

Il silenzio assenso nella formazione del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica: fra incertezza dei rapporti e sbilanciamento degli interessi pubblici. La semplificazione che non giova*

di Bruno Mercurio** e Carolina Cappabianca***

SOMMARIO: 1. Potenzialità e limiti del ricorso al silenzio in luogo del provvedimento nell'amministrazione del territorio. Delimitazione dell'ambito d'indagine. – 2. L'istituto del silenzio-assenso di cui all'articolo 20, comma 8, T.U. n. 380/2001. – 3. Le interpretazioni giurisprudenziali divergenti sui requisiti di formazione del silenzio-assenso sull'istanza di permesso di costruire. – 4. Una chiave di lettura alla luce della natura del permesso di costruire. – 5. Il silenzio assenso tra Amministrazioni: una premessa necessaria. – 6. Il rapporto tra l'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990 e il procedimento di autorizzazione paesaggistica. – 7. Riflessioni conclusive. Il silenzio assenso, nelle ipotesi considerate, accresce l'incertezza, senza migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa – 7.1. Segue: dalla semplificazione che sostituisce il provvedimento verso quella che accelera il procedimento. Qualche proposta.

1. *Potenzialità e limiti del ricorso al silenzio in luogo del provvedimento nell'amministrazione del territorio. Delimitazione dell'ambito d'indagine*

Esigenze di semplificazione dell'azione amministrativa¹ – dovute al

* Seppur frutto di un lavoro unitario, confluito nelle conclusioni che sono state sviluppate congiuntamente nei par. 7 e 7.1, è possibile attribuire a Carolina Cappabianca i par. 1, 5, 6 e a Bruno Mercurio i par. 2, 3 e 4.

** Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli l'Orientale.

*** Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ Sulla semplificazione amministrativa in generale, data l'ampia letteratura in merito e la vastità dell'argomento, ci si limita a rinviare: S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, 698 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 217 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, vol. I, *Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000; M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *www.giustamm.it*, n.5/2005; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in questa rivista, 2008, 417 s.s.; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.; M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.- T.A.R.*,

crescente bisogno di correggere i fenomeni di cattiva amministrazione e a quello di favorire la ripresa economica di un settore considerato strategico, quale quello dell'edilizia – hanno incontrato un legislatore che potremmo definire iperattivo², il quale ha finito per riconoscere un ruolo sempre maggiore all'istituto del silenzio-assenso come risposta all'inerzia dell'amministrazione³. Ciò anche partendo dalla consapevolezza dell'importanza del fattore tempo nella programmazione delle attività economiche dei privati e di conseguenza della necessità di un'azione amministrativa tempestiva⁴.

2010, 3041 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n.124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016.

² È condivisibilmente critico riguardo a tale fenomeno M. MACCHIA, *L'inefficienza del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, che afferma che il d.l. n. 76/2020 «sembra far poco tesoro dei fallimenti dei molteplici interventi normativi di semplificazione precedenti perché si muove su direttrici analoghe e in sostanza ne sposa la filosofia, cioè quella secondo cui l'attività riformatrice di semplificazione avviene sostanzialmente "per legge" con misure di tipo generale, e non "per via amministrativa" con una costellazione di numerose riorganizzazioni dell'attività. Al contempo, la crescita in modo incontrollato delle fonti mette in crisi l'obiettivo di semplicità poiché richiede continui interventi di chiarimento, riduzione e armonizzazione dei molteplici testi normativi».

³ Al riguardo, di particolare interesse sono le riflessioni critiche di M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, n. 2/2016, 760, il quale considera inefficace e controproducente l'approccio del legislatore che, per rispondere alle esigenze di semplificazione dei privati che entrano in contatto con la pubblica amministrazione, è più volte intervenuto disponendo l'accelerazione dell'azione amministrativa. Egli, dunque, non condivide l'idea – oramai diffusasi nell'ambito di una crescente valorizzazione della "dimensione economica" del diritto amministrativo – che la semplificazione si identifichi con la mera accelerazione del procedimento e che la sua velocità sia già di per sé un rimedio all'inefficienza dell'amministrazione. «Occorre invece dare il dovuto peso al fatto che, prima che una sequenza di atti, il procedimento è la sede in cui sul piano sostanziale avvengono l'esercizio delle competenze delle amministrazioni coinvolte e il confronto dei diversi interessi rilevanti, in vista di un risultato di cura di questi interessi, che l'amministrazione ha l'obbligo di raggiungere in modo semplice ma anche efficace, senza rinunciare alla completezza del confronto fra gli stessi. In questa prospettiva appare problematico attribuire alla velocità in quanto tale un rilievo assoluto e, ancor di più, considerare il semplice trascorrere del tempo come un evento capace di produrre implicitamente effetti assimilabili a quelli della valutazione di un interesse da parte dell'amministrazione».

⁴ In riferimento al ruolo attribuito alle misure di semplificazione per rispondere alle esigenze di certezza temporale di privati e imprese, v. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, n. 4/2002, 36 ss.; S. OSELLA, *La centralità del*

Questo contributo è volto ad indagare, in particolare, il regime dell'istituto del silenzio della pubblica amministrazione nel procedimento di rilascio del permesso di costruire, ove la sua equiparazione a un provvedimento di accoglimento dell'istanza di parte – sebbene sia avvenuta per la prima volta con l'art. 8 del d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, il c.d. Decreto Nicolazzi (convertito con modificazioni nella legge 25 marzo 1982, n. 94) – è stata riconosciuta come regola generale soltanto con l'art. 20 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (di seguito anche solo “T.U. dell'edilizia”), così come modificato dall'art. 5 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito dalla legge 12 luglio 2011, n.106).

Ciò, dunque, quasi dieci anni dopo che il legislatore, modificando l'art. 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, generalizzasse la portata applicativa del silenzio-assenso a fronte di un'istanza di rilascio di un provvedimento amministrativo presentata da un privato⁵, fatte salve alcune

“tempo” nella valutazione della correttezza della pubblica amministrazione, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 3/2012, 649 ss.; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. dell'economia*, n.2/2013, 357 ss.; B.G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, Relazione tenuta al 64 Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità di servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-22 settembre 2018; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*; n. 5/2016; F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Semplificazione e sostituzione dalla legge “Madia” al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale*, Napoli, 2021.

⁵ La previsione di tale istituto nel nostro ordinamento si deve, infatti, proprio alla necessità di apprestare una tutela adeguata avverso la condotta inattiva della pubblica amministrazione, protratta oltre i termini di legge, a fronte di un'istanza di rilascio di un provvedimento amministrativo presentata da un privato. L'art. 20 della l. n. 241/1990 è stato oggetto nel corso del tempo di numerosi interventi legislativi, tra i quali si ricordano le modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15; dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35; dalla legge 14 maggio 2005, n. 80; dalla legge 18 giugno 2009, n. 69; dal d.l. 5 agosto 2010, n. 125; d.l. 31 maggio 2021, n. 77. Ad oggi, la norma prevede che, fatta salva l'esclusione delle sole ipotesi sottratte all'area di operatività del silenzio – assenso dallo stesso articolo 20 (l. n. 241/1990), in tutti gli altri procedimenti ad istanza di parte, la regola è che 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'art. 2, comma 2 o 3, il provvedimento di diniego», ovvero non indice, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, una conferenza dei servizi, «anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati». In altri termini, la violazione del disposto dell'articolo

eccezioni espressamente previste e prevalentemente introdotte al fine di apprestare una tutela rafforzata alla categoria dei c.d. interessi sensibili⁶, che dovrebbero prevalere sulle esigenze di semplificazione⁷.

2, comma 1, della l. n. 241/90, che pone in capo all'amministrazione il dovere di pronunciarsi con un provvedimento espresso entro termini predeterminati, non viene considerato un comportamento neutro ma, al contrario, viene ad essere equiparato ad un provvedimento favorevole dell'autorità pubblica quanto agli effetti che dallo stesso sarebbero stati prodotti. L'amministrazione è poi «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», ove ciò non avvenga, peraltro, la norma riconosce allo stesso richiedente la facoltà di sostituire tale attestazione con un'autocertificazione ex art. 47, D.P.R. 28 dicembre, n. 445. Molti studiosi si sono occupati del fenomeno del silenzio-assenso, soprattutto in relazione all'obbligo di provvedere di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990, e al rapporto con gli altri istituti di semplificazione, fra i tanti, v.: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2023; G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, 715 ss.; L. GIANI, *Silenzio assenso*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2014, 839 ss.; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 265 s.s.; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2013, 190 s.s.; M. DORSOGNA E R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2017, 977 s.s.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 285 ss.; G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.A.*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2023, 283 s.s. In chiave comparata, infine, v. M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.3/1998, 679 ss.; L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, n. 1/2017, 1 ss.

⁶ In dettaglio, il comma 4 dell'art. 20 l. n. 241/1990 chiarisce che le disposizioni di cui ai commi precedenti non si applicano anche «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 provvedimento di 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».

⁷ Al riguardo, invero, non può non evidenziarsi che il rapporto tra i c.d. interessi

Peraltro, in materia edilizia, detta evoluzione è stata parallela a quella per cui l'ambito di applicazione del permesso di costruire, e quindi l'obbligo di provvedere in modo espresso, è stato già progressivamente ridotto ai soli interventi di particolare rilevanza, comportanti trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, essendo invece sostituito dalla s.c.i.a. o addirittura da mere comunicazioni negli altri casi⁸.

Obiettivo dell'indagine, partendo dal regime attuale del silenzio-assenso disciplinato dall'art. 20 comma 8 T.U. dell'edilizia, è quindi quello di mettere in luce le perduranti incertezze in ordine al perfezionamento del permesso di costruire, al fine ultimo di interrogarsi sull'effettiva utilità della procedura del c.d. assentimento silenzioso in materia. Questa, infatti, è da sempre connotata dal conflitto esistente tra l'esigenza di introdurre una modalità semplificata di conseguimento del titolo edilizio – allo scopo di dare impulso alle attività economiche e di assicurare, al contempo, un esercizio del potere amministrativo efficiente e improntato al principio di collaborazione nei rapporti con i privati⁹ – e quella di evitare che tali attività si sottraggano ad un controllo pubblico effettivo, con conseguente pre-

sensibili e gli istituti di semplificazione in generale negli ultimi anni abbia subito un'evoluzione. Infatti, l'esigenza di semplificazione – sebbene in istituti soltanto apparentemente simili a quello oggetto di indagine – sta finendo per prevalere anche nelle materie sensibili, basti pensare al regime di tutela attualmente previsto per tali interessi dagli artt. 14, 16, 17 e 17-bis della l. n. 241/90. Sul punto, v., *ex multis*, M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, cit.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento "orizzontale" all'interno della "nuova amministrazione" disegnata dal Consiglio di Stato*, *Federalismi.it*, n. 19/2016; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, n.4/2017, 699 s.s.; L. BISOFFI, *Semplificazioni del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, 9 gennaio 2019; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17-bis della legge n. 241/90: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in *Scritti in onore di F. G. COCCA*, II, Napoli, 2022, 1173 s.s.; F. SCALIA, *Considerazioni in ordine all'ambito soggettivo del nuovo istituto del silenzio-assenso tra amministrazioni*, in *Giust. Amm.*, n. 9/2017.

⁸ Per un approfondimento sul punto, sia consentito rinviare a B. MERCURIO, *Regime dei titoli edilizi e forma della funzione amministrativa. Alcune riflessioni*, in questa rivista, 2018.

⁹ Fra tutti, v. S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in *Scritti in onore di M. IMMORDINO*, I, Napoli, 2022, 683 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obbligo di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

giudizio per l'interesse sostanziale ad uno sviluppo regolare ed equilibrato dell'assetto urbano e per gli altri interessi, anche di rilievo costituzionale, su cui l'intervento assentito può incidere.

La ricerca di un equilibrio tra le susesposte esigenze in conflitto ha comportato una produzione di interventi normativi fra loro poco coerenti e un contrasto giurisprudenziale sui requisiti necessari alla formazione del silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire.

Sul punto, infatti, si sono contrapposti due distinti orientamenti del giudice amministrativo; da un lato, secondo un'interpretazione più rigorosa, il silenzio-assenso si formerebbe soltanto in presenza di tutti i requisiti e presupposti previsti dalla legge per il rilascio del titolo edilizio; di contro, più recente è invece la tendenza giurisprudenziale a manifestare una maggiore apertura sulla possibilità che il titolo abilitativo si perfezioni esclusivamente per effetto dell'infruttuoso decorso del termine di conclusione del procedimento, come conseguenza della mera inerzia della pubblica amministrazione.

