parere del Consiglio di Stato 13 luglio 2016, n. 1640 il silenzio-assenso di cui all'art. 17-bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi;

v3) una recente sentenza della Corte costituzionale, nella quale è stato chiarito che il silenzio-assenso ex art. 17-bis non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo – che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva – influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* ma

ciò non esonera la p.a. procedente dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa (così Corte cost. n. 160 del 2021);

w) in tale maniera si assicura non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'amministrazione interpellata. Coerentemente con tale conclusione la protezione del valore paesaggistico attribuisce all'autorità tutoria non solo diritti ma anche "doveri e responsabilità";

x) tale elaborazione concettuale trova puntuale conferma nell'istituto dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22 dalle cui fasi di cui si compone il relativo procedimento risulta confermato l'assunto per cui, nei casi in cui opera il silenzio-assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente;

y) l'applicazione del silenzio-assenso orizzontale al parere paesaggistico è stata espressamente affermata:

y1) dal Ministero dei beni culturali con le circolari 10 novembre 2015, prot. n. 27158 e 20 luglio 2016, prot. 21892;

y2) nel più volte menzionato parere della commissione speciale del Consiglio di Stato, 13 luglio 2016, n. 1640, secondo cui *«La formulazione testuale del comma 3 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso. La giurisprudenza costituzionale richiamata nella richiesta di parere, del resto, non ha sancito un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, limitandosi ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale. La Corte costituzionale ha, in altri termini, ritenuto preclusa alla legislazione regionale la possibilità di introdurre ipotesi di silenzio assenso (ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione statale) in procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili. Al contrario, le richiamate sentenze della Corte costituzionale non sembrano di per sé impedire alla potestà legislativa statale la previsione di casi di silenzio assenso anche in materie sensibili.*

In relazione al profilo temporale va, peraltro, evidenziato che la locuzione "termine diverso" adoperata dalla legge autorizza la conclusione per cui, in materia di interessi sensibili, restano in vigore e prevalgono non solo le norme che prevedono termini più lunghi (rispetto al termine di novanta giorni), ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi.

L'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dovrà, invece, essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto. In tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale, troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili). Come si evidenzierà nel prosieguo, in caso di richiesta presentata dal privato, l'applicazione dell'art. 17-bis è esclusa senza che rilevi la circostanza che la richiesta sia presentata direttamente dal privato o da questi per il tramite dello sportello unico.

Diverso è il caso in cui il silenzio assenso è escluso in virtù di disposizioni eurounitarie. Il principio di primazia del diritto dell'Unione Europea in tali casi impone – a prescindere, peraltro, dalla natura “sensibile” o “primaria” dell’interesse pubblico tutelato – l’applicazione del silenzio assenso che risulti incompatibile con puntuali disposizioni comunitarie che prevedono l’assenso espresso. Sotto tale profilo, si evidenzia, tuttavia, che il comma 4 dell’art. 17-bis, laddove esclude l’applicazione dei precedenti commi “nei casi in cui disposizioni del diritto dell’Unione europea richiedano l’adozione di provvedimenti espressi”, risulta, da una parte, superflua, dall’altra, incompleta.

Sia pur giustificata dall’esigenza di assicurare (con una previsione di chiusura) la compatibilità comunitaria del nuovo meccanismo di semplificazione, la disposizione è scarsamente utile in quanto l’inapplicabilità della norma nazionale in presenza di disposizioni eurounitarie contrastanti già si impone in ragione del principio di primazia del diritto dell’Unione europea e non richiede previsioni espresse da parte del legislatore nazionale.

D’altro canto, va precisato che il limite all’applicabilità della norma derivante da un eventuale contrasto con il diritto dell’Unione Europea va inteso in senso ampio, risultando, ad esempio, ostativa all’applicazione della norma anche la sua contrarietà con le sentenze rese dalla Corte di Giustizia. Occorre, a tal proposito, ricordare che le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso, è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, *Benedetti c. Munari F.lli sas*, in Racc. 1977, 163, e 5 marzo 1986, in causa 69/85, *Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania*, in Racc., 1986, 947»;

y3) in ulteriori precedenti del Consiglio di Stato (sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255; sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556);

y4) dalla recente modifica apportata all’articolo 2 della legge n. 241 del 1990 dall’articolo 12, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto-legge n. 76 del 2020, che ha introdotto il nuovo comma 8-bis, in base al quale «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’art. 14-ter, comma 7... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni»; a tal riguardo vale la pena di precisare che la fattispecie oggetto della criticata decisione del Consiglio di Stato n. 2640 del 2021 è antecedente all’introduzione nel nostro ordinamento dell’art. 2, comma 8-bis, l. n. 241 del 1990. La lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi ex art. 14-bis e nell’ambito dell’istituto di cui all’art. 17-bis, è inequivocabile nell’affermare il principio (che non ammette eccezioni) secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell’autorità competente, e non soltanto prive di carattere vincolante; da ciò discende che non c’è più spazio, alla luce del *novum* normativo in disamina, per tentare la strada della sopravvivenza del c.d. silenzio-devolutivo, stante la formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova norma;

z) dopo avere esaminato tutti gli argomenti che, ad avviso del Collegio, depongono per l'accoglimento della tesi che estende al procedimento di autorizzazione paesaggistica il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale, occorre, a questo punto, farsi carico di valutare la tenuta costituzionale di tale itinerario interpretativo;

z1) decisiva, nell'affermare la conformità a costituzione dell'applicazione del silenzio-assenso orizzontale al procedimento di autorizzazione paesaggistica, è la già menzionata decisione della Corte cost. 22 luglio 2021, n. 160 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 6, della legge della regione Siciliana 6 maggio 2019, n. 5 (Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), che aveva introdotto il silenzio-assenso c.d. verticale (ovvero nel rapporto con il privato) sulla domanda di autorizzazione paesaggistica, formula delle argomentazioni significativamente a sostegno della compatibilità costituzionale dell'applicazione del silenzio-assenso orizzontale agli interessi paesaggistici. Afferma, infatti, la Consulta che il silenzio-assenso previsto dalla norma regionale oggetto di scrutinio assume una valenza del tutto diversa rispetto a quanto disciplinato all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017 (ovvero allo schema del silenzio-assenso c.d. orizzontale). Non si tratta infatti nel caso oggetto di scrutinio, argomenta la Corte costituzionale, *«di silenzio assenso endoprocedimentale (rectius orizzontale tra pubbliche amministrazioni), destinato a essere seguito comunque da un provvedimento conclusivo espresso dall'amministrazione procedente, ma di un silenzio assenso provvedimentale, destinato a tenere luogo dell'autorizzazione paesaggistica richiesta, secondo lo schema generale dell'art. 20 della stessa legge n. 241 del 1990... l'assenso del soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione procedente si forma per silentium, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall'ultima parte del citato comma 9 dell'art. 11 del d.P.R. n. 31 del 2017, secondo cui l'amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, «provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica». Ciò, in linea con il divieto stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che esclude radicalmente l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti verticali tra privati e pubbliche amministrazioni preposte alla tutela dei cosiddetti "interessi sensibili", tra cui, per quanto qui rileva, quelli relativi agli atti e ai procedimenti riguardanti «il patrimonio culturale e paesaggistico»»;*

