

Silenzio-assenso: il significato costituzionale

di Guido Corso*

1. a) La legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) sin dalla versione originaria suddivide i procedimenti autorizzativi in tre specie.

Quando dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e requisiti di legge, in assenza di un contingente complessivo e senza l'esperimento di prove (per. es. le prove richieste per ottenere la patente di guida), l'autorizzazione viene sostituita da una dichiarazione d'inizio d'attività. All'assenso preventivo viene sostituito il controllo successivo dell'autorità: volto a verificare se effettivamente l'attività oggetto della dichiarazione rientri in quello schema (art. 19).

Al di fuori di questa ipotesi l'autorizzazione viene regolata in due modi diversi. O rimane in vigore il regime vigente, così che il privato non può svolgere l'attività se non ottiene l'assenso dell'autorità e fino a quando non lo ottiene, qualunque sia il momento in cui l'assenso interviene; ovvero, decorso il termine per la conclusione del procedimento, senza che l'amministrazione si pronunci, l'autorizzazione si intende rilasciata.

Questo secondo schema costituisce un'eccezione alla regola (che è l'altra, quella tradizionale); e opera nei casi che sono individuati dal Governo con un regolamento *ex art.* 17, co. 2, l. n. 400/1988 (art. 20, l. n. 241).

La norma contiene implicitamente una risposta alla domanda; può l'amministrazione, dopo che l'atto d'assenso è stato tacitamente rilasciato, negarlo con provvedimento espresso?

Nell'ultimo periodo dell'art. 20, co. 1 (stiamo parlando sempre del testo originario) si legge che «sussistendo» le «ragioni di pubblico interesse», l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, a meno che, ove sia possibile, l'interessato non provveda a sanare i vizi. Quello che l'amministrazione può fare, scaduto il termine, è annullare d'ufficio l'atto tacito. Ciò presuppone che col decorso del termine sia venuto in vita un vero e proprio provvedimento amministrativo (il cui contenuto è mutuato dalla domanda del privato e dalla eventuale documentazione allegata); l'annullamento d'ufficio colpisce per definizione un provvedimento preesistente. Quello che l'amministrazione, invece, non può fare è respingere la domanda di autorizzazione dopo che questa si intende tacitamente rilasciata per essere scaduto il termine per la conclusione del procedimento. Non può farlo perché il provvedimento già c'è: l'unico intervento ammesso non è il rigetto di una domanda che deve intendersi già accolta (con effetto preclusivo di una nuova determinazione sulla stessa

* Saggio non sottoposto a referaggio.

domanda), ma l'annullamento d'ufficio che richiede non soltanto l'accertamento della infondatezza della richiesta originaria, ma anche l'esistenza di quelle ragioni di interesse pubblico che devono sorreggere l'esercizio dei poteri di autotutela.

b) Nel 2005, l'art. 20 viene modificato (dall'art. 3, d.l. n. 35/2005 conv. dalla l. n. 80/2003).

Il silenzio-assenso da eccezione diventa regola, mentre l'autorizzazione espressa, senza la quale l'attività non può essere avviata, diventa l'eccezione.

Almeno in apparenza. In realtà le eccezioni alla nuova regola sono così numerose da giustificare il dubbio che, ad onta della nuova formulazione, di vera e propria regola si tratti. Il silenzio-assenso, infatti, non trova applicazione ai procedimenti in materia di patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, rischio idrogeologico, difesa nazionale, immigrazione, pubblica sicurezza, asilo e cittadinanza, salute, pubblica incolumità; ma anche nei casi in cui la normativa comunitaria richiede un provvedimento amministrativo formale e negli ulteriori casi individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sull'atto di assenso tacito l'amministrazione può esercitare i poteri di autotutela, così come per la prima volta disciplinati dalla legge (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, inseriti dalla l. n. 15/2005): può disporre non soltanto l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*), ma anche la revoca, non contemplata nella versione originaria dall'art. 20.

c) Nel 2015 la disciplina del silenzio-assenso viene nuovamente ritoccata. Il criterio per individuare i casi di silenzio-assenso è modificato. Non si procede per risulta, come fino allora (il silenzio-assenso opera nei procedimenti autorizzativi purché non riguardino le materie e gli ambiti in cui tale congegno è esplicitamente escluso); si prevede che una norma individui i casi in cui il silenzio-assenso è ammesso. L'art. 5 della l. n. 124/2015 delega il Governo a compiere questa operazione, determinando i casi in cui è sufficiente la segnalazione certificata di inizio di attività o la mera comunicazione preventiva (così viene articolato il modello originario della dichiarazione di inizio di attività), i casi nei quali trova applicazione il silenzio assenso e i casi in cui permane la necessità dell'autorizzazione espressa.