Ne è derivata una incertezza sui requisiti in presenza dei quali il silenzio sia produttivo di effetti favorevoli per l'istante che – come da più parti evidenziato¹⁰ – ha finito per rischiare di vanificare gli effetti della riforma.

Tale incertezza si ripropone nelle ipotesi in cui il ricorso al silenzio-assenso riguardi provvedimenti propedeutici al rilascio del permesso di costruire, come l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

In questo caso, che pure sarà oggetto di analisi, sebbene il provvedimento finale sia espresso, si discute se possa formarsi tacitamente un atto presupposto essenziale, espressione dell'esercizio di una funzione rilevante, qual è quella di tutela dell'interesse costituzionalmente garantito al paesaggio, e le posizioni in dottrina e giurisprudenza non sono unanimi.

¹⁰ In argomento, fra i tanti, v. P. MARZARO, *Il silenzio assenso e l'“infinito” della semplificazione. La scomposizione dell'ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. Giuridica di Urbanistica*, n. 3/2022, secondo la quale «l'imperativo della semplificazione domina il nostro ordinamento oramai da decenni, e contrariamente all'intento, ha spesso contribuito ad affaticarlo, accrescendo il peso dell'incertezza piuttosto che alleggerire il compito dell'interprete e degli operatori»; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2022, 77; M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti “semplificazioni”*, in *Riv. Giur. di Urb.*, n. 1/2022, 38 s.s.

Ci si domanda, allora, se i principi di efficienza e buon andamento¹¹, ispiratori degli interventi normativi aventi come scopo la liberalizzazione del settore e la semplificazione dell'azione amministrativa nei casi residuali di esercizio del potere, siano effettivamente meglio garantiti attraverso l'amministrazione per silenzio.

2. *L'istituto del silenzio-assenso di cui all'articolo 20, comma 8, T.U. n. 380/2001*

Il legislatore, conscio delle rilevanti ricadute di carattere economico di un tardivo intervento pubblico, già con riferimento alla procedura di rilascio della licenza edilizia¹², attribuiva al comportamento inerte dell'autorità comunale valenza significativa. L'art. 31 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, prevedeva infatti che, una volta decorso il termine di 60 giorni dalla presentazione della domanda, l'inerzia dell'amministrazione assumeva valenza di silenzio inadempimento, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo.

Il silenzio-assenso invece- come già anticipato- venne introdotto nel settore per la prima volta con l'art. 8 del d.l. n. 9/1982, secondo cui l'istanza era da ritenersi accolta se, entro 90 giorni dalla presentazione della domanda, corredata dalla documentazione richiesta, l'amministrazione

¹¹ Sul principio di buon andamento, si vedano G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2013; M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento (giurisprudenza a cura di A.G. Pietrosanti e T. Linardi)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2023, 121 s.s. In tema, si v. anche Consiglio di Stato, ad. plen., 7 dicembre 2016, n. 24; Corte costituzionale 16 dicembre 2013, n. 70, ove si afferma che «Non è conforme all'art. 97 della Costituzione l'adozione, per regolare l'azione amministrativa, di una disciplina normativa foriera di incertezza, posto che essa può tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione».

¹² Il permesso di costruire è stato infatti introdotto nel nostro ordinamento con il D.P.R. n. 380/2001. Originariamente, invece, il controllo pubblico delle attività costruttive dei privati – con la legge 17 agosto 1942, n. 1150 – era demandato alla licenza edilizia, la cui necessità, dapprima limitata al centro urbano, venne estesa a tutto il territorio comunale soltanto con la legge 6 agosto 1967, n. 765. L'istituto fu poi sostituito dalla concessione edilizia, per tutte le attività comportanti la trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale, con la legge 28 settembre 1977, n. 10. Sull'evoluzione che ha riguardato il regime giuridico dei titoli abilitativi degli interventi edilizi, fra tutti, v.: A. CUTRERA, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977; A. FIALE e E. FIALE, *Diritto urbanistico*, ed. XVI, Napoli, 2022.

non avesse adottato un provvedimento di diniego. L'operatività dell'istituto però – oltre ad essere prevista come transitoria, dato che la stessa previsione ne fissava la scadenza al 31 dicembre 1984¹³ – era ammessa con alcune limitazioni relative al tipo di intervento e con procedure differenti in base al Comune di riferimento. Più precisamente, la formazione del silenzio-assenso era limitata agli interventi edilizi da realizzare nelle aree dotate di strumenti urbanistici attuativi vigenti e in quelle in cui il rilascio di concessioni singole era ammesso senza il bisogno di strumenti intermedi di pianificazione. Inoltre, nei Comuni con popolazione superiore ai 30.000 abitanti, la possibilità di avvalersene era subordinata al possesso da parte dell'istante dell'attestazione della conformità (resa dal progettista) della domanda al c.d. certificato urbanistico comunale, in cui erano indicate tutte le prescrizioni urbanistiche ed edilizie riguardanti l'area o gli immobili interessati.

La certezza della posizione giuridica di vantaggio ottenuta senza un provvedimento espresso veniva peraltro rafforzata dalla previsione per cui, una volta formatosi il silenzio-assenso, l'amministrazione non poteva annullare in autotutela la concessione tacita ritenuta illegittima, senza aver preventivamente instaurato un contraddittorio non solo difensivo, ma anche cooperativo, con l'interessato, avente lo scopo di consentirgli di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto¹⁴.

Si cercò così di contemperare le esigenze del privato – pregiudicate dall'eventuale inerzia dei Comuni – e l'interesse pubblico al corretto utilizzo del territorio, in zone ove la mancata adozione del provvedimento espresso dell'amministrazione era probabilmente dovuta ad una difficoltà organizzativa interna.

¹³ Il termine è poi stato più volte prorogato da successivi interventi normativi, in particolare, con la legge 1° marzo 1985, n. 42, fu prorogato al 31 dicembre 1987; con la legge 29 febbraio 1988, n. 47 al 31 dicembre 1989; con la legge 31 maggio 1990, n. 128, al 31 dicembre 1990; con la legge 20 maggio 1991, n. 158, al 31 dicembre 1991; e, infine, l'art. 23, comma 4, della legge 17 febbraio 1992, n. 179, fece venir meno la previsione di ogni termine.

¹⁴ In particolare, l'art. 8 del d.l. n. 9/1982, così come modificato in sede di conversione dalla legge 25 marzo 1982, n. 94, prevedeva che «Prima di procedere all'annullamento delle concessioni assentite ai sensi del presente articolo, l'autorità competente deve indicare agli interessati gli eventuali vizi delle procedure amministrative e gli elementi progettuali o esecutivi che risultino in contrasto con le norme o i regolamenti vigenti, assegnando un termine non inferiore a trenta e non superiore a novanta giorni per provvedere alle modifiche richieste».

Un tentativo di riconoscere all'istituto del silenzio-assenso la natura di principio generale in materia edilizia si è avuto, poi, con il d.l. 8 aprile 1993, n. 101, che, nel confermare l'istituto ne ha esteso l'operatività, abolendo i limiti posti dalla precedente disciplina. Ciò, però, fintanto che, con una repentina inversione di marcia, il legislatore non decise di eliminare del tutto l'istituto del silenzio con l'art. 4 della legge 4 dicembre 1993, n. 493, sancendo nuovamente l'infungibilità del provvedimento espresso.

Sebbene vi siano stati ulteriori tentativi di ripristino del c.d. assentiamento silenzioso¹⁵, la prima formulazione dell'art. 20 del T.U. dell'edilizia che disciplina il procedimento di rilascio del permesso di costruire, prevedeva la formazione del silenzio inadempimento, con possibilità di intervento sostitutivo di un commissario *ad acta* di nomina regionale¹⁶, fino alle modifiche apportate alla norma dal d.l. n. 70/2011 (c.d. Decreto Sviluppo), che ha realizzato una radicale inversione di tendenza, reintroducendo la previsione del silenzio-assenso nel caso di omessa risposta comunale nei termini fissati dalla norma.

Nella sua attuale formulazione, infatti, l'art. 20 (T.U. dell'edilizia), una volta stabilito che la domanda per il rilascio del permesso di costruire, presentata allo sportello unico per l'edilizia, deve essere «accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati e adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico sanitarie, alle norme relative all'efficienza energetica», al comma 8, prevede che «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, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli

¹⁵ Nel dettaglio, ci si riferisce al d.l. 26 luglio 1994, n. 468, mai convertito e alla successiva decretazione d'urgenza (d.l. n. 551/1994 e d.l. n. 649/1994) a cui, però, fece subito seguito il d.l. 26 gennaio 1995, n. 24 che cancellò nuovamente l'istituto.

¹⁶ Per un approfondimento sulla disciplina della procedura prevista originariamente dagli artt. 20 e 21 del D.P.R. n. 380/2000, nonché sulle possibili ragioni per le quali il legislatore decise di non introdurre il silenzio-assenso, cfr.: V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6/2006, 207 s.s.

14 e seguenti della l. n. 241/1990¹⁷. Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti».

È interessante notare che l'ultimo periodo del citato comma è stato inserito recentemente con l'art. 10, comma 1, lettera *i*), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, proprio al fine di ridurre, attraverso l'attestazione rilasciata dal Comune, l'incertezza sulla formazione del titolo implicito¹⁸.

¹⁷ Al riguardo, è opportuno fare una precisazione per completezza, dato che controversa è stata anche l'applicabilità del meccanismo del silenzio-assenso nell'ipotesi in cui, sebbene vi fosse un vincolo paesaggistico, l'istante avesse già ottenuto in precedenza l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004. Più precisamente, secondo la ricostruzione contraria, dalla lettura della norma andrebbe desunta la chiara volontà legislativa di escludere, in presenza di vincoli posti a tutela di interessi sensibili, in qualsiasi caso l'operatività del silenzio-assenso per la formazione del permesso di costruire. Pertanto, a nulla rilevarebbe l'eventuale conseguimento in precedenza dell'autorizzazione paesaggistica. Sul punto, in senso opposto, si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato, sez. IV, 21 novembre 2023 n. 9969, secondo cui, a fronte del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, il diniego comunale di attestazione dell'inconfigurabilità del silenzio-assenso rappresenta un'errata applicazione dell'art. 20, comma 8, del D.P.R. n. 380/2001, nonché un'illegittima limitazione dell'operatività della fattispecie a formazione progressiva per *silentium*. Quest'ultima produrrebbe «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 e alla legge n. 241 del 1990».

¹⁸ Peraltro, disposizione simile, in quanto anch'essa volta – pur senza successo – al raggiungimento del medesimo obiettivo di certezza giuridica, è stata introdotta dal successivo d.l. n. 77/2021 nella disciplina del silenzio assenso di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990, in cui è stato aggiunto il un nuovo comma 2-*bis*. Quest'ultimo consta di due periodi, entrambi criticati in modo condivisibile dalla dottrina per la loro contraddittorietà e incapacità di produrre gli effetti desiderati. Nel dettaglio, al primo periodo prevede 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». Rileva, al riguardo, M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, cit., 49, che la previsione finisce

L'introduzione della attestazione sul decorso del termine testimonia, già di per sé, la difficoltà di far operare il silenzio in questo particolare ambito, anche in considerazione delle previsioni recate dai successivi commi 4 e 5 dell'art. 20 (T.U. dell'edilizia) che regolano, rispettivamente, le ipotesi di sospensione e di interruzione del termine di conclusione del procedimento, qualora occorra apportare al progetto modifiche di modesta entità o sia necessario acquisire atti che integrino o completino la documentazione presentata e che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o non acquisibili autonomamente.

Detta attestazione, peraltro, non certifica la sussistenza di tutti i presupposti che ai sensi dell'art. 12 del D.P.R. n. 380/2001 consentono il rilascio espresso del permesso di costruire, ma la sussistenza solo di quelli temporali di formazione del silenzio significativo. Ne consegue che l'unica certezza che si raggiunge con tale documento è quella circa la formazione tacita del titolo, ma non quella della sua legittimità.