z2) proprio muovendo dalla distinzione con il silenzio-assenso orizzontale (di cui, evidentemente, la Consulta assume la conformità a costituzione), la decisione in disamina giunge a censurare la disposizione regionale sottoposta al suo esame, la quale, introducendo una surrettizia forma di silenzio-assenso verticale, contrasta con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che vieta la formazione *per silentium* del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di "interessi sensibili";

z3) tali importanti considerazioni di sistema consentono, pertanto, di superare i potenziali dubbi di incostituzionalità della normativa che applica anche all'autorizzazione paesaggistica lo schema semplificatorio del silenzio-assenso orizzontale, di conseguenza va affermato che il parere della ~~soprintendenza~~[Soprintendenza](#) reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è *tamquam non esset* (Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610).

10.5. Precedenti significativi.

È opportuno dar conto, seppur sinteticamente, dei principi che sono confluiti nella ricostruzione fornita dalla sentenza sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 di cui al paragrafo precedente:

a) non può predicarsi l'inapplicabilità della generale norma procedimentale sulla formazione del silenzio-assenso e la necessità che il procedimento si concluda sempre con un provvedimento espresso dell'amministrazione preposta alla tutela del bene, dando al privato la sola possibilità di impugnarne il silenzio inadempimento (Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255);

b) la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio-assenso (Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559, che sviluppa molte delle argomentazioni riprese da sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 che, per brevità, non si riportano);

c) correttamente il parere obbligatorio della [soprintendenza](#) ~~Soprintendenza~~ è stato acquisito *per silentium*, ai sensi dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, il cui comma 3 espressamente stabilisce che le disposizioni in tema di silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche si applicano anche «*ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assenti, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale [...]*» – e quindi anche ai procedimenti di accertamento della compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, comma 4, del d.l.gs n. 42 del 2004; «*In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito*» (Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556).

10.6. Pronunce successive di segno analogo.

In sostanziale adesione al suesposto orientamento, con riguardo ad una fattispecie di conferenza di servizi asincrona, è stato affermato:

a) la disciplina recata dall'art. 14-bis della legge n. 241 del 1990, è chiara nell'indicare i termini assegnati per pronunciarsi e nell'attribuire al silenzio protratto oltre lo scadere dei suddetti termini, il silenzio significativo di "assenso", sicché delle suddette norme non è possibile dare né "una lettura esageratamente formalistica" come affermato dal primo giudice, né una lettura particolarmente disinvolta, dovendosi limitare l'interprete a prendere atto della *voluntas legis*;

b) qualora, in una fattispecie in cui il procedimento unico si componeva di quattro endoprocedimenti facenti capo rispettivamente a quattro distinti uffici, nessuna delle amministrazioni tenute ad esprimersi si sia pronunciata nei termini, ciò equivale ad assenso senza condizioni;

c) non può configurarsi un procedimento diretto alla rimozione in autotutela del titolo formatosi *per silentium* laddove risulti che la p.a. abbia inteso, invece, proseguire (con conferenza in modalità sincrona) un procedimento che, viceversa, si era già concluso positivamente; i presupposti del procedimento di secondo grado non sono ravvisabili laddove l'autotutela non sia menzionata in nessun atto procedimentale né sia esternata la necessità di porre rimedio alle conseguenze prodotte dall'inerzia dell'amministrazione, in ipotesi valutando l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e ritenendolo prevalente su quello del privato;

d) dunque da una parte il giudice non può sostituirsi all'amministrazione attribuendole una volontà che la stessa non ha mai manifestato o desumendo in via interpretativa l'intervenuta adozione di un provvedimento in autotutela, non solo inesistente ma neanche mai ipotizzato; del pari l'amministrazione non può deresponsabilizzarsi per l'omesso rispetto delle regole poste a presidio della legittimità dell'azione amministrativa;

e) le conclusioni che precedono sono avvalorate dalla constatazione che, sebbene tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento per cui è causa abbiano rilevato in giudizio, ciascuna per quanto di competenza, la pretesa illegittimità dei titoli in precedenza acquisiti dalla parte, sta di fatto che, stando a quanto risulta dagli atti, nessuna amministrazione si è mai attivata per rimuovere in autotutela tali titoli, asseritamente conseguiti illegittimamente;

f) né il comune può dolersi in giudizio del fatto che le richieste della parte integrerebbero "una sorta di *escalation* finalizzata alla trasformazione materiale della suindicata area, nonché alla modifica della sua destinazione d'uso" elencando specificamente tutti i titoli e le attività che si sono susseguite, commentando che "Prende così avvio una sequela di procedure amministrative finalizzate ad avviare una attività imprenditoriale di maggior consistenza...";

g) non è superfluo ricordare che l'art. 27, comma 1, del testo unico dell'edilizia detta il principio generale in materia di vigilanza stabilendo che «*Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi*»; il terzo comma della norma in rassegna attribuisce al dirigente o al responsabile dell'ufficio comunale competente il potere di adottare l'ordine di immediata sospensione dei lavori edilizi qualora sia stata rilevata l'inosservanza delle norme e delle prescrizioni vigenti in materia urbanistico-edilizia ovvero delle modalità esecutive dell'opera fissate nei titoli abilitativi;

h) tale peculiare potere è una specificazione della più generica potestà di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia riconosciuta al comune dai commi 1 e 2 della medesima disposizione che legittima l'amministrazione locale anche all'esercizio dell'attività di

repressione degli abusi edilizi; il comma 3, in particolare, stabilisce che l'ordinanza con la quale l'amministrazione comunale dispone l'immediata sospensione dei lavori in corso abbia efficacia sino all'adozione dei provvedimenti definitivi, disciplinati dai successivi articoli (30 ss.) del d.P.R. n. 380 del 2001, «da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori»;

i) alla luce del riportato dato normativo il comune non può dolersi in giudizio di una "sequela di procedure amministrative" tese a realizzare una illegittima trasformazione del territorio, atteso che su tali procedure spetta proprio al comune il potere di vigilanza, evidentemente mai esercitato (Cons. Stato, sez. VII, 3 giugno 2024, n. 4948).