Per la SCIA si è provveduto col d.lgs. n. 126/2016 e per il silenzio-assenso col d.lgs. n. 222/2016.

La legge n. 124/2015 stabilisce anche un limite temporale all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (18 mesi) dagli atti autorizzativi; limite che ovviamente opera anche quando l'autorizzazione è stata rilasciata in modo tacito.

Nello stesso tempo sono aggravate le condizioni per l'esercizio dei poteri di autotutela. L'autorità deve tener conto non soltanto della illegittimità dell'atto e dell'interesse pubblico alla sua rimozione, ma anche dell'interesse dei destinatari e dei terzi: interessi che nella configurazione preesistente dell'annullamento d'ufficio non venivano in rilievo perché si escludeva che un provvedimento illegittimo potesse fondare nel beneficiario un interesse tutelato alla sua conservazione.

Il termine di diciotto mesi può essere superato solo quando il provvedimento (espresso e tacito) è stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni ingannevoli, accertate con sentenza passata in giudicato.

d) Nel 2020 viene introdotta una specificazione nella disciplina del silenzio-assenso.

Le determinazioni dell'autorità, assunte dopo la scadenza del termine (ossia dopo che si è formato l'atto di assenso tacito) «sono inefficaci» (art. 12, d.l. n. 76/2020 – c.d. decreto Semplificazione – conv. in l. n. 120/2020).

L'obiettivo del legislatore è evidente.

Una parte della giurisprudenza, come vedremo, aveva continuato a sostenere che l'autorità può respingere la domanda di autorizzazione anche dopo la scadenza del termine; e anche i giudici che escludevano tale possibilità ritenevano che il nuovo provvedimento esplicito di rigetto dovesse essere impugnato e quindi ne presupponevano l'efficacia.

e) Nel 2021 sopraggiungono le ennesime «modifiche alla disciplina del silenzio-assenso» (così la rubrica dell'art. 62, d.l. n. 77/2021, ancora a convertirsi nel momento in cui si scrive questo saggio).

Sicché, oggi, «nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento [...] 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 [...]. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000.

Questa facoltà era stata già riconosciuta al privato che avesse chiesto un permesso di costruire. Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, e in assenza di motivato diniego, si forma infatti il silenzio-assenso (salvi i casi in cui sussistono vincoli relativi all'assetto idrologico, ambientale, paesaggistici e culturali, casi in cui si ricorre alla conferenza di servizi: così l'art. 20, co. 8, d.P.R. 380/2001.)

Col d.l. n. 76/2020 il privato può richiedere un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, che l'amministrazione è tenuta a rilasciare entro 15 giorni dalla richiesta (così l'art. 20, co. 8, cit. come integrato dal d.l. n. 76/2020).

La modifica apportata dal d.l. n. 77/2021 soddisfa un'esigenza che è stata sempre avvertita. Assicura oggettività e visibilità al provvedimento tacito, tutela il privato se l'autorità nega l'esistenza della autorizzazione tacita, consente la circolazione della cosa realizzata grazie al silenzio-assenso (per es. un manufatto edilizio): risponde, in definitiva, a un bisogno di certezza giuridica.

2. Scaduto il termine per la conclusione del procedimento, l'autorità che è inerte, o comunque non ha completato l'*iter* di formazione del provvedimento,

è tenuta in via generale a portare a termine il procedimento. «Ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso» (art. 2, co. 1, l. n. 241/1990): lo stesso dovere che grava sul debitore che è tenuto ad adempiere anche se è scaduto il termine fissato per l'adempimento dell'obbligazione (arg. ex art. 1218 c.c.).