Sebbene dalla lettura della norma appaia evidente che per il legislatore la formazione tacita del permesso di costruire, al di fuori delle esclusioni

per creare «un nuovo procedimento amministrativo che si innesta in quello già previsto per la formazione del silenzio assenso; riafferma la necessità di atto amministrativo espresso, laddove invece l'istituto del silenzio assenso si caratterizza proprio per essere una modalità di produzione di effetti giuridici che prescinde da un intervento esplicito dell'amministrazione; burocratizza e cartolarizza ulteriormente i rapporti tra privato e amministrazione». Il secondo periodo, invece, prevede che «Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445». Quanto agli effetti di tale previsione, particolarmente critica è poi la posizione assunta da M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Riv. Giur. ed.*, n. 3/2022, 171 s.s., secondo la quale la norma così formulata non sembra affatto risolutiva ma rischia soltanto di far «(...) ricadere sull'interessato chiamato a sostituirla la responsabilità della dichiarazione della sussistenza di tutti i presupposti per la formazione del silenzio. Da preannunciato e declamato strumento di garanzia di certezza per l'istante e di spendibilità del titolo tacito, la novella rischia così di tradursi in una ennesima "trappola" per chi, senza alcun intento fraudolento, in un contesto normativo notoriamente incerto e complesso ritiene che l'assenso richiesto rientra "nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1" e, conseguentemente, oltre ad avviare l'attività, dichiara ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000 che la sua istanza è stata implicitamente accolta, restando in tal modo esposto, nell'ipotesi – purtroppo ancora ricorrente – in cui un'amministrazione o un giudice ritenga invece che, nonostante il vano decorso del tempo, il silenzio – per asserito difetto di alcuno dei requisiti necessari – non si sia effettivamente formato, non soltanto alle sanzioni per l'esercizio di un'attività asseritamente abusiva, ma anche alle più gravi conseguenze previste per aver reso una dichiarazione non veritiera».

espresse, sia subordinata al solo requisito temporale di formazione del silenzio-assenso¹⁹, ovvero sia all'attestazione infruttuosa del decorso del termine (al pari di quanto previsto dal sistema delineato dall'art. 20 della l. n. 241/1990), è sorto il dibattito sul se gli effetti del silenzio si realizzino anche in assenza dei presupposti di legge necessari per la formazione del provvedimento espresso, in chiaro contrasto, peraltro, anche con quanto stabilito dall'art. 21, commi 1 e 2-ter, della l. n. 241/1990.

Tali norme, infatti, escludono il perfezionamento della fattispecie del silenzio-assenso, decorso il termine previsto per la sua formazione, non quando manchi uno dei requisiti di legge richiesti, ma soltanto nel caso in cui l'istante abbia rilasciato dichiarazioni mendaci o false attestazioni²⁰.

Di contro, per tutti gli altri casi in cui l'istanza del privato non risulti conforme alle previsioni vigenti, la norma si preoccupa di chiarire che la formazione del silenzio-assenso non fa venir meno la responsabilità del dipendente che non ha agito tempestivamente.

Di talché, l'unica interpretazione possibile dell'art. 20, comma 8, T.U.

¹⁹ L'affermazione può trovare conferma anche nella circostanza che in materia edilizia, ma non solo, esistono altre ipotesi di silenzio-assenso per la cui formazione – a differenza di quanto avviene nel caso del permesso di costruire – il legislatore prevede espressamente ulteriori requisiti. Emblematico, al riguardo, è il meccanismo del silenzio-assenso per le domande di condono che, con le dovute differenze in base alla legge condonistica, da sempre richiede anche la presentazione di un'ampia documentazione. Una disciplina volutamente più rigorosa proprio perché qui l'istante è un soggetto che ha realizzato un abuso edilizio, la cui sanatoria richiede maggiore prudenza. Sul punto, cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 2021, n. 3904; T.A.R. Campania, sez. VIII, 13 luglio 2021, n. 4815; T.A.R. Puglia, sez. III, 14 luglio 2021, n. 1211. In dottrina, invece, v. A. LICCI MARINI, *Silenzio assenso in materia edilizia*, in *Urb. e app.*, n. 6/2018.

²⁰ In ogni caso, bisogna tener conto anche della circostanza che spesso non si tratta di dichiarazioni o attestazioni volutamente false poiché gli amministratori possono riscontrare un'oggettiva difficoltà nell'individuare con precisione tutti i presupposti e i requisiti di legge necessari. Tuttavia, l'aspetto relativo all'elemento soggettivo tendenzialmente non viene preso in considerazione. Al riguardo, v. M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1/2022, 11 s.s., ove l'a. afferma che «(...) la "questione" è aggravata dal fatto che l'individuazione della sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge è inaccettabilmente affidata a difficilissime indagini e congetture sulla regola applicabile in un sistema normativo multilivello notoriamente farraginoso, complesso e, troppo spesso, contraddittorio ed è frequentemente affidata all'interpretazione di concetti giuridici indeterminati. Con la conseguenza che la falsità della dichiarazione o della attestazione è costruita dall'amministrazione e dal giudice amministrativo non già sull'antitesi con una realtà oggettivamente verificabile, ma sul contrasto con la loro interpretazione del quadro normativo e tecnico di riferimento.»

dell'edilizia, che sia coerente sia con gli artt. 20 e 21 della l. n. 241/1990 che con l'obiettivo di rilanciare il comparto economico dell'edilizia – sotteso alla riforma operata con il d.l. n. 70/2011 – è di ritenere che il silenzio si formi anche in presenza di istanze incomplete, purché non connotate dalla presenza di dichiarazioni false.

Del resto, la formazione tacita del titolo non elide la possibilità per il Comune di intervenire entro il termine stabilito dall'art. 20 (T.U. dell'edilizia) e comunque entro quello più lungo previsto dall'art. 21 *nonies* (l. n. 241/1990) nell'ipotesi in cui il tacito assenso abbia riguardato un intervento che non avrebbe potuto essere assentito perché privo dei requisiti²¹.

Nell'ipotesi in cui l'assenza dei presupposti per il rilascio del permesso di costruire non è stata nascosta all'amministrazione con dichiarazioni mendaci, però, trascorso il periodo in cui è possibile adottare provvedimenti di annullamento (oggi di 12 mesi) non è più possibile ordinare il ripristino dello stato precedente.

Si cristallizza quindi la lesione all'interesse pubblico che il Comune avrebbe dovuto garantire, rispetto alla quale si configura la peculiare ipotesi di responsabilità individuata dalla norma già richiamata.

Ciononostante, come anticipato, alcune pronunce giurisprudenziali, invocando una presunta antinomia tra la lettura delle norme suesposte e il richiamato art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 hanno finito per generare una apparentemente insanabile incertezza sulla formazione del titolo implicito e, di conseguenza, sui rapporti immanenti nell'ordinamento.

L'impressione è che tale orientamento costituisca un tentativo indebito da parte del potere giurisdizionale di limitare la portata di una chiara ed espressa previsione normativa, perché ritenuta incentivante il fenomeno dell'abusivismo. In questo senso, se sono condivisibili le preoccupazioni che si leggono in questa forzatura giurisprudenziale, non ci si può sottrarre alla legge cui anche il giudice è sottoposto ed è quindi necessario uno sforzo di sistema per trovare una soluzione equilibrata.

²¹ Peraltro, mentre l'art. 21, comma 1, della legge 241/1990 esclude l'operatività dei meccanismi disciplinati dagli artt. 19 e 20 della medesima legge per le attività avviate sulla base di dichiarazioni mendaci e false attestazioni, dal canto suo, l'art. 21-*nonies* prevede una disciplina differente per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti così formatosi. È evidente quindi che tra le due disposizioni manchi un chiaro coordinamento, come ampiamente sottolineato da M.A. SANDULLI, *Edilizia*, cit.

3. *Le interpretazioni giurisprudenziali divergenti sui requisiti di formazione del silenzio-assenso sull'istanza di permesso di costruire*

Il dibattito sugli elementi necessari per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia – è bene evidenziarlo sin da subito – riprende l'oramai superato contrasto tra coloro che inquadrano tale istituto in chiave provvedimentale, equiparandolo ad un provvedimento autorizzativo tacito²² e l'orientamento attualmente maggioritario, che lo qualifica come mero comportamento omissivo dal quale discendono *ex lege* gli effetti giuridici che sarebbero derivati dall'espressa emanazione del provvedimento favorevole²³.

Infatti, nonostante l'indirizzo del legislatore favorevole alla formazione del silenzio-assenso nel procedimento per il rilascio del permesso di costruire, con conseguente inefficacia dell'eventuale provvedimento tardivo, parte della giurisprudenza ha continuato a negare la formazione del titolo implicito per le domande di permesso di costruire prive di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi di volta in volta richiesti dalla legge.

Tale convinzione²⁴ – a lungo prevalente – si fonda sull'argomento che «non possa ottenersi per *silentium* quel che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte della PA»²⁵. Una conclusione quest'ultima, alla quale si giunge inevitabilmente se si parte dal presupposto che il silenzio significativo è una vera e propria *factio iuris*, in virtù

²² Fra tutti, v. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2010.

²³ N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2019.

²⁴ Cfr.: T.A.R. Puglia, sez. III, 14 gennaio 2016, n. 37; T.A.R. Lombardia, sez. II, 2 luglio 2018, n. 1640; T.A.R. Puglia, sez. I, 3 novembre 2020, n. 1187; T.A.R. Campania, sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171; T.A.R. Lazio, sez. I, 25 maggio 2022, n. 489; T.A.R. Umbria, sez. I, 1° ottobre 2022, n. 723; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805; Consiglio di Stato, sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3317; Consiglio di Stato, sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529; Consiglio di Stato, sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629; Consiglio di Stato, sez. IV, 1° luglio 2021, n. 5018; Consiglio di Stato, sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 8529, secondo cui «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». Pertanto, allorché «il progetto sia oggettivamente contrastante per le previsioni pianificatorie, non vi è spazio logico, né prima ancora, margine giuridico, per ritenere formato per *silentium* il titolo edilizio».

²⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4273.

della quale è possibile realizzare gli effetti di un provvedimento autorizzativo favorevole non formalmente emesso, autonomamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo da eventuali controinteressati.

Ammettendo il contrario, infatti, secondo tale orientamento, più principi che regolano l'esercizio dell'azione amministrativa ne risulterebbero pregiudicati, primi fra tutti quelli di buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.).

Più precisamente, si è sostenuto che la conformità dell'intervento richiesto alla disciplina edilizia e urbanistica vigente debba essere considerata una condizione indefettibile perché non si determini una «disparità tra ipotesi sostanzialmente identiche, dipendente solo dal sollecito (o meno) esercizio del potere amministrativo e – dove non fosse ipotizzabile l'intervento in via di autotutela dell'amministrazione – si verrebbe a configurare una “disapplicazione” di norme per mero (e causale) decorso del tempo»²⁶. Secondo tale orientamento, il silenzio, proprio perché equivalente al provvedimento amministrativo espresso, non potrebbe certo arrivare ad incidere in senso abrogativo sull'esistenza del regime autorizzatorio che deve rimanere inalterato, in ossequio al principio di legalità.

La presenza richiesta dalla giurisprudenza della condizione della piena conformità delle opere alla regolamentazione urbanistica, accanto alla inefficienza dell'organizzazione amministrativa nell'esercizio tempestivo dei suoi poteri di controllo, ha però inevitabilmente implementato l'incertezza che da sempre connota l'operatività dell'istituto del silenzio significativo in materia²⁷.

Tale incertezza è infatti causata proprio dalla difficoltà di attribuire un significato chiaro e univoco al comportamento inerte dell'amministrazione e finisce per ricadere sull'istante, spettando a quest'ultimo la responsabilità di verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti abilitanti l'esercizio dell'attività di suo interesse.

Detto onere, se può considerarsi soddisfatto con la corretta e fedele

²⁶ Cons. St. n. 3317/2018.