10.7. Ulteriore casistica sulla valenza da attribuire al parere della [Soprintendenza](#).

È stato, ulteriormente, affermato:

a) L'art. 25, comma 2-*quater*, d.lgs. n. 152 del 2006, vigente *ratione temporis*, il quale dispone che: «In caso di inerzia nella conclusione del procedimento da parte delle Commissioni di cui all'articolo 8, commi 1 e 2-bis, il titolare del potere sostitutivo, nominato ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, acquisito, qualora la competente commissione di cui all'articolo 8 non si sia pronunciata, il parere dell'ISPRA entro il termine di trenta giorni, provvede all'adozione dell'atto omesso entro i successivi trenta giorni. In caso di inerzia nella conclusione del procedimento da parte del direttore generale del Ministero della transizione ecologica ovvero in caso di ritardo nel rilascio del concerto da parte del direttore generale competente del Ministero della cultura, il titolare del potere sostitutivo, nominato ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, provvede al rilascio degli atti di relativa competenza entro i successivi trenta giorni» disciplina le fattispecie riguardanti l'inerzia da parte della Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale, l'inerzia nella conclusione del procedimento da parte del direttore generale del Ministero della transizione ecologica oppure il ritardo nel rilascio del concerto da parte del direttore generale competente del Ministero della cultura ma non ha ad oggetto l'inerzia della competente [Soprintendenza](#) nel rilascio del parere di sua competenza.

Quest'ultima ipotesi risulta infatti disciplinata dall'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, vigente *ratione temporis*, che prevede che «L'autorità competente valuta la documentazione acquisita tenendo debitamente conto dello studio di impatto ambientale, delle eventuali informazioni supplementari fornite dal proponente, nonché dai risultati delle consultazioni svolte, delle informazioni raccolte e delle osservazioni e dei pareri ricevuti a norma degli articoli 24 e 32. Qualora tali pareri non siano resi nei termini ivi previsti ovvero esprimano valutazioni negative o elementi di dissenso sul progetto, l'autorità competente procede comunque alla valutazione a norma del presente articolo», norma che non prevede l'applicazione del silenzio devolutivo di cui al comma 2-*quater* cit. in quanto, nella fattispecie presa in considerazione dal comma 1, anche in caso di "parere negativo" o "elementi di dissenso sul progetto" è attribuito all'amministrazione competente il potere-dovere ("procede comunque") di valutare l'impatto dell'opera, senza che si debba attendere "il titolare del potere sostitutivo, nominato ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241" e il previo "parere dell'ISPRA", con la conseguenza che, non essendo stata dedotta l'antinomia fra la norma di cui all'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 152/2006 e quella

ricavabile dall'art. 17 *bis* l. 241 del 1990, detta norma correttamente dal primo giudice è stata ritenuta applicabile (Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2025, n. 867);

b) è illegittimo il provvedimento del comune di rigetto dell'istanza di autorizzazione paesaggistica che si limiti a richiamare *per relationem* il parere reso dalla [SoprintendenzaSoprintendenza](#) dopo la scadenza del termine di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, in quanto, anche prescindendo dall'applicabilità in tal caso del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17-*bis* della l. 241 del 1990, il comune non è più vincolato a decidere in conformità al parere, ma deve decidere in autonomia anche condividendo le conclusioni cui è giunta tardivamente la [SoprintendenzaSoprintendenza](#), purché motivi sulle ragioni per cui aderisce al parere dell'organo ministeriale (Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2024, n. 8757);

c) il comune è competente a valutare autonomamente le esigenze ambientali e paesaggistiche sottese al parere negativo della [soprintendenzaSoprintendenza](#), sia pure tardivo, ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 (Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2022, n. 563);

d) nonostante il decorso del termine per l'espressione del parere vincolante ai sensi dell'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 da parte della [soprintendenzaSoprintendenza](#), non può escludersi in radice la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, fermo restando che, nei casi in cui vi sia stato il superamento del termine, il parere perde il suo carattere di vincolatività e deve essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale (Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2021, n. 941).

e) relativamente ad una vicenda connotata dalla presenza di due procedimenti, in cui si lamentava la mancata valutazione del parere espresso dalla [soprintendenzaSoprintendenza](#), non può accogliersi la tesi volta a consentire che, dell'attività di giudizio manifestata tardivamente, nell'ambito di un distinto procedimento amministrativo, si tenga conto in procedimenti finalizzati alla cura di interessi diversi in quanto una simile tesi si pone in contrasto con il principio di legalità che innerva l'azione amministrativa, perché amplia *praeter legem* (o *contra legem*) quello che è l'ambito di competenza dell'amministrazione procedente, in quanto la obbligherebbe a considerare e a pronunciarsi su profili non rimessi, dal legislatore, alla sua cura e al suo apprezzamento (Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2020, n. 3170);

f) non opera il silenzio-assenso, ai sensi degli artt. 14-*bis* e 17-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, sull'iniziale istanza di parere alla Soprintendenza, ove la conferenza di servizi, iniziata presso una determinata provincia, inizialmente competente, si sia conclusa con la richiesta di rendere plurimi chiarimenti e di ripresentare il progetto, laddove nelle more, dopo detta comunicazione (e prima del riscontro da parte del privato-istante), sia intervenuta la modifica ordinamentale di cui alla legge 28 maggio 2021, n. 84, con cui sono stati modificati i confini della provincia, accorpando il comune in cui ricade l'intervento progettato, al territorio di una diversa regione ed attribuendo conseguentemente alla Soprintendenza di una diversa provincia la competenza al rilascio del parere. In forza della normativa transitoria di cui all'art. 2 comma 6 della citata legge n. 84 del 2021, non può infatti ritenersi che il decorso del termine sia avvenuto senza soluzione di continuità

rispetto all'istanza inizialmente presentata, avendo per contro il riscontro della società alla richiesta di chiarimenti e di ripresentazione del progetto svolto la funzione non solo di (ri)attivare il procedimento, ma anche di incardinarlo presso la Soprintendenza competente, per cui deve aver luogo, ai fini del computo del termine per la formazione del silenzio-assenso, alla nuova convocazione della conferenza di servizi decisoria presso il nuovo comune in cui risulta incardinata la competenza a seguito della predetta modifica ordinamentale (Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2025, n. 1236).-