Vale la stessa regola nei casi in cui la scadenza del termine comporta la formazione del silenzio-assenso?

Evidentemente no. Perché un provvedimento già c'è, così che la originaria richiesta del privato è stata assorbita nell'atto dell'amministrazione formato in modo tacito. È venuto meno il presupposto per la pronuncia tardiva. La pronuncia è già intervenuta per effetto del congegno normativamente previsto, che equipara il decorso del termine al rilascio di un provvedimento di accoglimento della domanda.

Se, valutando con ritardo per la prima volta la domanda, ritiene che essa non poteva essere accolta, l'amministrazione deve intervenire non sulla domanda del privato, ma sul proprio atto tacito: annullandolo d'ufficio, se ricorrono i presupposti di questo istituto.

A questo schema, che è rintracciabile inequivocabilmente già nella formulazione originaria dell'art. 20 della l. n. 241/1990, la giurisprudenza amministrativa ha apportato una drastica correzione.

Interpretando l'art. 20, co. 8, del T.U. dell'Edilizia (che prevede una specie di silenzio-assenso), il giudice amministrativo ritiene che perché il provvedimento si formi *per silentium*, non è sufficiente la presenza dei due "requisiti formali" individuati dalla norma (decorso del termine e assenza di un diniego espresso), «ma è necessaria anche la conformità dell'intervento richiesto alla disciplina edilizia e urbanistica in vigore. In caso contrario, il richiedente, sulla base dell'inerzia della P.A., verrebbe ad ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica, in termini di assenso all'esercizio dello *ius aedificandi*, che non avrebbe potuto conseguire mediante l'ordinario procedimento espresso. Il che significherebbe rimettere a un dato casuale (inerzia o attività della p.a.) la formazione del titolo edilizio, ciò che contrasterebbe con il fondamentale principio di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost)»¹.

Secondo questa impostazione, col decorso del termine l'assenso si forma tacitamente solo quando l'atto tacito è legittimo; se corrisponde al provvedimento espresso che l'autorità avrebbe legittimamente adottato decidendo entro il termine.

Non ci vuol molto a capire che una tesi del genere contrasta nettamente con la lettera (e lo spirito) dell'art. 20.

¹ Così, da ultimo, TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 1 luglio 2020, n. 7476; in precedenza, Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3317; Id., 26 aprile 2018, n. 2513; Id., 26 luglio 2017, n. 3680; Id., 19 aprile 2017, n. 1828; Id., 5 settembre 2016, n. 3805.

Se l'autorità, scaduto il termine di conclusione del procedimento, può annullare d'ufficio l'atto di assenso tacito (e può fare soltanto questo), è evidente che dell'atto viene postulata l'illegittimità, o meglio è presupposta l'eventualità che esso sia illegittimo.

Con ciò viene smentito l'assunto che solo l'atto di assenso legittimo può ritenersi formato con la scadenza del termine. Il provvedimento autorizzativo tacito può essere illegittimo; tant'è che è prevista la possibilità del suo annullamento con l'esercizio dei poteri di autotutela.

3. La tesi qui criticata era in qualche modo giustificabile prima del 2015.

Nel testo della l. n. 241 coesistevano l'art. 20, co. 3, che attribuiva all'autorità amministrativa il potere di assumere determinazioni in via di autotutela, e l'art. 21, co. 2, secondo il quale «Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o di difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio attività ai sensi degli artt. 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque in contrasto con la normativa vigente».

Questa seconda disposizione poneva in definitiva a carico del privato una sorta di autoresponsabilità; l'onere di accertare se il silenzio-assenso si fosse formato in presenza dei requisiti sostanziali necessari per l'accoglimento della domanda, con la conseguenza che, se il suo giudizio positivo fosse stato erroneo, l'istante avrebbe agito come colui che fosse sfornito del titolo, per non averlo mai chiesto.

Una clausola che poteva giustificare l'orientamento di giurisprudenza su richiamato che subordina la formazione del silenzio-assenso alla presenza non soltanto dei requisiti formali (legittimazione del richiedente, tempestività della domanda, produzione della documentazione richiesta etc.), ma anche dei requisiti sostanziali di validità: quei requisiti che imporrebbero all'amministrazione di accogliere la domanda, se essa provvedesse con un atto espresso.