²⁷ Sulle implicazioni del ricorrere alle misure di semplificazione per il conseguimento del risultato giuridico, così da ovviare all'inefficienza amministrativa, cfr.: M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2002; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall'amministrazione” alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, 101 s.s.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione e garanzia: due strade talvolta configgenti*, in *Scritti in onore di E. CASSETTA*, vol. II, Napoli, 2001, 588 s.s.;

compilazione della domanda di permesso di costruire e dei suoi allegati tecnici quando si tratti di relazionare e dichiarare requisiti squisitamente oggettivi, che richiederebbero nel corso dell'istruttoria un mero accertamento tecnico, non è di facile assolvimento, invece, quando, oltre a detti elementi oggettivi, ve ne sono altri soggetti ad un vaglio di discrezionalità tecnica²⁸. In questo secondo caso, infatti, l'interpretazione delle norme di riferimento da parte del privato, potrebbe non coincidere con quella

²⁸ Aspetto quest'ultimo, più volte ribadito dalla giurisprudenza, da ultimo, cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 2022, n. 9664, secondo cui «Il permesso di costruire (...) è un provvedimento autoritativo che, per quanto privo di indole concessoria, ha natura solo tendenzialmente vincolata perché richiede sempre un minimo esercizio di discrezionalità e lo svolgimento di un'attività istruttoria complessa, quantomeno in ordine all'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge e dalla disciplina pianificatoria per il rilascio dei titoli». Interessante, al riguardo, è la pronuncia del T.A.R. Campania, sez. VIII, 5 febbraio 2014, n. 988, che si sofferma anche nella enunciazione di alcuni esempi di accertamenti meramente tecnici e di altri che presentano oggettivamente dei profili di discrezionalità-tecnica. Nel dettaglio, il collegio condivide l'orientamento secondo cui «il potere di rilascio del permesso di costruire – così come anche per gli altri titoli edilizi – si risolve nell'esercizio di un'attività vincolata, nel senso che ogni valutazione discrezionale amministrativa va rintracciata in sede di redazione dello strumento generale di pianificazione urbanistica. Tuttavia, la verifica di compatibilità tra previsioni generali urbanistiche e loro applicazione al momento della presentazione di una proposta progettuale di uno specifico intervento si colora di indiscussi momenti di apprezzamento tecnico-discrezionale; qui, volendo ricorrere alle categorie tradizionali, possono rintracciarsi ambiti in cui la verifica di compatibilità tra progetto e previsioni di piano si limita alla constatazione di dati reali e momenti in cui all'amministrazione è rimesso un più ampio margine di apprezzamento che sfugge all'applicazione di parametri predeterminati, per ancorarsi a più elastici criteri di natura tecnico discrezionale. Ricadono nella prima categoria accertamenti di parametri di edificazione, quali l'altezza, la superficie, il volume ed il rispetto delle distanze, in cui all'amministrazione è demandata una mera misurazione di dati progettuali. È invece richiesta l'applicazione di regole tecniche più elastiche nella verifica di aspetti quali l'esistenza di sufficienti standards urbanistici di zona, l'eventuale dislocazione dell'opera e soprattutto la sua destinazione funzionale».

Tali profili di discrezionalità, peraltro, non riguardano soltanto la fase propedeutica al rilascio del permesso di costruire ma anche ad esempio la concessione del beneficio della proroga dei termini per l'esecuzione dei lavori, come chiarito dal Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 2021, n. 7373, che con riguardo all'esercizio dei poteri di cui all'art. 15 del D.P.R. n. 380/2001 esclude che siano interamente vincolati. In particolare, i giudici evidenziano come l'esercizio della funzione pubblica, in tal caso, non si espliciti nel mero svolgimento di adempimenti istruttori ma anche di valutazioni discrezionali di natura tecnico amministrativa sulle ragioni della proroga.

dell'amministrazione in sede di verifica, nell'ambito di un quadro normativo tutt'altro che chiaro, in cui talvolta si sovrappongono diverse discipline settoriali²⁹.

In tale ultima ipotesi, infatti, pur in presenza di una domanda completa e fedele, il privato si troverà esposto ad una incertezza del titolo *sine die* che appare in contrasto col sistema normativo descritto in premessa. Ciò, se non paralizza le attività economiche quantomeno non ne semplifica ma ne complica l'esercizio; oltre a determinare un notevole e inevitabile incremento del volume del contenzioso causato dalla confusione creata sul piano della formazione e protrazione degli effetti del silenzio-assenso.

Nel quadro delineato si è inserito anche il giudice penale con la conseguenza per il titolare di un permesso di costruire formatosi tacitamente di essere anche ritenuto colpevole del reato di costruzione abusiva in caso di permesso di costruire esistente, ma illegittimo. La questione sottende la *vexata quaestio* della rilevanza dell'illegittimità dell'atto amministrativo nel giudizio penale, ogniqualvolta, come nel caso di specie, la configurazione del reato dipenda dall'aver posto in essere una condotta senza il preventivo assenso dell'amministrazione³⁰.

In argomento la giurisprudenza penale – pur avendo a lungo dibattuto sulle differenti tecniche di sindacato penale sul titolo abilitativo edilizio illegittimo³¹ – si è infatti assestata sulla convinzione che la semplice pre-

²⁹ In argomento, v. *supra* nota n. 21.

³⁰ Per una recente ed ampia ricostruzione delle tecniche utilizzate nel tempo dal giudice penale per sindacare i provvedimenti amministrativi, v. S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2023, 229 ss., per il quale «Fra le tecniche di sindacato sull'azione amministrativa, sviluppate dal giudice penale, le più rilevanti sono rappresentate da quelle che fanno riferimento: 1) alla disapplicazione del provvedimento amministrativo, utilizzando un potere conferito dalla legge solo al giudice civile ordinario; 2) alla c.d. concezione sostanziale della tutela penale del territorio, che ha condotto il giudice penale a introdurre nel nostro ordinamento una figura di reato di origine giurisprudenziale e che può essere denominata anche “disapplicazione mascherata o occulta”; 3) alla rielaborazione e manipolazione della disposizione che disciplina il reato di abuso di ufficio, ampliandone la portata sanzionatoria, al di là dei casi espressamente previsti, con conseguente dequotazione dei criteri selettivi introdotti dal legislatore».

³¹ In ordine al dibattito che ha riguardato, in particolare, la disapplicazione delle licenze edilizie e delle concessioni edilizie v. S. PERONGINI, *op. ult. cit.* Il quale ricostruisce tale contrasto interpretativo, affermando che – in estrema sintesi – lo stesso si è polarizzato prevalentemente su due posizioni: per parte della giurisprudenza, la concessione edilizia illegittima era equiparabile ad una concessione insistente, potendo

senza del permesso di costruire non vale di per sé ad escludere l'illiceità dell'attività edilizia, non conforme alle prescrizioni urbanistiche-edilizie³².

il giudice penale procedere alla disapplicazione dei provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865, all. E); di diverso avviso era, invece, altra parte della giurisprudenza, secondo la quale il giudice sarebbe tenuto a valutare la legittimità del titolo edilizio abilitativo, essendo inevitabilmente oggetto del suo accertamento penale volto all'identificazione in concreto di tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice.

Il vivace dibattito è stato poi condizionato dall'intervento di due note pronunce della Cassazione a Sezioni Unite delle quali, per completezza, non può non darsi conto. La prima fu la sentenza del 31 gennaio 1987, n. 3 (c.d. Giordano), che diede una battuta d'arresto all'allora diffuso orientamento favorevole alla disapplicazione da parte del giudice penale del titolo edilizio illegittimo, sostenendo, riguardo alle anzidette disposizioni della l. n. 2248/1865, all. E, quanto segue: «(...) le norme in questione non introducono affatto un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto obiettivo, ma (che), al contrario, il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio». La seconda pronuncia, invece, fu la sentenza del 21 dicembre 1993, n. 1165 (c.d. Borgia), secondo cui «Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma – nell'esercizio della potestà penale – è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguenda o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela (...). In considerazione dell'enunciato principio, non può ritenersi che, sussistendo l'accertata aporia dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale debba ugualmente concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzanda senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici».

³² Più precisamente, ad oggi, essa tendenzialmente ritiene che «Nell'ipotesi in cui si edifichi con permesso di costruire illegittimo, non rileva la disapplicazione di un atto amministrativo, in quanto la questione riguarda, piuttosto, il potere di accertamento del giudice penale dinanzi ad un provvedimento che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In questi casi, non si tratterebbe né di applicabilità, né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante. Ne consegue che la contravvenzione di esecuzione di lavori "sine titulo" sussiste anche nel caso in cui il permesso di costruire, pur apparentemente formato, sia illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia di fonte normativa o risultante dalla

In particolare, a suscitare preoccupazioni ulteriori in termini di stabilità degli effetti prodotti dal permesso di costruire *per silentium*, è l'espreso riferimento – quale possibile presupposto della configurabilità del reato edilizio – ad un permesso di costruire “apparentemente” formato ma illegittimo, trovandoci in un contesto in cui non vi è alcuna certezza sugli elementi necessari per la buona riuscita del meccanismo del c.d. assentiamento silenzioso.

Aspetto quest'ultimo da cui discende l'assurda conseguenza in uno Stato di diritto che il privato, agendo nella convinzione di possedere un legittimo titolo abilitativo all'esercizio dell'attività edilizia, si ritrovi a subire conseguenze penali per il suo “ingenuo” affidamento sulla corretta formulazione dell'istanza e delle dichiarazioni di conformità dell'intervento alle norme di riferimento da parte del tecnico incaricato e sulla sufficienza del mero decorso infruttuoso del termine di conclusione del procedimento, quale requisito legittimante la condotta tenuta.

La descritta interpretazione “restrittiva” di parte della giurisprudenza amministrativa e penale ignora del tutto, però, la chiara volontà legislativa di equiparare gli effetti del silenzio a quelli del provvedimento espresso, rispetto alla quale non vi dovrebbero essere più dubbi, specie in seguito all'espressa abrogazione del comma 2 dell'art. 21 della l. n. 241/1990³³ che estendeva le sanzioni «previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso (...) anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente».

Del resto, in questa stessa direzione va anche la recente introduzione del comma 8-*bis* nell'art. 2 della l. n. 241/1990³⁴ con cui il legislatore, nel

pianificazione, laddove invece la “macroscopica illegittimità” del permesso di costruire, mentre non costituisce una condizione essenziale per l'oggettiva configurabilità del reato, può solo rappresentare un significativo indice sintomatico della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito.» (Corte di cassazione, sez. III, 25 febbraio 2022, n. 14977).

³³ Il comma è stato abrogato dall'art. 6, comma 1, lettera b), n. 2) della l. n. 124/2015.

³⁴ Nonché l'introduzione del nuovo comma 2-*bis* nell'art. 20 della l. n. 241/1990 che impone all'amministrazione di «rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda». Nel dettaglio, il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo stabilisce 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

tentativo di soddisfare l'esigenza di un bilanciamento tra la semplificazione, assurta a bene o valore di natura finale, e l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, volto a garantire la certezza dei rapporti giuridici degli amministrati, ha stabilito l'inefficacia dei provvedimenti emessi oltre i termini definiti dalla legge generale sul procedimento o da quelle specifiche di settore³⁵.

Tale intervento ha l'evidente fine di consegnare alla responsabilità delle amministrazioni tenute ad esprimersi a tutela di interessi pubblici, anche sensibili, la formazione tacita di un provvedimento che non avrebbe dovuto essere emesso, a maggiore garanzia del privato.

Ed è presumibilmente partendo da tale consapevolezza che di recente il Consiglio di Stato³⁶ ha preso le distanze dal descritto orientamento.

In particolare, pur facendo leva sul medesimo presupposto su cui si fonda l'orientamento restrittivo, per cui sulla base di un elemento casuale, qual è il comportamento attivo o inerte dell'amministrazione, non sia ammissibile l'applicazione di una disciplina differente, giunge a conclusioni diametralmente opposte, applicando queste coordinate non

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.» In tema, v. M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co-8 bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso. Primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *www.ambientediritto.it*, n. 1/2021; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2020, 337 s.s.; B. VERZICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali dell'emergenza pandemica*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, 161 s.s.; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.

³⁵ Sebbene, vi sia già stato il tentativo di escluderne a priori l'applicabilità al procedimento di rilascio per il permesso di costruire, sul presupposto che quest'ultimo sarebbe oggetto di una disciplina autonoma e speciale. Cfr.: T.A.R. Lazio, sez. II-*bis*, 26 novembre 2022, n. 15822, secondo cui l'anzidetta specialità dell'art. 20 del D.P.R. n. 380/2001 sarebbe desumibile dalla circostanza che tale norma non sia stata richiamata dall'art. 20 della l. n. 241/1990, nonché «dalla diversa disciplina che i decreti legge n. 76/2020 e n. 77/2021, ovvero le stesse norme che hanno modificato l'art. 2 l. n. 241/1990, hanno introdotto in punto di documentazione del silenzio assenso».

³⁶ Cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 8 luglio 2022, n. 5746; Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2661.

già ai presupposti per la formazione del permesso di costruire, ma a quelli per la formazione del silenzio-assenso.

Il principio recentemente affermato è, infatti, quello 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». Diversamente, infatti, si riconoscerebbe ai titoli così formati un trattamento differenziato, posto che finirebbero per essere sottratti alla disciplina dell'annullabilità ma soprattutto «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 (...)»³⁷.