10.8. Ammissibilità dell'opzione zero.

È stato affermato che l'opzione zero può e deve essere consentita sulla base delle coordinate ermeneutiche di cui al tradizionale orientamento giurisprudenziale in materia di autorizzazione paesaggistica, con particolare riferimento alla casistica relativa al silenzio-assenso, al parere tardivo, all'ambito delle valutazioni da parte della ~~soprintendenza~~Soprintendenza (limitatamente agli aspetti paesaggistici e archeologici), ai rapporti coi titoli edilizi, alla tutela delle identità tradizionali e culturali delle popolazioni locali (Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2022, n. 563; 11 gennaio 2022, n. 181; 2 febbraio 2021, n. 941; 27 luglio 2020, n. 4765; 9 maggio 2020, n. 3170), in forza dei quali:

i) il parere di compatibilità paesaggistica costituisce un atto endoprocedimentale emanato nell'ambito di quella sequenza di atti ed attività preordinata al rilascio del provvedimento di autorizzazione paesaggistica (o del suo diniego). Le valutazioni espresse sono finalizzate, dunque, all'apprezzamento dei profili di tutela paesaggistica che si consolideranno, all'esito del procedimento, nel provvedimento di autorizzazione o di diniego di autorizzazione paesaggistica;

ii) nonostante il decorso del termine per l'espressione del parere vincolante ai sensi dell'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 da parte della ~~soprintendenza~~Soprintendenza, non può escludersi in radice la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, fermo restando che, nei casi in cui vi sia stato il superamento del termine, il parere perde il suo carattere di vincolatività e deve essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale (Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2021, n. 941; sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136; 28 ottobre 2015, n. 4927);

iii) nel procedimento in cui la ~~soprintendenza~~Soprintendenza reca le proprie valutazioni di compatibilità paesaggistica, la stessa può formulare le valutazioni di merito, di cui deve tenere conto l'autorità competente ad emanare il provvedimento finale (Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2020, n. 1903; 23 luglio 2018, n. 4466; 15 maggio 2017, n. 2262; 28 dicembre 2015, n. 5844; 4 giugno 2015, n. 2751);

La soluzione dell'opzione zero non pare in contrasto con la più recente affermazione giurisprudenziale secondo cui laddove, nella particolare materia della tutela del paesaggio, si fronteggino «opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisioni collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato. In quest'ultimo caso, non si tratta di garantire all'amministrazione un

Formattato: Tipo di carattere: Corsivo

privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione» (Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167).

Invero, a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. discrezionalità amministrativa), nel caso di valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. discrezionalità tecnica), difettando parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non ‘deduce’ ma ‘valuta’ se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. Pertanto, ove l’interessato non ottemperi all’onere di mettere in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica della valutazione amministrativa e si fronteggino opinioni divergenti parimenti plausibili, il giudice deve far prevalere la posizione espressa dall’organo istituzionalmente competente ad adottare la decisione.

In particolare, con la pronuncia da ultimo citata, è stato correttamente e condivisibilmente posto in luce che la necessità del bilanciamento diviene maggiore quando confligge l’interesse alla tutela dell’ambiente con quello alla tutela del paesaggio.

Stante l’assenza - in generale - di una primazia o prevalenza assoluta di un principio e diritto fondamentale rispetto agli altri, tale assunto valendo anche per i ‘diritti’ (Corte cost. n. 85 del 2013) e per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi), si impone per essi una tutela di carattere “sistemico”, da perseguire in un rapporto di integrazione reciproca.

Del resto, a tali fini non assume specifica rilevanza l’individuazione della natura monostrutturata o polistrutturata della decisione, sviluppata nella citata sentenza ai fini dell’applicabilità del meccanismo del silenzio-assenso, di cui all’art. 17-bis l. 241 del 1990, all’autorizzazione paesaggistica disciplinata dall’art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, da intendersi nel senso che, nel primo caso, le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) devono condividere la funzione decisoria ed essere titolari di un potere decisorio sostanziale, mentre, nel secondo caso, una delle due amministrazioni riveste un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l’istanza all’altra amministrazione, unica decidente.

D’altro canto, non può essere sottovalutato che il nuovo testo dell’art. 9 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, depone nel senso della maggiore, e non minore, tutela dei valori ambientali e paesaggistici nell’ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile.

Ne discende che l’esegesi delle disposizioni che disciplinano i procedimenti in materia di ambiente e paesaggio dovrebbe essere orientata nel senso di conseguire tale obbiettivo di fondo e quindi accrescere e non diminuire il livello di protezione effettiva di tali valori (Cons. Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836).

Si sottolinea, infine, come il parere paesaggistico negativo della Soprintendenza, che abbia ritenuto non possibile un miglioramento del progetto inizialmente proposto, non risulta violativo, nella determinazione di dissenso, del profilo costruttivo, teso a evidenziare le modifiche che renderebbero assentibile il progetto, ai sensi 14-bis, comma 3 della legge 8

[agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce espressamente che, in caso di dissenso, sono indicate, "ove possibile", le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso \(Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2025, n. 1236\).](#)

11. Silenzio-rigetto.

Altra ipotesi di silenzio con valore legale tipico è quella in cui la legge attribuisce, all'inutile decorso del termine per provvedere, la valenza di diniego.

11.1. Disposizioni normative.

Al pari del silenzio-assenso, anche le ipotesi di silenzio-rigetto sono tassative e sono quelle espressamente previste da singole disposizioni normative.

Fra le più significative, che maggiormente hanno impegnato l'attività interpretativa della giurisprudenza, è quella prevista nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico dell'edilizia), all'art. 36 (Accertamento di conformità nelle ipotesi di assenza di titolo o totale difformità):

«1. In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire o in totale difformità nelle ipotesi di cui all'articolo 31, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 01, o in totale difformità da essa fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16.

3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata».