Il contrasto tra le due disposizioni, segnalato dalla dottrina² è stato risolto con l'abrogazione dell'art. 21, co. 2, da parte della l. n. 124/2015 (art. 6, co. 1, lett. b), n. 2).

Il privato che si avvale del silenzio-assenso non corre più il rischio che la sua attività sia considerata illecita. Il solo rischio che egli corre è che, sussistendone i presupposti, l'autorizzazione tacita venga annullata d'ufficio.

L'abrogazione dell'art. 21, co. 2, lasciando in piedi come sola clausola rilevante quella che prevede l'esercizio dei poteri di autotutela sull'atto di assenso

² M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2013*, Roma, 2014, 219 ss.; E. BOSCOLO, *Art. 20*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, 3^a ed., Milano, 2020, 227 ss.

tacito, rende incomprensibile l'insistenza della giurisprudenza più recente sulla tesi contestata.

4. «La previsione del silenzio-assenso in materia edilizia è funzionale alla semplificazione dell'attività amministrativa, nell'implicito presupposto della rispondenza dell'iniziativa edificatoria ai requisiti di legittimità normativamente fissati, *in primis* la conformità urbanistica»³: così la giurisprudenza giustifica la soluzione che si è criticata.

È proprio questa, la *ratio* del silenzio-assenso? È soltanto questa?

Ci si chiede se la topografia dell'art. 20, che è incluso nel capo IV della legge 241 sotto l'etichetta «semplificazione dell'azione amministrativa», giustifichi la conclusione che il silenzio-assenso è solo un espediente per semplificare la vita all'amministrazione. Se solo di questo si trattasse, non si giustificherebbe la previsione dei poteri di autotutela sull'atto tacito (art. 20, co. 3): poteri il cui esercizio richiede all'amministrazione un lavoro più complesso di quello che essa svolge quando prevale la decisione prima della scadenza del termine, rigettando la domanda. Più complesso perché richiede, oltre al giudizio sulla accoglibilità della domanda, anche la valutazione di interessi pubblici e privati, alla quale l'autorità, in prima battuta, non sarebbe tenuta.

La disaggregazione del potere autorizzativo in tre schemi diversi ha, a mio avviso, un significato più complesso della mera semplificazione dell'attività amministrativa.

In un ordinamento come il nostro, in cui un numero infinito di attività privata è subordinato a un atto di assenso dell'autorità amministrativa, sul presupposto che tale attività possa pregiudicare un interesse pubblico, si apre nel 1990 una riflessione sui limiti, anche di ordine costituzionale, entro i quali è consentito al legislatore assoggettare l'attività dei privati a un regime autorizzativo.

Il vecchio schema, per cui il privato non può svolgere l'attività sino a quando non è intervenuta l'autorizzazione, quale che sia il momento in cui l'autorità provvede (prima o dopo il termine di conclusione del procedimento), rimane in vita solo per una parte delle autorizzazioni previste dalla legislazione vigente.

Per una quota delle autorizzazioni previste il regime autorizzativo viene soppresso, sostituito da una dichiarazione di inizio di attività, nei casi in cui l'assenso è subordinato al mero accertamento dell'esistenza dei presupposti e requisiti; all'autorizzazione preventiva subentra il controllo successivo (ed eventuale) sull'attività privata che l'interessato ha comunicato di volere avviare.

Per un'altra quota delle vecchie autorizzazioni il congegno rimane in vita (richiesta di autorizzazione e rilascio di quest'ultima come condizione della liceità

³ Così Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529.

dell'attività privata): ma solo entro limiti temporali definiti che coincidono col termine per la conclusione del procedimento. Scaduto questo termine, l'autorità perde il potere di provvedere sulla domanda perché questa si intende accolta.