Riconoscere, invece, che la mancanza dei requisiti richiesti dalla legge non impedisce il perfezionamento del titolo abilitativo silenzioso ma ne comporta soltanto l'annullabilità per violazione di legge è – secondo la ricostruzione prospettata – maggiormente conforme all'intento semplificatorio e ai principi di collaborazione e buona fede³⁸ tra amministrazione e amministrati (art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990), nonché alle esigenze di tutela del legittimo affidamento eventualmente ingenerato in quest'ultimi.

Nessun «vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo riconoscere gli effetti della domanda»³⁹.

4. *Una chiave di lettura alla luce della natura del permesso di costruire*

Il progressivo allineamento della interpretazione giurisprudenziale alla volontà del legislatore, appare l'esito più corretto anche con riguardo alla natura del permesso di costruire.

Negli ultimi anni, come anticipato, è profondamente mutato il regime giuridico dei titoli edilizi⁴⁰ secondo un chiaro disegno che ha voluto man-

³⁷ Cons. St. n. 2661/2023

³⁸ In tema, v. *supra* nota n. 10.

³⁹ Cons. St. n. 5746/2022.

⁴⁰ Il T.U. dell'edilizia, infatti, è stato più volte modificato nel corso degli ultimi anni, nella parte che disciplina i titoli edilizi, dalla normativa in materia di semplificazione e in particolare, da ultimo, con il d.l. 29 maggio 2024 n. 69, convertito dalla legge 15 luglio 2024, n. 105. In precedenza, invece, di rilievo sono state anche le modifiche apportate dall'art. 3 del d.lgs. n. 222/2016, attuativo dell'articolo 5 della l. n. 124/2015

tenere subordinati all'attività autorizzativa dell'amministrazione, attraverso l'adozione di un apposito titolo, i soli interventi destinati a trasformare il territorio mediante la edificazione di una nuova costruzione, nonché la ristrutturazione di un edificio preesistente, di portata tale da modificarne volumetria e sagoma, oltre alla ristrutturazione urbana⁴¹.

(cd. legge Madia) in materia di semplificazione dei titoli amministrativi. Attualmente, il T.U. distingue attività completamente liberalizzate (art.6), fra cui rientrano gli interventi di manutenzione ordinaria e altri considerati minori (come l'abbattimento delle barriere architettoniche, l'installazione di impianti tecnologici o temporanee come le ricerche geognostiche, i movimenti di terra o le serre temporanee); attività liberalizzate che richiedono una comunicazione che per alcuni interventi deve essere asseverata (art.6-*bis*), nella quale sono ricompresi gli interventi non riconducibili agli elenchi degli articoli che disciplinano gli altri titoli edilizi; attività subordinate a segnalazione certificata di inizio attività (art. 22), quando gli interventi riguardino parti strutturali dell'edificio, nonché gli interventi di ristrutturazione edilizia diversi da quelli di ristrutturazione cosiddetta pesante o le varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie; infine, interventi sottoposti a permesso di costruire (art. 10) fra cui: gli interventi di nuova costruzione, gli interventi di ristrutturazione urbanistica e gli interventi di ristrutturazione edilizia. Questi stessi interventi, secondo l'art. 23 del T.U. dell'edilizia, così come recentemente modificato dal d.lgs. n. 122/2016, possono essere realizzati, in alternativa al permesso di costruire, mediante segnalazione certificata di inizio attività (comma.1, lett. *a*). Il medesimo art. 23, co. 1, prevede, alle seguenti lettere *b*) e *c*), che possano essere realizzati mediante s.c.i.a. anche gli interventi di nuova costruzione qualora già disciplinati da piani attuativi o da accordi negoziali, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive (lett. *b*) o che siano diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche (lett. *c*).

⁴¹L'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001, come noto, contiene al comma 1 le definizioni degli interventi edilizi di "manutenzione ordinaria" (lett. *a*), di "manutenzione straordinaria" (lett. *b*), fra cui «sono ricompresi anche il frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione d'uso; di "restauro e risanamento conservativo» (lett. *c*), di "ristrutturazione edilizia" (lett. *d*), di "nuova costruzione" (lett. *e*) e di "ristrutturazione urbanistica" (lett. *f*). Vi è, poi, la categoria di chiusura del sistema costituita dagli interventi di "nuova costruzione", riportata alla lettera *e*), costruita secondo il criterio della residualità, in cui rientrano tutte quelle opere non comprese nelle lettere da *a*) a *d*), oltreché alcuni interventi espressamente elencati nelle sottoarticolazioni da *e.1*) a *e.7*). D'altra parte, nell'art. 10, co. 1, lì dove il legislatore detta la disciplina dei titoli edilizi e in particolare del permesso di costruire, è stata inserita la definizione, alla lett. *c*), degli "interventi di cosiddetta ristrutturazione pesante". In proposito, sia consentito un rinvio a B. MERCURIO, *Regime dei titoli edilizi*, cit., pp. 287, 288.

In tutti gli altri casi, relativi ad interventi su immobili già esistenti, il titolo edilizio o non è richiesto affatto, ed è il caso dell'attività edilizia libera, che necessita di una semplice comunicazione, o può essere autoprodotta dal privato, mediante una gamma di segnalazioni e comunicazioni certificate.

Tale recente assetto, finalizzato, come noto, a liberalizzare e semplificare l'attività edilizia, si fonda sul presupposto che la stessa non richieda quasi mai l'esercizio di un potere discrezionale di valutazione e bilanciamento dei diversi interessi pubblici incisi dall'iniziativa privata⁴², in quanto tali valutazioni sarebbero svolte, a monte, in sede di pianificazione urbanistica⁴³.

Alla pianificazione urbanistica, infatti, sarebbe riservata la limitazione e la conformazione delle modalità di godimento della proprietà privata⁴⁴ agli interessi pubblici coesistenti in un dato territorio attraverso la funzionalizzazione della proprietà a fini sociali, secondo quanto stabilito dai principi costituzionali che regolano i rapporti economici⁴⁵ e dal codice civile che impone al proprietario l'osservanza delle prescrizioni contenute nei regolamenti edilizi per le costruzioni e per le riedificazioni o modificazioni delle costruzioni esistenti.

In tale assetto, si vanno progressivamente restringendo gli ambiti di esercizio di potere discrezionale nel passaggio dalla pianificazione generale, caratterizzata da discrezionalità ampia a quella attuativa, in cui prevalgono elementi di discrezionalità tecnica, fino alla formazione dei titoli edilizi in cui lo spazio della scelta risulterebbe pressoché esaurito⁴⁶.

Di conseguenza, la funzione svolta dalla amministrazione pubblica sull'attività edilizia, si qualifica, soprattutto, come controllo; di tipo preventivo sulla conformità alle regole urbanistiche negli interventi per cui è

⁴² P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti. Garanzia della proprietà e scelte della P.A.*, Padova, 2002.

⁴³ M.S. GIANNINI, *Sull'imputazione dei piani regolatori*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, II, 882 ss. (ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2003, 299 ss.).

⁴⁴ G. ABBAMONTE, *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, in *Il diritto urbanistico in cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M.A. SANDULLI, M. SPASIANO e P. STELLA RICHTER, Napoli, 2007, 177 ss.

⁴⁵ G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1998, agg. II, 796 ss. «le motivazioni socio-economiche delle scelte in cui si esprime la pianificazione territoriale sono sostanzialmente intese alla programmazione della vita socio-economica della comunità».

⁴⁶ N. ASSINI e P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2012.

previsto il rilascio del permesso di costruire o successivo sulla veridicità delle dichiarazioni e certificazioni prodotte dal privato in tutte le altre ipotesi in cui l'attività edilizia è stata liberalizzata o semplificata⁴⁷.

Ciò è evidente nelle modifiche che, a partire dal 2001, con l'approvazione del D.P.R. n. 380 e con una netta accelerazione dal 2010 in poi⁴⁸, hanno riguardato la materia, in cui il legislatore ha progressivamente sottratto alla valutazione dell'amministrazione la formazione della gran parte dei titoli edilizi⁴⁹, sul presupposto che potesse essere trasferito nella sfera di responsabilità del privato l'accertamento della sussistenza dei relativi presupposti, già tutti predefiniti dalla legge o dai piani⁵⁰. Peraltro, il novero degli interventi di semplificazione, proprio di recente, si è ampliato ulteriormente con l'adozione del d. l. n. 69/2024, convertito con l. n. 105/2024, recante «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione edilizia e urbanistica». Il c.d. Decreto Salva Casa, infatti – per quanto di interesse in questa sede – modifica più disposizioni del D.P.R. n. 380/2001, estendendo l'ambito delle attività qualificate come edilizia libera o soggette alla mera comunicazione di inizio lavori asseverata.

⁴⁷ Una volta spirato il termine previsto per l'esercizio dei poteri inibitori originari, il potere amministrativo di controllo e di conformazione dell'attività privata non può che considerarsi in ogni caso assoggettato alle regole di cui al primo comma dell'art. 21 *nonies* (l. n. 241/1990) e assoggettato alle limitazioni previste dalla norma, e che «(...) per un efficace coordinamento occorrerà tener conto “in concreto” dei contenuti del potere di intervento *ex post* (repressivo, inibitorio o conformativo) nel caso di SCIA: trattandosi “a monte” di attività vincolata da parte dell'amministrazione, limitata alla sola verifica della sussistenza dei requisiti di legge, anche l'intervento “a valle” deve avere le medesime caratteristiche di attività vincolata» (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, 30 marzo 2016, n. 839, paragrafo 8.2.2.).

⁴⁸ Fino al 2010, invero, il dibattito ha avuto ad oggetto soprattutto la dichiarazione di inizio attività e ha riguardato, sia in dottrina che in giurisprudenza, la qualificazione dell'istituto come strumento di semplificazione o liberalizzazione e la possibilità per le Regioni di ampliare le fattispecie sottoponibili a tale dichiarazione sulla base del riparto di competenze fra Stato e Regioni in materia di Governo del territorio.

⁴⁹ M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. amm.*, 2003, 507 ss.

⁵⁰ Più nel dettaglio, ciò vale: per i casi di liberalizzazione; per quelli di semplificazione, come la formazione del permesso di costruire per silenzio-assenso sull'istanza asseverata dal privato; per alcuni casi di semplificazione come la S.c.i.a. alternativa al permesso di costruire, disciplinata dall'art. 23 del D.P.R. n. 380/2001; nonché per alcuni istituti contenuti in leggi regionali, come la definizione di istanze di condono con procedura di autocertificazione prevista dalla Legge della Regione Campania 18 novembre 2004, n. 10.

Al fine di bilanciare questa forma di liberalizzazione viene assegnato alla pubblica amministrazione, entro i limiti temporali che la legge ha, via via però, sempre più ristretto, l'esercizio del potere di autotutela sui permessi rilasciati e del potere di inibizione sui titoli autoprodotti, con effetti ripristinatori, peraltro non sempre assicurati⁵¹.

La descritta spinta acceleratoria, dunque, non fa dubitare del fatto che l'amministrazione conservi la propria competenza esclusiva, sebbene temperata dagli strumenti di semplificazione, in presenza di quelle ipotesi in cui si è ritenuto necessario ancora l'intervento del potere pubblico e il correlato esercizio della connessa funzione che, quindi, non può essere trasferita al privato⁵².

Ed invero, anche prima della stagione delle riforme, la dottrina aveva evidenziato come il controllo esercitato dall'amministrazione attraverso il consenso sull'attività del privato, non si esaurisse nell'attività vincolata o, al più connotata da discrezionalità tecnica di verifica di conformità alle

⁵¹ Ed infatti, con riferimento al potere di autotutela in relazione a un titolo espressamente rilasciato, come un permesso di costruire, è necessario che sussista, ai fini dell'annullamento, un interesse pubblico ben circostanziato (Consiglio di Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8). Si rammenta, poi, che anche il fattore tempo gioca un ruolo decisivo a fronte della ormai conclamata infondatezza della “teoria dell'inconsumabilità del potere”, altrimenti nota come “perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi?” (Consiglio di Stato, sez. II, 7 giugno 1995, n. 2917). Tali limiti temporali sussistono anche con riferimento all'annullamento in autotutela di un titolo ottenuto mediante s.c.i.a. (Consiglio di Stato, 30 marzo 2017, n. 3462). Del resto anche il potere di controllo sull'attività liberalizzata, ai sensi dell'art. 19, comma 6-bis, della l. n. 241/1990, da cui discende il potere inibitorio, è esercitabile nel più breve periodo di trenta giorni (sul punto v. T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667 sulle incertezze del termine per le verifiche sulla legittimità della s.c.i.a.).

Più in generale, sul potere di autotutela dell'amministrazione M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2019. Quanto, invece, alla teoria dell'inconsumabilità del potere si suggerisce di v. F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1980.