11.2. L'istituto nella ricostruzione della Corte costituzionale.

Nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113 della costituzione, la Corte costituzionale, confermando quanto già osservato in un precedente (sentenza 24 febbraio 2023, n. 29), ha ricostruito l'istituto dell'accertamento di conformità alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali:

a) il legislatore consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico;

b) l'istituto si distingue nettamente dalle ipotesi del condono edilizio in cui la legge, in via straordinaria e con regole *ad hoc*, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate

sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia (Corte cost., 5 aprile 2018, n. 68; 8 novembre 2017, n. 232; 10 marzo 2017, n. 50);

c) secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente (Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2022, n. 7993) il relativo provvedimento ha natura vincolata: con esso l'amministrazione comunale non compie apprezzamenti discrezionali, ma si limita a riscontrare la doppia conformità dell'opera alle prescrizioni urbanistico-edilizie;

d) secondo un orientamento minore, il potere sanante ha natura "solo tendenzialmente vincolata" o natura tecnico-discrezionale, in ragione delle valutazioni richieste nell'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge e dagli atti di pianificazione urbanistica (Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2022, n. 9664);

e) il legislatore prevede un procedimento a iniziativa di parte in cui l'onere di dimostrare la cosiddetta doppia conformità delle opere è a carico del richiedente (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2022, n. 3437; 9 marzo 2016, n. 936). L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta "si intende rifiutata";

f) la formula normativa è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa - nel tempo divenuta sostanzialmente unanime e condivisa anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 232 del 2017) - come previsione di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (cosiddetto silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (cosiddetto silenzio-inadempimento);

g) la *ratio* del silenzio-rigetto si ricava dai seguenti elementi:

g1) la necessità di difendere il corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001);

g2) il legislatore impone all'autorità comunale di ordinare la demolizione delle opere abusive, senza gravarla della previa verifica della loro sanabilità (Cons. Stato, sez. VII, 12 dicembre 2022, n. 10897), e, piuttosto, pone in capo al privato - che, violando la legge, ha omesso di chiedere preventivamente il necessario titolo edilizio e si è, così, sottratto al previo controllo di conformità alla pianificazione urbanistica - l'onere di proporre l'istanza di sanatoria e quello di impugnare il suo eventuale diniego, anche tacito;

g3) la domanda di conformità è presentata a seguito dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già esplicitato i caratteri dell'abuso (Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2006, n. 1710);

g4) la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 t.u. edilizia relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi: questa prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento; ma, al contempo, tale sospensione richiede un contenimento temporale non potendo il processo penale arrestarsi *sine die* (Cass. pen., sez. III, 25 maggio 2020, n. 1575216 marzo 2020, n. 10083; 23 marzo 2006, n. 10205);

g5) la previsione del silenzio significativo è anche nell'interesse del privato, cui è in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale (Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4574);

h) sul piano processuale, dalla qualificazione del silenzio sull'istanza di sanatoria in termini di rigetto discende che il privato - impugnando il provvedimento tacito - non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo, piuttosto, dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2018, n. 6506), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità. In tal modo con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale;

i) secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda del modo in cui si qualifichi il potere di sanatoria, in termini vincolati o tecnico-discrezionali:

i1) secondo la prima prevalente impostazione al ricorrente è richiesto di fornire prova piena della doppia conformità;

i2) in base al secondo indirizzo al ricorrente è richiesto di fornire la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfiggere la negativa definizione del procedimento;

i3) dall'assolvimento del richiesto onere probatorio, discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedere in modo espresso sull'istanza, secondo quanto accertato in sentenza. Nella riedizione del potere, l'amministrazione sarà, quindi, o totalmente vincolata dal compiuto riscontro giudiziale della doppia conformità o fortemente condizionata dalle indicazioni giudiziali sui necessari riscontri istruttori o, infine, continuerà a vantare margini di valutazione tecnico-discrezionali (Corte cost., 16 marzo 2023, n. 42).

11.3. Regime del silenzio-rigetto di cui all'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001.

La giurisprudenza, stante l'inequivocabile tenore letterale della norma di cui all'art. 36, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, ne ha costantemente affermato la natura di silenzio-rigetto:

a) al silenzio dell'amministrazione pubblica riguardo alla richiesta di concessione in sanatoria e all'istanza di accertamento di conformità, di cui all'art. 36 t.u. edilizia, devono essere quindi attribuiti gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego (Cons. Stato, sez. VII, 29 gennaio 2025, n. 688; sez. VI, 15 marzo 2023, n. 2704);

b) in materia di abusi edilizi, il silenzio serbato dal comune sull'istanza di accertamento di conformità non ha valore di silenzio inadempimento, ma di silenzio-rigetto, con la conseguenza che, una volta decorso il relativo termine, non sussiste un obbligo di provvedere, dovendosi ritenere già perfezionato il provvedimento negativo da impugnare nel termine ordinario di decadenza (Cons. Stato, sez. VII, 2 aprile 2024, n. 2990; sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2567);

c) la natura provvedimentale del silenzio della p.a. sulla richiesta di concessione in sanatoria e sull'istanza di accertamento di conformità, di cui all'art. 36 cit. è confermata dalla stessa norma secondo cui sulla richiesta di sanatoria si pronuncia il dirigente o il responsabile entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata (Cons. Stato, sez. VI, 23 ottobre 2023, n. 9148);

d) il fatto che l'amministrazione pubblica abbia attivato un'istruttoria sull'istanza di sanatoria non impedisce la formazione del silenzio-rigetto, che si perfeziona anche qualora il relativo procedimento sia pendente, per essere stato aperto e mai concluso da un provvedimento espresso che superi l'intervenuto diniego tacito (Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2022, n. 61);

e) il silenzio serbato dal comune sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica non ha valore di silenzio inadempimento, bensì di silenzio-rigetto, conseguentemente, una volta decorso il relativo termine, non vi è un obbligo di provvedere (Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 2021, n. 5251);

f) il regime di silenzio rifiuto previsto in materia di sanatoria ordinaria di abusi edilizi non preclude un provvedimento tardivo di diniego espresso, che può essere impugnato anche con atto di motivi aggiunti (Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545).