L'autorità conserva i connotati tradizionali in un solo di questi tre casi; negli altri due casi il privato riacquista la libertà di agire purché adempia all'onere di comunicare all'amministrazione la sua iniziativa (denuncia di inizio di attività); ovvero è tenuto a chiedere l'autorizzazione ad una autorità che ha un tempo limitato per decidere (il tempo fissato per la durata del procedimento). Decorso il termine, l'amministrazione perde il potere di provvedere perché il suo silenzio è equiparato all'accoglimento della domanda.

Grazie a questa doppia operazione – liberalizzazione dell'attività privata; assegnazione di un termine per l'esercizio del potere autorizzativo – i confini tra la sfera del privato e la sfera dell'autorità, vengono spostati: la sfera del privato si allarga, la sfera dell'autorità si restringe.

5. Le determinazioni relative agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 20, «sono inefficaci».

Così si legge nell'art. 12, d.l. n. 76/2020.

Di inefficacia del provvedimento amministrativo si parla nel nostro ordinamento in una serie di casi in cui l'atto è perfetto e valido, ma non ancora efficace; o perché è sottoposto a un controllo dal cui esito positivo dipende la produzione degli effetti (efficacia condizionata) o perché l'atto contiene una clausola che rinvia ad un momento successivo la produzione degli effetti (efficacia differita) o perché è intervenuto un provvedimento successivo che ne sospende temporaneamente gli effetti (efficacia sospesa: art. 21-*quater*, l. n. 241/1990). Se l'efficacia è condizionata o differita o sospesa, il provvedimento è (temporaneamente) inefficace sebbene sia perfetto e valido.

Ma c'è anche l'inefficacia che dipende dalla invalidità del provvedimento. Non basta la mera illegittimità-annullabilità (art. 21-*octies*, l. n. 241/1990): l'atto annullabile produce gli stessi effetti dell'atto legittimo sin quando non viene annullato, ma deve ricorrere l'invalidità più radicale che è propria dell'atto nullo (art. 21-*septies*, l. n. 241/1990).

L'atto che è nullo per una delle ragioni indicati dalla legge, non produce effetti, è inefficace: tanto è vero che l'azione di nullità nel processo amministrativo (nei casi in cui la giurisdizione spetta al giudice amministrativo) è configurata come una azione di accertamento (art. 31, co. 4, c.p.a.). Mentre l'atto annullabile viene annullato con una sentenza costitutiva (che estingue un rapporto giuridico: art. 2908 c.c.), dell'atto nullo il giudice si limita ad accertare la nullità; sul presupposto che esso non abbia prodotto alcun effetto. La sentenza serve a soddisfare una esigenza di certezza giuridica.

La decisione tardiva, presa in considerazione dall'art. 12 del d. l. n. 76/2020, è *inefficace perché nulla*: se fosse semplicemente annullabile come la giurisprudenza ha finora ritenuto, non sarebbe inefficace perché l'atto amministrativo annullabile (come il contratto annullabile) è efficace al pari dell'atto legittimo.

Si tratta allora di stabilire in quale delle cause di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 la nostra fattispecie sia inquadrabile.

La soluzione più sbrigativa è quella di ricondurla agli «altri casi [di nullità, n.d.r.] espressamente previsti dalla legge» (art. 21-*septies*). Se la determinazione presa oltre il termine per la conclusione del procedimento (e quindi dopo che si è formato il silenzio-assenso) è inefficace, e perciò nulla (inefficace perché nulla), è plausibile che la clausola contenuta nell'art. 12, d.l. n. 76/2000 (nella parte in cui incide sulla disciplina del silenzio-assenso) sia ricondotto all'ultima delle ipotesi contemplate dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990. Si tratterebbe quindi di uno degli «altri casi espressamente previsti dalla legge».

Tuttavia un altro percorso può essere tentato.

Una delle cause “strutturali” di nullità del provvedimento amministrativo è la mancanza degli elementi essenziali. Ma qual è un elemento “essenziale” degli atti autorizzativi? Sicuramente la domanda del soggetto che chiede di essere autorizzato: se non c'è una domanda, manca un elemento essenziale, come accade in tutti i procedimenti ad istanza di parte (il procedimento che «consegue obbligatoriamente ad un'istanza»: art. 2, co. 2, l. n. 241/1990).