⁵² Trattasi dei seguenti casi: a) quando l'esercizio dello *ius aedificandi* si realizzi attraverso l'edificazione di una nuova costruzione; b) nel caso di cambio di destinazione d'uso se urbanisticamente rilevante; c) nella trasformazione di suolo prima non occupato, essendo in questo caso richiesto un apprezzamento dell'incidenza delle opere di cui si chiede l'autorizzazione sul contesto territoriale in cui le stesse andranno ad insistere, anche in relazione al nuovo suolo che dovrà essere consumato.

norme ed ai piani, ma fosse talvolta più ampia, qualificandosi, soprattutto in assenza di punti certi di riferimento, come vero e proprio esercizio di potere a tutela degli interessi, espressione addirittura di discrezionalità pura, come limite politico al consenso da prestare⁵³. Del resto, la qualificazione del permesso di costruire come provvedimento di natura pienamente vincolata non è stata per lungo tempo pacifica e la giurisprudenza tendeva a ricondurre entro tale fattispecie le sole ipotesi per le quali il legislatore aveva previsto la S.c.i.a., ritenendo invece che nei casi in cui fosse previsto il rilascio del permesso di costruire fosse necessario un procedimento amministrativo, proprio per assicurare l'esatta valutazione di tutti i profili di discrezionalità tecnica-amministrativa. Solo di recente la giurisprudenza ha modificato il proprio orientamento nel senso di ritenere il permesso di costruire pienamente vincolato.

La circostanza però che si sia passati in breve tempo da una disciplina che escludeva dal vaglio dell'amministrazione le sole attività minori (manutenzione ordinaria, abolizione delle barriere architettoniche ed indagini geotermiche) ad una che liberalizza la gran parte degli interventi edilizi precedentemente sottoposti ad autorizzazione, avrebbe dovuto indurre a ritenere irrinunciabile ed imprescindibile la funzione di controllo svolta dalla pubblica amministrazione mediante il procedimento autorizzatorio, collegato all'esercizio di una funzione espressamente mantenuta dal legislatore in capo all'autorità pubblica⁵⁴.

⁵³ F. BENVENUTI, *L'edilizia e le funzioni locali nel territorio tutelato*, Atti del Convegno (Cortina d' Ampezzo, 1992), 1992, 85 ss.

⁵⁴ Sulla inidoneità delle esigenze di semplificazione amministrativa a legittimare una sostanziale rinuncia all'esercizio del potere pubblico, si pronunciava già M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere*, 3041 ss. Per l'a., infatti, la semplificazione amministrativa dovrebbe tradursi «nel diritto ad una *celere consapevolezza della fondatezza e della misura delle proprie pretese*: un contesto (...) che non pone in discussione l'utilità e persino il ruolo strategico che la pubblica amministrazione può e deve assumere nella promozione e nella cura degli interessi meta-individuali». Egli rimarca «(...) l'esigenza di un'amministrazione chiamata ad esercitare i suoi poteri in forma manifesta e nei tempi strettamente necessari, non «celata» dietro silenzi o forme di pseudo-liberalizzazione sostitutive di responsabilità (...), dall'incerta definizione giuridica e soprattutto dai fuorvianti esiti. (...)». A questo punto, delle due l'una: o si ha il «coraggio» di liberalizzare le attività (...), oppure le attività vanno sottoposte a regolamentazione, ma allora le strutture ad esse preposte siano chiamate effettivamente ad esercitare le loro funzioni in tempi congrui. Soggetti pubblici preposti all'esercizio di attività di mera autotutela e sanzionatoria – piuttosto che di amministrazione attiva – non paiono in linea con il disegno prefigurato dalla Carta Costituzionale».

Tuttavia, il fatto che ciò non sia avvenuto non può giustificare il descritto orientamento “restrittivo” della giurisprudenza, in quanto è chiara la volontà del legislatore di attribuire al mero decorso del tempo la produzione di effetti favorevoli all’istante.

Tanto più, dopo la novella apportata fin dal 2015⁵⁵ all’art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 che ha esteso anche ai casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell’articolo 20, ossia per silenzio, i limiti temporali per l’esercizio del potere di annullamento d’ufficio in autotutela previsti per i provvedimenti espressi, con la conseguenza che la disciplina del provvedimento tacito e di quello espresso sono state pienamente equiparate.

Dunque, trascorsi i dodici mesi previsti per l’annullamento del permesso di costruire tacito, il titolo si cristallizza anche nell’ipotesi in cui lo stesso non avrebbe potuto essere rilasciato per carenza di uno o più presupposti, a meno che la sussistenza degli stessi non sia stata falsamente dichiarata nella domanda. Solo in questa ipotesi, infatti, il privato resta esposto *sine die* all’annullamento, ai sensi del comma 2 *bis* del citato articolo della legge sul procedimento amministrativo, nei tassativi casi previsti dalla norma stessa⁵⁶.

Tuttavia nei dodici mesi in cui il privato resta esposto al rischio di esercizio dell’annullamento in autotutela del titolo tacito, gli effetti favorevoli per l’economia che l’istituto semplificatorio intenderebbe perseguire risultano indeboliti. La prassi, infatti, sta evidenziando un crescente scetticismo del mercato nei confronti dell’istituto del silenzio rispetto al permesso di costruire espresso, tale per cui, nei rapporti civilistici, si sviluppano clausole contrattuali volte a tutelare il soggetto terzo rispetto al rapporto pubblicistico relativo al titolo edilizio, (dall’istituto di credito che eroga un mutuo o un finanziamento per la realizzazione dell’intervento, al mediatore che assume l’incarico di vendere al compratore) dalla possibile illegittimità sopravvenuta dello stesso, valido ed efficace al momento della vendita⁵⁷. Tali timori si traducono in minore sicurezza e conseguentemen-

⁵⁵ Più precisamente con la l. n. 124/2015.

⁵⁶ Ossia quando il titolo sia stato conseguito 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.

⁵⁷ ANCE, Dossier “*Il silenzio assenso nel permesso di costruire*”, maggio 2021, consultabile al seguente indirizzo: <https://biblus.acca.it/download/dossier-ance-pdc-e-silenzio-assenso-maggio-2021/>; P. VERNA, *Edilizia, permesso di costruire tacito? Il privato ha sempre la possibilità di chiedere un provvedimento espresso*, in <https://nplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com/art/edilizia-permesso-costruire-tacito-privato-ha-sempre-possibilita-chiedere-provvedimento-espresso-ADQWDSM>, 2020.

te in un rallentamento degli scambi economici che la disciplina oggetto di analisi intendeva invece favorire.

Inoltre, il ravvedimento postumo dell'amministrazione può intervenire quando oramai alcuni interessi pubblici siano già definitivamente compromessi e difficilmente recuperabili anche con il ripristino e di ciò non si può non tenere conto in un esame critico dell'istituto.

5. *Il silenzio assenso tra Amministrazioni: una premessa necessaria*

L'incertezza in cui viene a trovarsi colui che propone una istanza all'amministrazione pubblica, sui requisiti in presenza dei quali può ritenere che il silenzio dell'amministrazione sia produttivo di effetti a lui favorevoli, sussiste anche in procedimenti complessi in cui intervengono più amministrazioni che si concludono con l'adozione di un provvedimento finale espresso, ma che nel corso del procedimento prevedono il propedeutico intervento di un ulteriore provvedimento che, invece, potrebbe formarsi tacitamente.

La procedura per il rilascio del permesso di costruire esclude, infatti, la formazione dello stesso per *silentium* qualora l'area di interesse coinvolga uno dei c.d. interessi sensibili e prevede per tali ipotesi una disciplina particolare, rinviando al modulo procedimentale della conferenza dei servizi, che va impiegato per acquisire nel più breve tempo possibile l'atto di assenso occorrente⁵⁸.

Spesso, come si anticipava nelle pagine precedenti, accade che l'area sia sottoposta ad un vincolo paesaggistico e, in tal caso, per ottenere il permesso di costruire è necessario anche il previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, la cui interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, però, ancora oggi non è unanime.

I dubbi interpretativi sulle modalità operative di tale procedimento sorgono a seguito delle riforme introdotte dalla l. n. 124/2015 e dal d.l. n. 76/2020, che – rispettivamente – hanno inserito nel testo della l. n. 241/1990 il nuovo articolo 17-*bis* che prevede il silenzio-assenso nel rapporto procedimentale tra pubbliche amministrazioni, estendendolo anche alle autorità preposte alla cura dei c.d. interessi sensibili, e il nuovo comma 8-*bis* nell'art. 2 che, in estrema sintesi, statuisce l'inefficacia dei provvedimenti tardivi dell'amministrazione in sede di conferenza.

In dettaglio, il contrasto interpretativo sorto riguarda l'applicabilità o

⁵⁸ Art. 20, comma 8, T.U. dell'edilizia.

meno al procedimento di autorizzazione paesaggistica del suddetto art. 17-*bis* in generale, nonché, nel caso in cui tale atto di assenso si innesti in un procedimento volto al rilascio del permesso di costruire, sul conseguente ed eventuale destino del parere paesaggistico reso tardivamente nel corso della conferenza ai sensi dell'art. 14-*bis* della l. n. 241/1990.

L'impatto avuto dal nuovo istituto del silenzio assenso "interamministrativo" sul quadro normativo descritto è tale da dover riservare ad esso specifica, seppur inevitabilmente non esaustiva, attenzione per comprenderne la portata.

La norma, infatti, introduce uno strumento di semplificazione procedimentale già di per sé particolarmente problematico, al punto che per definirne con chiarezza l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, i rapporti con istituti apparentemente simili – quali la conferenza dei servizi, il silenzio assenso disciplinato dall'art. 20 e il ritardo nell'emanazione dei pareri e delle valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990 – nonché le modalità di esercizio del potere di autotutela dopo la formazione del silenzio-assenso, l'Ufficio legislativo del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione si è rivolto al Consiglio di Stato che, nel tentativo di dipanare tali dubbi interpretativi, ha rilasciato il parere n. 1640 del 13 luglio 2016⁵⁹, nel quale assimila il silenzio previsto dalla fattispecie normativa ad un atto di assenso.

⁵⁹ Consiglio di Stato 13 luglio 2016, n. 1640, ove si afferma che con il nuovo art. 17-*bis* della l. n. 241/1990 «si possa parlare di un 'nuovo paradigma': in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione 'pluristrutturata' (nel senso che la decisione finale da parte dell'Amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra Amministrazione), 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 precedente l'adozione del provvedimento conclusivo (...) il silenzio assenso "orizzontale" previsto dall'art. 17-*bis* opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto. La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) 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». Al riguardo, inoltre, v. fra gli altri cfr.: P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento "orizzontale"*, cit.

L'art. 17 *bis*, in particolare, si applica alle fattispecie in cui l'amministrazione procedente necessita di un atto di assenso comunque denominato di altra amministrazione o di un gestore di beni o servizi pubblici per l'adozione dell'atto di sua competenza. Al fine di evitare che l'eventuale inerzia di quest'ultima possa ritardare o bloccare l'esercizio dell'attività dell'amministrazione procedente, la norma dispone che le amministrazioni competenti al rilascio dell'atto di assenso devono pronunciarsi su uno schema di provvedimento finale entro trenta giorni dal ricevimento di tale schema, corredato dalla relativa documentazione.

Il termine può essere sospeso una sola volta nel caso in cui l'amministrazione che deve rendere il proprio assenso comunque denominato rappresenti «esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso», nonché qualora dette esigenze istruttorie – in ipotesi particolari indicate dalla norma – siano rappresentate dalla stessa amministrazione procedente.

In ogni caso, decorso inutilmente l'originario termine di trenta giorni o quello eventualmente prorogato, l'assenso, il concerto o il nulla osta richiesti si intendono acquisiti, appunto per *silentium*.

L'unica eccezione all'operatività dell'istituto riguarda i casi in cui le disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi (comma 4 dell'art. 17 *bis*).

È invece riconosciuta la formazione del silenzio, al comma 3 della norma in esame, anche qualora le amministrazioni interpellate sullo schema di provvedimento finale – redatto dall'amministrazione procedente – siano autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

Tale possibilità è forse l'aspetto innovativo dell'istituto maggiormente dibattuto⁶⁰, poiché, sebbene una forma di tutela rafforzata sia riservata agli anzidetti interessi sensibili, attraverso l'estensione dell'ordinario termine di trenta giorni per la formazione del silenzio-assenso, che diventa di novanta giorni, fino alla sua introduzione a questa categoria di interessi il legislatore aveva sempre riservato un'attenzione particolare, negando la formazione dell'assenso tacito in

⁶⁰ *Ex multis*, particolarmente critica è la posizione assunta in merito da M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, n. 2/2016, 758 ss.

ragione dell'irrinunciabilità allo svolgimento di una adeguata istruttoria ogniqualvolta siano coinvolti in un procedimento⁶¹.