11.4. Altre ipotesi di silenzio-rigetto.

In tema di ricorso gerarchico è stato affermato:

a) la decorrenza del termine di novanta giorni, fissato dall'art. 6 del d.P.R. n. 1199/1971 per la formazione del c.d. silenzio - rigetto, fa riferimento al periodo entro il quale l'amministrazione ha il potere di decidere su una richiesta o un ricorso presentati da un'interessata. Nella specie, si afferma che non è valido il motivo con cui è stato censurato il silenzio asseritamente serbato dall'amministrazione sul ricorso gerarchico promosso, poiché il Direttore dell'Agenzia ha successivamente emesso una risposta espressa alle richieste formulate in via amministrativa e ha respinto la domanda di tutela giustiziale delle ricorrenti. Questo perché il termine di novanta giorni, sebbene scaduto, non esaurisce il potere dell'amministrazione di provvedere anche in un momento successivo (Cons. Stato, sez. VII, 26 gennaio 2024, n. 816);

b) il termine assegnato all'amministrazione per pronunciarsi sul ricorso gerarchico non è perentorio, pertanto il decorso dei novanta giorni previsti dalla norma non estingue il potere di decidere il ricorso amministrativo, ma il soggetto interessato può, alla scadenza di detto termine, proporre ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-rigetto (Cons. Stato, sez. II, 27 marzo 2023, n. 3099);

c) la tardiva decisione espressa di rigetto del ricorso gerarchico non comporta l'improcedibilità del ricorso straordinario già proposto avverso il silenzio-rigetto, ma può eventualmente essere considerata quale elemento integrativo nella valutazione delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a non accogliere il ricorso amministrativo (Cons. Stato, sez. I, 19 aprile 2021, n. 741).

In tema di accesso agli atti è stato affermato:

d) una volta formatosi il silenzio-rigetto sull'istanza di accesso agli atti, l'eventuale provvedimento espresso di rigetto, successivamente emanato dall'amministrazione, non comporta necessariamente l'onere di impugnazione a carico dell'interessato, salvo che questi, alla luce delle motivazioni ivi presenti, non intenda proporre ulteriori (e più specifiche) doglianze per il tramite di motivi aggiunti (Cons. Stato, sez. II, 11 agosto 2022, n. 7093);

e) il giudizio in materia di accesso ad atti e documenti, anche se si atteggia come impugnatorio, in quanto rivolto avverso il provvedimento di diniego o avverso il silenzio - rigetto formatosi sulla relativa istanza, è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella particolare situazione dedotta in giudizio alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla correttezza o meno delle ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il diniego; infatti, il giudizio proposto, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., avverso il diniego ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto medesimo, piuttosto che la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità del diniego impugnato; peraltro, il processo amministrativo è pur sempre un processo di parti, governato dal principio dispositivo e quindi il Giudice non può ricercare motivi di diniego nel concreto solo ipotetici, che non trovino alcuna base nei fatti dedotti in giudizio, quindi né nel diniego né nelle difese delle controparti (Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2021, n. 4560; Cons. Stato, sez. IV, 6 febbraio 2019, n. 906).

12. Conclusioni

Al termine della rassegna si possono enucleare, senza pretese di esaustività, alcuni indirizzi da intendersi consolidati, in relazione a questioni sia di natura sostanziale che di natura processuale.

12.1. Aspetti sostanziali.

Con riguardo ai profili sostanziali la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- a) l'obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso rappresenta un principio generale applicabile trasversalmente a qualunque fattispecie e in qualsiasi materia;
- b) la regola dettata dall'art. 152, comma 2, c.p.c. («*I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori*») vale esclusivamente per i termini processuali, mentre la natura (perentoria o meno) dei termini previsti all'interno del procedimento amministrativo va ricavata dalla loro *ratio*;
- c) orientamento differente: in assenza di una specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza – il termine stesso debba intendersi come meramente sollecitatorio od ordinatorio, senza che possa assumersi, quale conseguenza del suo superamento, l'illegittimità dell'atto, bensì una semplice irregolarità non viziante;

d) la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, ledendo il diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, eventualmente arrecandogli ingiusti danni;

e) un termine perentorio non è inderogabile in assoluto, essendo ammessa la rimessione in termini e/o la proroga del termine, a fronte di situazioni eccezionali che rendano oggettivamente impossibile l'osservanza del termine stesso;

f) solo in presenza di un obbligo di provvedere l'inerzia dell'amministrazione assume rilevanza giuridica *sub specie* di silenzio rifiuto;

g) in assenza di una espressa previsione di legge, il superamento del termine non priva l'amministrazione del potere di provvedere, né tampoco produce un automatico effetto abilitativo in favore del privato, ove manchi una espressa previsione di formazione di silenzio-assenso;

h) l'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento, dovendo tuttavia il privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere;

j) il dispositivo tecnico denominato "silenzio-assenso" risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia "equivale" a provvedimento di accoglimento. Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge;

i) il diritto dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica;

j) l'assenso tacito si forma allorquando sulla domanda, se corredata di tutti gli elementi occorrenti alla valutazione della P.A., sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre non può essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento;

k) per rimediare alla formazione del silenzio-assenso, l'amministrazione deve avviare un vero e proprio procedimento di secondo grado, per annullare il titolo illegittimamente formatosi *per silentium*;

l) il silenzio-assenso in materia edilizia non si forma allorquando, nel termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione abbia adottato una proposta di decisione contraria, espressa nel preavviso di diniego, sollevando rilievi oggettivamente problematici e non pretestuosi, seguiti da interlocuzioni finalizzate a cercare soluzioni idonee a superarli;

m) l'assenso tacito sull'istanza per il rilascio del permesso di costruire si forma, *ex art. 20 della legge n. 241 del 1990*, allorquando con riguardo alla domanda - corredata da tutta la documentazione prescritta dalla legge - sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre deve essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento;

n) le ipotesi di silenzio-assenso sono tassative, per cui laddove il legislatore non abbia espressamente qualificato la mancata tempestiva risposta dell'amministrazione come silenzio-assenso, ovvero come silenzio diniego, essa configura un'ipotesi di silenzio inadempimento;

o) va esclusa la formazione del silenzio-assenso in materia di "fiscalizzazione" dell'abuso in quanto il primo istituto riguarda unicamente i procedimenti avviati su istanza di parte, mentre quello di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 ha natura officiosa;

p) il silenzio-assenso non costituisce una modalità 'ordinaria' di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì costituisce uno specifico 'rimedio' messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell'amministrazione;

q) in materia ambientale e paesaggistica non si può procedere per silenzio-assenso bensì per provvedimenti espliciti;

r) non può configurarsi un procedimento diretto alla rimozione in autotutela del titolo formatosi *per silentium* laddove risulti che l'amministrazione abbia inteso, invece, proseguire (con conferenza in modalità sincrona) un procedimento che, viceversa, si era già concluso positivamente;

s) un'ingiustificata attesa nell'avvio dell'istruttoria di una pratica, laddove la stessa non sia *prima facie* del tutto priva dei requisiti minimi di esaminabilità in concreto, non può impedire la decorrenza del termine di maturazione del silenzio-assenso;