Nel nostro caso un'istanza c'è stata; essa è stata tacitamente accolta sicché non c'è più una domanda pendente che costituisce un elemento o presupposto essenziale del potere dell'autorità amministrativa nei procedimenti ad istanza di parte e del provvedimento con cui quel potere è esercitato.

L'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 prevede una terza causa di nullità del provvedimento, il difetto assoluto di attribuzione.

L'autorità amministrativa, che respinge la domanda di autorizzazione del privato dopo averla accolta tacitamente, pretende di esercitare un potere che ha perduto o consumato; non è così azzardata l'ipotesi che la “determinazione” tardiva è presa «in difetto assoluto di attribuzione».

Sono mantenuti in capo all'autorità amministrativa i poteri autotutela; ma si tratta di poteri diversi, nei presupposti e nell'oggetto, da quello che, secondo una valutazione legale tipica, è stato esercitato (e consumato) in modo tacito⁴.

Riassumendo. La decisione tardiva, di rigetto dell'atto di assenso tacito, è inefficace perché nulla: ed è nulla perché un atto del genere è riconducibile a ciascuna delle tre ipotesi di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990: nullità testuale (caso espressamente previsto dalla legge), carenza di un elemento essenziale, difetto assoluto di attribuzione.

⁴ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018.

6. La legge 241 sin della sua versione originaria è in linea con lo spirito del diritto europeo nella parte in cui prevede la sostituzione dell'autorizzazione espressa con l'autorizzazione tacita e sottopone il potere autorizzativo a un termine per il suo esercizio.

Secondo la direttiva 2006/123/CE, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi subiscono una limitazione a causa dei regimi autorizzati⁵. Da qui il principio per cui tale regime è ammesso a condizione che si basi «su criteri che inquadrano l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario»; e che tali criteri siano «non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale, commisurato all'obiettivo di interesse generale, chiari e inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente, trasparenti e accessibili» (art. 10, dir. 2006/123/CE).

Motivi imperativi di interesse generale sono quelli individuati dalla Corte di Giustizia CDE (e poi UE) e riassunti nel considerando n. 40 della direttiva. Quanto all'esigenza che i criteri per il rilascio della autorizzazione siano «commisurati all'obiettivo di interesse generale» ben può essere soddisfatto con tecniche alternative all'autorizzazione espressa, quali sono le «dichiarazioni per iniziare l'attività» o il silenzio-assenso, quando non sono richieste valutazioni tecniche o una complessa ponderazione di interessi.

Il silenzio-assenso è formalizzato dall'art. 12, par. 4, della direttiva: «In mancanza di risposta entro il termine stabilito o prorogato conformemente al paragrafo 3 l'autorizzazione si considera rilasciata. Può tuttavia essere previsto un regime diverso se giustificato da un motivo imperativo di interesse generale, incluso un interesse legittimo di terzi».

I principi di diritto europeo sui regimi autorizzatori e sulle condizioni per il rilascio delle autorizzazioni sono stati fatti propri dal legislatore italiano col d.lgs. n. 59/2010, di attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi sul mercato interno⁶.

Il silenzio-assenso viene stabilito come regola generale (art. 17, co. 1), in conformità all'art. 12, par. 4, della direttiva: di poi, solo «quando sussiste un motivo imperativo di interesse generale può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso» (art. 17, co. 2).

⁵ Secondo il Considerando n. 39 della direttiva, «La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni [...]. L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell'autorità competente o dal fatto che l'interessato debba attendere l'avviso di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l'attività o affinché quest'ultima sia legittima».

⁶ V., in particolare, gli artt. 14 e 15, d.lgs. n. 59/2010.

7. La dichiarazione di inizio di attività, nella sua configurazione odierna, e il silenzio-assenso pongono un problema di certezza giuridica che non incontra il privato che sia in possesso di un documento contenente un'autorizzazione espressa. Sono due istituti che scontano la diffidenza di un vigilante urbano o di una banca, inclini a sospettare che dietro a queste forme, dichiarate dall'interessato, non ci sia nulla.

Di questa esigenza si è fatto carico il diritto europeo.