Ciò sul presupposto che si tratta di interessi la cui ponderazione con altri è notevolmente complessa per la loro idoneità a produrre effetti non facilmente delimitabili sotto un profilo spaziale e temporale e, di conseguenza, in passato si è tendenzialmente esclusa la possibilità di ricorrere allo strumento di semplificazione del silenzio assenso in loro presenza; in questo senso, il citato parere del Consiglio di Stato, partendo dal nuovo quadro normativo, tiene fermo il principio per cui il silenzio assenso "interamministrativo" non consente, in realtà, al provvedimento amministrativo di essere adottato senza che gli eventuali interessi sensibili coinvolti dal procedimento siano stati oggetto di adeguata istruttoria. Infatti, diversamente da quanto avviene nell'ambito degli istituti ad esso assimilati⁶², il silenzio endoprocedimentale si forma nella fase decisoria

⁶¹ Sul fatto che per lungo tempo, nonostante il susseguirsi di disposizioni normative nel tentativo di semplificare il procedimento amministrativo, gli interessi sensibili sono stati oggetto di una tutela più che rafforzata, sebbene in parte ridimensionata, fra tutti, v. A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni*, cit., 1173 s.s., ove l'a. afferma che «(...) fino all'emanazione dell'art. 17-bis, pur avendo subito qualche ridimensionamento, gli interessi sensibili sembravano costituire una fortezza ancora inespugnabile da parte della semplificazione. Infatti, gli interessi sensibili impediscono ai sensi del comma 4 dell'art. 20 la formazione del silenzio assenso previsto come istituto di carattere generale, mentre secondo l'art. 16 non consentono all'autorità procedente di adottare comunque la decisione, pur in assenza di un parere obbligatorio; inoltre, ai sensi dell'art. 17 le valutazioni tecniche spettanti alle autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini non possono essere affidate ad altri organi della amministrazione pubblica dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti. Anche nella disciplina della conferenza dei servizi, si prevede che, una volta adottata dall'autorità che aveva convocato la conferenza, la determinazione motivata di conclusione della stessa, entro 10 giorni le autorità preposte alla tutela» dei c.d. interessi sensibili possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri. (...) «In realtà, già nel regime precedente all'avvento della legge Madia, sin dal 2010 era stata estesa anche a tali amministrazioni la previsione secondo la quale si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante all'esito dei lavori della conferenza non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata (...). Pertanto, una forma di silenzio assenso tra amministrazioni, anche per i titolari di interessi sensibili c'era già, pur se in forma attenuata. Quella che è stata definita come "la guerra di logoramento" degli interessi sensibili era dunque iniziata da tempo, ma è indubbio che l'art. 17 bis evidenzia un cambio di passo da parte del legislatore.»

⁶² Ci si riferisce, in particolare, agli istituti disciplinati dagli artt. 14, 16, 17 e 20 della l. n. 241/1990.

del procedimento e dunque presuppone che la fase istruttoria sia già stata adeguatamente svolta e che nel corso della stessa sia stata garantita la rappresentazione e valutazione espressa degli interessi sensibili, poi inserita nello schema di provvedimento che l'amministrazione precedente sottopone all'autorità preposta al rilascio dell'atto di assenso comunque denominato.

Pertanto, il cambio di prospettiva sta nella presunzione che l'amministrazione preposta alla tutela del vincolo abbia esaminato la questione e abbia ritenuto di non esprimersi in senso sfavorevole, così uniformandosi alle valutazioni degli organi interni all'ente (commissioni paesaggistiche). Pertanto, la previsione del silenzio in detti procedimenti non si tradurrebbe in uno sproporzionato ridimensionamento della tutela riconosciuta agli interessi sensibili, poiché la norma opera soltanto nelle ipotesi di codecisione tra due amministrazioni, in cui l'inerzia alla quale si fa corrispondere l'assenso in forma tacita non è quella dell'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale, piuttosto di quella che avrebbe dovuto emettere l'atto endoprocedimentale.

Sicché l'inerzia di quest'ultima può essere letta come condivisione di quanto prospettato – anche riguardo alla ponderazione dell'interesse sensibile alla cui tutela essa è preposta dall'ordinamento – nello schema di provvedimento ricevuto dall'amministrazione precedente.

6. *Il rapporto tra l'art. 17-bis della legge n. 241/1990 e il procedimento di autorizzazione paesaggistica*

La breve premessa svolta sulla disciplina del silenzio-assenso tra amministrazioni è utile a comprendere – per quanto di nostro interesse – in che modo il nuovo art. 17 *bis* della l. n. 241/90 abbia finito per aumentare ancora di più l'incertezza sul perfezionamento del titolo edilizio, qualora, come di frequente accade, sia necessario ottenere preliminarmente l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004⁶³.

⁶³ Per completezza va precisato che in ordine all'applicazione di tale procedimento, dubbi sono sorti anche sulla sua estensione alle ipotesi in cui si richieda la sanatoria di un abuso edilizio collocato in area soggetta a vincolo paesaggistico. Più nel dettaglio, il tema attiene alla corretta individuazione della disciplina applicabile, posto che il d.lgs. n. 42/2004 non ha abrogato espressamente l'art. 32 della l. n. 47/1985 sul condono edilizio, il quale stabilisce che «il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria per

Tale disposizione, dopo aver chiarito che l'autorizzazione paesaggistica «costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire» e che sull'istanza si pronuncia la regione o altro ente locale dalla stessa delegata, «dopo aver acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi», al comma 8 statuisce che «Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti» e al comma

opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo, è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso (...) qualora tale parere non venga formulato dalle suddette amministrazioni entro centottanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di parere, il richiedente può impugnare il silenzio-rifiuto». Pertanto, da quanto premesso, emerge una disciplina maggiormente rigorosa qualora si tratti di consentire la sanatoria di abusi edilizi in area protetta, avendo la norma riconosciuto all'amministrazione competente un termine superiore rispetto ai quarantacinque giorni dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, nonché una qualificazione differente all'eventuale inerzia amministrativa, non formandosi il silenzio-assenso ma un mero inadempimento. Sicché, sebbene il d.lgs. n. 42/2004 sia una norma a carattere generale e successiva, la giurisprudenza tende a ritenere che l'iter procedimentale cui fare riferimento non può che essere quello scandito dall'art. 32 della l. n. 47/1985. Tale diversa disciplina, infatti, troverebbe giustificazione «alla luce del differente contesto e dei beni che vengono in rilievo: se può essere ragionevole consentire di superare l'inerzia della soprintendenza laddove la stessa, non pronunciandosi nel termine, rischi di bloccare l'iniziativa del privato che abbia scrupolosamente seguito il preventivo iter previsto, sottoponendolo ad un ingiusto aggravio procedimentale, ben si giustifica un più rigoroso regime laddove si tratti di sanare un illecito commesso, onerando in tal caso il trasgressore che voglia avvantaggiarsi degli effetti della sanatoria di un più gravoso iter procedimentale che consenta in ogni caso di pervenire ad un effettivo vaglio di compatibilità paesaggistica dell'opera abusiva da parte dell'autorità preposta alla gestione del vincolo». In tema, cfr.: Corte di cassazione, sez. III, 12 marzo 2019, n. 10799; Corte di cassazione, sez. III, 8 novembre 2022, n. 388; Corte di cassazione, sez. III, 20 novembre 2018, n. 10799; Consiglio di Stato, sez. II, 30 giugno 2021, n. 4975; T.A.R. Campania, sez. III, 2 marzo 2020, n. 945; T.A.R. Campania, sez. II, 23 maggio 2022, n. 1394; T.A.R. Lazio, sez. II-*quater*, 12 gennaio 2022, n. 240; Consiglio di Stato, sez. III, 30 marzo 2018; n. 2031. Più in generale, invece, con riguardo al rapporto tra il procedimento di condono e quello di acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica, v. A. CALEGARI, *Autorizzazione paesaggistica e titoli edilizi: alla ricerca di un coordinamento (im)possibile, tra contrapposte esigenze di tutela e di semplificazione*, in *Riv. giur. Urb.*, n. 1-2/2009, 260 ss.

9⁶⁴ che, ove siano «decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione».

Orbene – quanto all'interpretazione di tale ultimo periodo del nono comma – l'impostazione tradizionale, a lungo prevalente, ha sempre ritenuto che l'inerzia della Soprintendenza configurasse un'ipotesi di mero silenzio devolutivo con la conseguenza che, l'eventuale parere tardivo di quest'ultima, pur perdendo la propria natura vincolante, restava obbligatorio per l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, costringendola ad un obbligo motivazionale rafforzato se avesse deciso di pronunciarsi in senso contrario.

Invece, se la Soprintendenza non si fosse pronunciata, l'autorizzazione veniva attribuita alla sola amministrazione che la rilasciava e ove anche tale autorità fosse rimasta inerte, data la chiara esclusione di tali ipotesi dall'ambito di operatività dell'assenso silenzioso nel rilascio del permesso di costruire, l'unica forma di tutela riconosciuta all'istante era quella verso l'inerzia amministrativa di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., venendo a configurarsi un silenzio non qualificato in alcun modo dal legislatore⁶⁵.

Il ragionamento sul quale si fondava tale modello interpretativo è che la natura vincolante e obbligatoria del parere della Soprintendenza comportava inevitabilmente il riconoscimento della natura codecisoria e non mono strutturata del provvedimento autorizzatorio, ragion per cui, anche se la Soprintendenza si pronunciava dopo lo scadere del termine dei quarantacinque giorni, il potere della stessa non poteva considerarsi consumato.

Tuttavia, con l'introduzione dell'art. 17-*bis* nella l. n. 241/1990 sul quadro delineato sono sorti nuovamente dubbi interpretativi. Infatti, siccome la l. n. 124/2015 non ha espressamente inciso sull'art. 146 del d.lgs.

⁶⁴ Così come modificato dall'art. 25, comma 3, del d.l. 12 settembre 2014 n. 133.

⁶⁵ Per una ricostruzione della mera inerzia amministrativa, sia consentito rinviare a B. MERCURIO, *Sull'applicabilità del rito sul silenzio in tema di accesso civico generalizzato. Prospettive di estensione dei poteri istruttori del giudice per una tutela effettiva*, in www.amministrativamente.com, n. 2/2023; nonché a S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, Torino, 2020. Sotto il profilo della tutela avverso l'inerzia amministrativa, anche per i riferimenti bibliografici e l'appendice giurisprudenziale, si v. N. POSTERARO, *L'azione avverso il silenzio-inadempimento*, in *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Napoli, 2024, 270 ss.

n. 42/2004, ci si è chiesti se la nuova disposizione normativa dovesse trovare o meno applicazione anche nel procedimento di autorizzazione paesaggistica.

Tale procedimento, invero, rientra chiaramente nella categoria dei procedimenti amministrativi nei quali vi è un'autorità procedente che deve richiedere un atto di assenso, concerto o nulla osta ad un'altra amministrazione, che si deve pronunciare entro un termine prestabilito su uno schema di provvedimento finale.

Pertanto, sulla base di un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, sembrerebbe non vi possa essere alcun dubbio circa la volontà legislativa di mutare la qualificazione del silenzio previsto dal comma 9 di siffatta norma, non più considerabile come ipotesi di silenzio devolutivo ma di silenzio-assenso orizzontale.

Di tale avviso, infatti, è stato anche il Consiglio di Stato che – nel già richiamato parere del 13 luglio 2016 – affermava che la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 *bis* «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». Anche l'Ufficio legislativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo segnalava che il parere della Soprintendenza rientrava «senz'altro nel meccanismo del nuovo silenzio assenso decorso (...) il termine più breve di quarantacinque giorni assegnato dalla legge a tale organo.»⁶⁶.

Al contempo, per effetto del nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, l'eventuale parere reso tardivamente dalla soprintendenza sarebbe da considerarsi senza dubbio inefficace.

Ciononostante, anche nello scenario descritto – al pari di quanto già avvenuto con riferimento al comma 8 dell'art. 20 del T.U. dell'edilizia, ove l'orientamento a lungo maggioritario ha tentato di ridurre la portata dell'istituto del silenzio-assenso – parte della giurisprudenza⁶⁷, spinta dal

⁶⁶ Circolare n. 27158 del 10 novembre 2015, 7 ss.