t) l'art. 35, comma 18, della l. n. 47 del 1985, nell'introdurre una particolare ipotesi di silenzio-assenso e cioè provvedimento implicito di assenso sulla domanda di concessione edilizia in sanatoria, non si sottrae agli elementi che, in generale, ai sensi degli artt. 20 e 21 della l. n. 241 del 1990, devono sussistere perché possa intendersi formato il suddetto silenzio per cui devono sussistere tutti i presupposti perché possa essere emanato un provvedimento favorevole espresso e deve essere decorso il termine normativamente indicato, senza che l'amministrazione abbia provveduto ovvero, in presenza di una domanda ritenuta incompleta, non abbia richiesto le occorrenti integrazioni alla stessa;

u) il silenzio-assenso sull'istanza di condono edilizio inerente ad opere abusive realizzate in area sottoposta a vincolo si perfeziona, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 35 e 32, comma 1, l. n. 47 del 1985, unicamente in presenza del parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo medesimo e non anche in caso di parere negativo;

v) nella specifica materia delle comunicazioni elettroniche, l'installazione di impianti di telecomunicazione è soggetta ad una speciale disciplina autorizzatoria fissata a suo tempo dall'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, da cui emerge un *favor* legislativo per la realizzazione di tali strutture anche attraverso l'istituto del silenzio-assenso;

w) i provvedimenti che concernono la realizzazione di impianti da energie rinnovabili *ex* art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 sono attratti alla disciplina di cui all'art. 20 l. n. 241 del 1990, con la conseguenza che, ai fini dell'autorizzazione, è sempre richiesta l'adozione di un provvedimento espresso, non potendo trovare applicazione l'istituto del silenzio-assenso;

x) l'attuale normativa sul procedimento amministrativo afferma che le disposizioni sul silenzio-assenso non si applicano agli atti ed ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri;

y) qualora l'autorità regionale si sia pronunciata espressamente con una determinazione, non impugnata, con cui, all'esito del procedimento di *screening*, è stata disposta l'assoggettabilità del progetto alla valutazione di impatto ambientale, anche per tale profilo non può essere invocata l'avvenuta formazione di un silenzio-assenso che avrebbe escluso il progetto dalla procedura di V.I.A.;

z) il silenzio-assenso disciplinato dall'art. 17-bis ha natura endoprocedimentale, avendo valenza solo all'interno di un procedimento pendente, destinato a chiudersi con un provvedimento avente efficacia esterna, di competenza dell'amministrazione procedente. Proprio per questa ragione esso differisce rispetto al silenzio-assenso disciplinato dal successivo art. 20, che invece ha natura provvedimentale e disciplina direttamente e "verticalmente" i rapporti tra amministrazione procedente e privato richiedente;

aa) l'art. 17-bis della l. 241 del 1990 non è applicabile alle procedure di rilascio disciplinate dall'art. 146, comma 9, d.lgs. 42 del 2004, atteso che il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della [soprintendenzaSoprintendenza](#), come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità";

bb) tesi contraria: il parere della [soprintendenzaSoprintendenza](#) reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è *tamquam non esset*, dovendosi ritenere formato il silenzio-assenso;

cc) l'esegesi delle disposizioni che disciplinano i procedimenti in materia di ambiente e paesaggio dovrebbe essere orientata nel senso di accrescere e non diminuire il livello di protezione effettiva di tali valori;

dd) il silenzio dell'amministrazione pubblica riguardo alla richiesta di concessione in sanatoria e all'istanza di accertamento di conformità, di cui all'art. 36 t.u. edilizia, ha un valore legale inequivocabile di rigetto. A tale silenzio devono essere quindi attribuiti gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego;

ee) il termine assegnato all'amministrazione per pronunciarsi sul ricorso gerarchico non è perentorio, pertanto il decorso dei novanta giorni previsti dalla norma non estingue il potere

di decidere il ricorso amministrativo, ma il soggetto interessato può, alla scadenza di detto termine, proporre ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-rigetto.

12.2. Aspetti processuali.

Con riguardo ai profili processuali la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- a) presupposto processuale per l'esercizio dell'azione disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a. – che introducono norme sul rito e non di giurisdizione esclusiva o di merito - è che la controversia appartenga alla giurisdizione (normalmente di legittimità) del giudice amministrativo; ne rimangono escluse le contestazioni relative a diritti di credito o comunque a posizioni di diritto soggettivo perfetto (con l'eccezione dei tassativi casi previsti dagli artt. 133 e 134 c.p.a.), mentre è indifferente il maggior o minore grado di discrezionalità riservato all'amministrazione; parimenti esclusa, *ex art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.*, è la possibilità di sindacare, con lo speciale rito del silenzio, la mancata adozione, da parte degli organi titolari del relativo potere, di atti normativi (leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti e così via), venendo in rilievo ambiti nei quali l'amministrazione esprime scelte di natura politica, ovvero soggetti istituzionalmente diversi dalla pubblica amministrazione;
- b) l'adozione di un provvedimento esplicito (in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge), rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato);
- c) non ricorrono i presupposti legali previsti per l'accertamento della fondatezza della pretesa dall'art. 31, comma 3, c.p.a., laddove non venga in rilievo una attività interamente vincolata e sia comunque necessario lo svolgimento di una serie di attività istruttorie prodromiche all'eventuale rilascio del provvedimento;
- d) l'eventualità che l'istanza presentata dal privato sia diretta ad ottenere un provvedimento espressione di discrezionalità amministrativa se preclude al Giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nel giudizio contro il silenzio rifiuto, non gli impedisce, tuttavia, di dichiarare l'obbligo dell'amministrazione rimasta inerte di provvedere sulla richiesta del privato (impregiudicato il contenuto dell'emanando provvedimento). Si arriverebbe altrimenti alla conclusione, inaccettabile e priva di qualsiasi fondamento normativo, di ritenere che contro l'inerzia della p.a. non vi sia tutela in tutti i casi in cui l'istanza del privato rimasta inevasa solleciti l'esercizio di poteri discrezionali;
- e) in applicazione dell'art. 31, comma 2, c.p.a., ai sensi del quale l'azione avverso il silenzio può essere proposta solo fino a che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, ferma restando la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento, ove ne ricorrano i presupposti, l'atto di diffida a concludere il procedimento con un provvedimento espresso, notificato all'amministrazione comunale dopo la scadenza dell'anno previsto dalla legge per la proposizione del ricorso avverso il silenzio inadempimento, può essere qualificato come