La direttiva prevede che la domanda di autorizzazione è oggetto di una ricevuta che indichi, fra l'altro il termine per la conclusione del procedimento e «laddove applicabile, la menzione che in mancanza di risposta entro il termine previsto, l'autorizzazione è considerata come concessa» (art. 13, par. 5, lett. c), della direttiva; v. anche l'art. 17, co. 4, lett. c), d.lgs. n. 59/2010).

Poiché la norma interna è stata, per questa parte, sistematicamente disattesa dalle amministrazioni, il legislatore è stato costretto a intervenire con le norme più recenti tra cui quelle richiamate nel par. 1; imponendo alle autorità, una volta maturato il silenzio-assenso, di rilasciare in via telematica l'attestazione dell'avvenuto decorso del termine, con la possibilità, nel caso di mancata risposta entro dieci giorni dalla richiesta, che il privato renda un'autodichiarazione ai sensi dell'art. 47, d.P.R. n. 445/2000 (così l'art. 62, d.l. n. 77/2021).

8- Anche se il silenzio-assenso ha genesi interna è significativo il suo riconoscimento in ambito europeo.

Ritengo che questa più ampia ambientazione confermi l'opinione che non si tratta tanto o solo di uno strumento di semplificazione quanto di un ampliamento dei confini della libertà del soggetto privato, con correlativo ridimensionamento dei poteri amministrativi.

Ecco perché appare del tutto inaccettabile la costruzione, pure autorevolmente prospettata, del silenzio-assenso (e della dichiarazione di inizio di attività) come forme di autoamministrazione, o come nuova modalità di amministrazione⁷, o come «autoamministrazione eventuale, dipendente dalla scelta (più o meno voluta) dell'amministrazione di optare per la conclusione silenziosa del procedimento attivato dall'interessato»⁸.

Questo sforzo per mantenere in capo all'amministrazione il potere autorizzativo (sicché, attivandosi in base al silenzio-assenso, il privato sarebbe una specie di sostituto dell'amministrazione) ignora il fatto che il *primum* è la libertà del singolo: una libertà che è condizionata da un potere amministrativo ma solo per il tempo che corrisponde alla durata del procedimento amministrativo. Scaduto il termine per la conclusione del procedimento, il privato riacquista quella libertà che gli è riconosciuta sul piano costituzionale.

⁷ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

⁸ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione*, Padova, 2004, 268.

Abstract

Il passaggio dal regime autorizzatorio espresso a quello tacito percorre tornanti che hanno condotto, nell'ultima disposizione governativa di cui al d.l. n. 77/2021, all'attribuzione al silenzio-assenso di una forza limitativa del potere amministrativo, che con la formazione di questo si esaurisce: ne consegue una rinnovata connessione tra il piano della (in-)validità, sotto forma di nullità, e quello della (in-efficacia) della determinazione espressa tardiva.

Il saggio si propone così di indagare sul significato del silenzio-assenso nel rapporto tra autorità e libertà, anche alla luce della costruzione dell'istituto a livello europeo e del suo recepimento nell'ordinamento statale: non più solo un istituto di semplificazione amministrativa, bensì uno strumento di ampliamento dei confini della libertà del privato, i quali possono essere ristretti soltanto nell'arco temporalmente definito del procedimento amministrativo, riacquisendo la loro ampiezza originaria – riconosciuta sul piano costituzionale – con la formazione del silenzio-assenso.

Silence-consent: the constitutional meaning

by Guido Corso

The passage from the express authorisation regime to the tacit one follows a series of twists and turns that have led, in the last governmental provision of Law Decree no. 77/2021, to the attribution to the silence-consent of a limiting force of the administrative power, which is exhausted with the formation of the latter: as a result, a renewed connection between the level of (in-)validity, in the form of nullity, and that of (in-efficacy) of the late express determination.

The essay thus proposes to investigate the meaning of the silence-consent in the relationship between authority and freedom, also in the light of the construction of the institute at European level and its implementation in the state system: no longer just an institute of administrative simplification, but an instrument of extension of the boundaries of the freedom of the private individual, which can be restricted only within the time frame of the administrative procedure, regaining their original breadth – recognised at constitutional level – with the formation of the silence-consent.