una nuova istanza di avvio del procedimento, ricorrendone i relativi presupposti, con la conseguenza che tale diffida esclude la tardività del rimedio processuale attivato con ricorso spedito per la notifica dopo un anno dall'ultimo atto del procedimento non concluso;

f) poiché la segnalazione certificata di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge, il terzo controinteressato è abilitato esclusivamente a stimolare l'esercizio del potere di verifica dell'amministrazione e, in caso di inerzia di quest'ultima, eventualmente esperire l'azione avverso il silenzio *ex art. 31 c.p.a.*;

g) nello speciale rito sul silenzio rimane fermo l'accertamento delle ordinarie condizioni dell'azione (interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, *legitimatio ad causam* attiva e passiva), e pertanto assume importanza centrale l'individuazione dell'amministrazione su cui grava l'obbligo di procedere: il presupposto per la condanna ai sensi dell'art. 117 c.p.a. è il fatto che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'amministrazione inadempiente unica legittimata passiva;

h) anche nell'azione diretta all'accertamento del silenzio inadempimento la mancata notificazione del ricorso al controinteressato in senso tecnico determina l'inammissibilità del ricorso;

i) è onere del ricorrente, che sostiene l'avvenuta formazione del silenzio-assenso sull'istanza di condono a suo tempo presentata, dimostrare la sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per la formazione del titolo *per silentium*;

j) non è ammissibile un giudizio sul silenzio-inadempimento in presenza di rivendicati diritti soggettivi di natura patrimoniale;

k) lo speciale procedimento giurisdizionale dei ricorso avverso il silenzio ha la finalità di conferire al privato un potere procedimentale, strumentalmente volto a rendere effettivo l'obbligo giuridico della Pubblica amministrazione di provvedere; tale strumento non risulta, quindi, compatibile con le pretese, che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia, in quanto concernono, invece, diritti soggettivi, la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale;

l) la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di silenzio non deriva dall'art. 117 cit. (prima art. 21-*bis*, l. n. 1034 del 1971), che è norma sul rito, ma dai consueti criteri di riparto; conseguentemente è da escludersi che tale disposizione fondi una ipotesi di giurisdizione esclusiva o di merito al di fuori degli eccezionali casi tassativamente contemplati dagli artt. 133 e 134 c.p.a., sicché il rito speciale in esame è praticabile esclusivamente se il giudice amministrativo ha giurisdizione sul rapporto cui inerisce la richiesta rimasta inevasa;

m) in relazione all'adozione di atti amministrativi generali la preclusione all'esperibilità del rito sul silenzio non deriva dal mero carattere regolamentare o generale dell'atto di cui si invoca l'adozione, quanto dal fatto che, in ragione dell'ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili *ex ante* e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura;

n) laddove sia pacifico, da un lato, che l'amministrazione non ha mai esercitato il potere e, dall'altro, che per l'attività richiesta è indispensabile svolgere attività procedimentale ed istruttoria, non è possibile per il giudice sostituirsi all'amministrazione affermando la fondatezza della pretesa e assegnando direttamente alla parte il bene della vita potendo soltanto, una volta accertato l'inadempimento dell'obbligo di provvedere, accogliere unicamente la prima delle due domande ordinando all'amministrazione di determinarsi, formalmente e sostanzialmente, con un provvedimento esplicito ai sensi dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, nominando altresì un commissario *ad acta* che provveda in sostituzione dell'amministrazione, in caso di perdurante inerzia;

o) decorso il termine di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a., non è più coercibile in via giudiziale l'obbligo della P.A. di concludere il procedimento stesso in modo espresso e motivato; detto termine è di decadenza e non già di prescrizione breve né può farsi salva la reiterazione dell'istanza procedimentale;

p) l'adozione di un provvedimento esplicito (in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge), rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato), ma qualora in pendenza di giudizio avverso il silenzio, l'amministrazione adotti un atto che non sia meramente soprassessorio ma ne esprima la posizione definitiva, tale provvedimento deve essere impugnato con distinta e autonoma impugnazione anche laddove si assuma l'incompetenza dell'amministrazione stessa, atteso che tale rilievo integra comunque un vizio di legittimità del provvedimento sopravvenuto che deve essere fatto valere con apposita impugnativa;

q) l'amministrazione risultata soccombente in un giudizio avverso il silenzio non perde il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto; fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece; qualora il commissario *ad acta* adotti atti dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell'ottemperanza o del giudizio sul silenzio. Allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto;

r) dalla carenza di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia relativa ad un rapporto tributario discende l'inammissibilità della proposizione del rito speciale disciplinato dall'art. 117 c.p.a., stante l'impossibilità di ricorrere al rito del silenzio per le controversie che fuoriescono dal perimetro della giurisdizione amministrativa perché in esse non sono coinvolti interessi legittimi;

s) una volta venuto meno l'interesse ad una pronuncia di condanna all'adozione del provvedimento (art. 34, comma 1, lett. b), c.p.a.), deve comunque ammettersi la possibilità

di procedere all'accertamento dell'obbligo di provvedere e del relativo inadempimento (art. 31, comma 1, c.p.a.), purché la parte manifesti debitamente il relativo interesse ai fini risarcitori (art. 34, comma 3, c.p.a.);

t) è ammissibile il ricorso avverso il silenzio serbato dalla Regione su una istanza-diffida di provvedere all'adempimento dell'obbligo di adozione delle opportune misure per evitare il degrado degli habitat naturali presenti nel SIC/ZSC IT6010024, del quale risulti accertata l'esistenza di uno stato di "*degrado*" anche se, quanto alla portata del rimedio di tutela invocato, l'azione disciplinata dall'art. 117 del c.p.a. ha natura strumentale sicché il giudice non può pronunciarsi sul merito della pretesa azionata, essendo tale eventualità limitata ai soli atti vincolati e a quelli in relazione ai quali si sia interamente esaurito lo spettro di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione e per i quali, al contempo, non siano necessarie attività istruttorie;

u) l'obbligo di provvedere, idoneo a configurare un silenzio inadempimento in caso di inerzia, con conseguente azionabilità del rito del silenzio, deve ritenersi configurabile anche rispetto ad una proposta di accordo di diritto pubblico atteso che la non sindacabilità dei poteri pubblici è possibile soltanto quando ricorrono i rigorosi ed eccezionali casi di atti posti in essere nell'esercizio di un potere politico che postuli, ad esempio, una intesa connotata da discrezionalità politica.