⁶⁷ *Ex multis*, cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; Consiglio di Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640; Consiglio di Stato, sez. I, 28 giugno 2021, n. 1141; Consiglio di Stato, sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2584. In dottrina, per una recente e ampia ricostruzione delle diverse argomentazioni sostenute dalle pronunce richiamate, cfr.: F. SCALIA, *La controversa relazione*

timore che riconoscere l'operatività del silenzio "interamministrativo" nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica avrebbe potuto comportare il rischio di non assicurare un'adeguata tutela agli interessi paesaggistici, andando ben oltre il dettato legislativo, ha sostenuto la non applicabilità dell'art. 17-*bis* al parere della soprintendenza.

Secondo tale ricostruzione, infatti, trattandosi di un procedimento su istanza di parte, quello tra le regioni e la soprintendenza altro non sarebbe che una co-gestione della fase istruttoria del procedimento e non anche di quella decisoria⁶⁸.

Pertanto, l'autorizzazione paesaggistica alla fine adottata sarebbe un provvedimento mono strutturato e di conseguenza non rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'art. 17-*bis* che, invece, sarebbe caratterizzato da una co-gestione della fase decisoria, all'esito di un'attività istruttoria svolta autonomamente dall'amministrazione precedente e conclusasi con l'adozione di uno schema di provvedimento.

A dire il vero, sebbene quella suesa posta sia l'argomentazione maggiormente sostenuta dall'orientamento giurisprudenziale contrario all'applicabilità del silenzio "interamministrativo" al procedimento di autorizzazione paesaggistica, non sono mancate anche pronunce dello stesso Consiglio di Stato giunte alle medesime conclusioni ma sostenute da un differente impianto motivazionale. In particolare, c'è chi ha sostenuto che «l'art. 17 *bis* della l. 241/1990 non è applicabile alle procedure di rilascio disciplinate dall'art. 146, comma 9, d.lgs. 42/2004» poiché «il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione precedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"»⁶⁹. Tale mancata previsione, secondo il Collegio, condur-

tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2024, 125 ss.

⁶⁸ In senso opposto, in realtà, di recente si è anche pronunciata la Corte costituzionale, 23 giugno 2021, n. 160, secondo cui il silenzio-assenso orizzontale non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo ma soltanto quella decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*. L'amministrazione precedente dunque è comunque tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito di quest'ultima ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso della pubblica amministrazione co-decidente.

⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 24 maggio 2022, n. 4098.

rebbe alla conclusione che l'amministrazione procedente nel provvedere non sarà tenuta ad adeguarsi allo schema di provvedimento in precedenza sottoposto alla Soprintendenza e tale differenza -rispetto alla disciplina del silenzio tra amministrazioni – non consentirebbe l'applicazione di quest'ultima al procedimento in esame. Diversamente ragionando, infatti, si consentirebbe all'amministrazione procedente di adottare un provvedimento alla cui base vi è stata una ponderazione tra gli interessi coinvolti e l'interesse paesaggistico, non verificata o verificabile da parte dell'autorità preposta alla tutela di quest'ultimo.

In un'altra sentenza⁷⁰, invece, il Consiglio di Stato esclude l'operatività del silenzio "interamministrativo" nel procedimento per l'autorizzazione paesaggistica sostenendo che la natura monostrutturata di quest'ultima sarebbe facilmente desumibile dalla mancata previsione, per esso, di un meccanismo che favorisca il raggiungimento di un accordo necessario tra le amministrazioni. Aspetto invece presente nel testo dell'art. 17-*bis* l. n. 241/1990. Inoltre, sempre ad avviso del Collegio, ad essere dirimente è anche la circostanza che qualora il legislatore avesse voluto estendere il nuovo istituto di semplificazione in materia paesaggistica lo avrebbe fatto espressamente⁷¹.

Di avviso opposto è invece altra parte della giurisprudenza che – alla luce di un'interpretazione letterale delle suesposte disposizioni normative – ritiene condivisibile l'orientamento da tempo consolidatosi sulla natura pluristrutturata del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica⁷², trattandosi di un parere vincolato che deve essere rilasciato da un'autorità amministrativa appositamente preposta alla tutela di un interesse sensibile alla quale, in quanto tale, non può ritenersi che il legislatore volesse riconoscere una mera funzione consultiva.

⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293.

⁷¹ Il riferimento è al procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica disciplinato dal D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, il cui art. 11, comma 9, prevede che «In caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei termini previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica».

⁷² Sul punto, cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2262; Consiglio di Stato, sez. IV, 17 marzo 2020, n. 1903; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2021, n. 4096; Consiglio di Stato, sez. VI, 19 aprile 2021, n. 3145.

Un particolare ruolo chiarificatore, al riguardo, può essere attribuito a una recente pronuncia del Consiglio di Stato⁷³ che – nell'accogliere la ricostruzione secondo cui l'art. 17- *bis*, nonché il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990 devono essere applicati anche al procedimento di cui all'art. 146 (d.lgs. 42/2004) – dopo aver dissipato ogni dubbio sulla natura pluristrutturata dell'autorizzazione paesaggistica⁷⁴, afferma che «La tesi che esclude l'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere da rendere, da parte della Soprintendenza, 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 (...). 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. 241/1990) 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».

Sicché, ci si aspetterebbe che – quantomeno sotto tale profilo – si fosse raggiunto un certo grado di certezza sul perfezionamento del titolo edilizio, essendo chiarito l'iter che conduce alla formazione della presupposta autorizzazione paesaggistica. Ciononostante, in assenza di un ulteriore intervento legislativo ovvero di una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, idonei a fornire una soluzione per così dire auspicabilmente definitiva della problematica, vi è una parte della giuri-

⁷³ Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

⁷⁴ A tal fine, il Collegio fa leva su quel filone giurisprudenziale secondo cui ogniqualvolta si è in presenza di un parere vincolante – come nel caso di specie – il provvedimento finale ha natura pluristrutturata, semplicemente poiché il legislatore in tal modo richiede espressamente l'intervento di più autorità per l'individuazione della decisione più adeguata. Sul punto, v. Cons. St. n. 4843/2016; Consiglio di Stato, sez. VI, 16 giugno 2020, n. 3885; Cons. St. n. 3145/2021; Cons. St. n. 8610/2023.

sprudenza, già richiamata in precedenza, che ha continuato a fare applicazione del modello, precedentemente accolto, del silenzio devolutivo.

Lo scenario descritto inevitabilmente aggrava le condizioni di incertezza in cui eventualmente versa colui che ha presentato l'istanza di permesso di costruire su un'area soggetta a vincolo paesaggistico. D'altronde, non potrebbe essere altrimenti nelle ipotesi in cui il permesso di costruire venga rilasciato dall'amministrazione comunale sulla base di un'autorizzazione paesaggistica formata per *silentium*, con il rischio che in un secondo momento la Soprintendenza rilasci il parere tardivo – a causa dei persistenti contrasti sulla inefficacia di quest'ultimo – ovvero che la vicenda una volta *sub iudice* venga interpretata diversamente in situazioni tra loro simili.

Ritorna qui, in un settore speciale, quanto osservato nella parte iniziale del lavoro sul piano generale, circa il fatto che così interpretando la giurisprudenza – coerentemente con quanto fatto in riferimento al comma 8 dell'art. 20 del T.U. dell'edilizia – travalica i confini del proprio ruolo che è quello di individuare il significato delle disposizioni normative e procedere alla loro applicazione, non invece quello di modularne il contenuto, finendo per giungere a esiti con lo stesso incompatibili, pur di scongiurare il rischio che interessi dalla stessa ritenuti meritevoli di maggiore tutela possano subire pregiudizi irreparabili.

Difatti, l'effetto di un'interpretazione giurisdizionale svolta nei suddetti termini non può che essere quello di limitare la portata delle ipotesi in cui l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, avvertita dal legislatore e collegata all'interesse economico degli istanti, viene posta in una relazione particolare con gli altri interessi da ponderare attraverso una modalità di bilanciamento da svolgersi in tempi brevi, operata dal legislatore in direzione di una semplificazione intesa come bene o valore finale, piuttosto che strumentale, a cui viene riconosciuto un ruolo tutt'altro che secondario.

7. *Riflessioni conclusive. Il silenzio assenso, nelle ipotesi considerate, accresce l'incertezza, senza migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa*

L'analisi svolta sui requisiti richiesti per il perfezionamento tacito del permesso di costruire, nonché con riguardo alle ipotesi in cui sia neces-

sario, prima dell'adozione del titolo espresso, il previo rilascio di un'autorizzazione paesaggistica che si potrebbe formare per silenzio, applicando l'art. 17 *bis* della legge sul procedimento, ha evidenziato un crescente favore del legislatore verso l'utilizzo del silenzio-assenso nella formazione di provvedimenti che incidono sulla trasformazione del territorio e sulla tutela del paesaggio, cui è corrisposto un atteggiamento scettico del giudice amministrativo manifestato attraverso diversi orientamenti volti a limitare gli effetti dell'istituto nei richiamati ambiti, in cui il provvedimento espresso viene considerato infungibile a garantire la certezza delle posizioni giuridiche⁷⁵.

Sebbene, più di recente, si assista ad un progressivo allontanamento del giudice amministrativo da detti orientamenti restrittivi e al suo allineamento al legislatore, il quadro instabile che si è determinato fa ricadere ancora sul privato i rischi maggiori, con serie conseguenze in termini di giustizia sostanziale⁷⁶.

⁷⁵ Come infatti correttamente evidenziato in alcune pronunce vi è una inevitabile differenza tra il provvedimento formatosi per *silentium* e quello espressamente adottato dall'amministrazione, anzitutto in termini di affidamento sulla stabilità degli effetti da questi prodotti. Fra tutti cfr.: T.A.R. Lazio, sez. II, 1° agosto 2019, n. 10227, che chiarisce come soltanto il provvedimento espresso sia effettivamente utile «per poter riscontrare il termine finale dei lavori, per l'avvio delle pratiche bancarie e finanziarie propedeutiche all'inizio delle opere, per il trasferimento del bene o del permesso, per la sottoscrizione del preliminare di acquisto del fabbricato, per la documentazione di cantiere, per corrispondere gli esatti importi del contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione e il costo di costruzione».

⁷⁶ Sul punto v. S. TUCCILLO, *Dialogo con le amministrazioni pubbliche e neutralizzazione del potere*, Napoli, 2023, 82 s.s., ove l'a., una volta esaminate le riforme legislative volte ad attribuire una particolare rilevanza alle esigenze del mercato, sottolinea come queste sembrano aver ignorato del tutto la multipolarità del rapporto amministrativo. Più precisamente, afferma che «Quello che tuttavia è mancato in questo incerto, ma ininterrotto, percorso volto al rilancio dell'economia, che ha coinvolto anche il giudice amministrativo, è stato uno sguardo d'insieme alle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo che, nel loro processo di trasformazione (per addizione), sono andate consolidando delle contraddizioni intrinseche importanti, che avrebbero potuto e dovuto essere rimodulate in maniera più organica. Ad esse si accompagna una parallela messa in ombra della pluralità dell'azione amministrativa, che si traduce nella sostanziale sterilizzazione del ruolo del "terzo" nel procedimento»; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica.*, cit., 77 e s.s., che si dichiara fortemente contrario alla permanenza nel settore dell'edilizia dell'istituto del silenzio assenso, ritenendolo lesivo e controproducente rispetto agli obiettivi che s'intendeva perseguire con la sua previsione. In particolare, l'a. afferma che

In questo senso, le disposizioni passate in rassegna in cui opera il silenzio-assenso, sia nei rapporti tra amministrazione e cittadini che tra amministrazioni stesse, rendono certamente più spedito l'avvio delle attività del privato, reso eccessivamente lento dalle disfunzioni dell'apparato amministrativo, ma non offrono adeguate garanzie di certezza, esponendo, come si è visto, chi beneficia del provvedimento tacito ad un più alto rischio di vanificazione postuma degli effetti positivi ottenuti.

Pertanto, la circostanza che oggi il giudice tenda a riconoscere che gli effetti del permesso di costruire tacito si producono anche in assenza della c.d. conformità urbanistica, non può ritenersi sufficiente ad equiparare la posizione di vantaggio dell'istante, così assunta, a quella, decisamente più stabile, che lo stesso otterrebbe con il provvedimento espresso.

Sebbene, infatti, l'effettività della posizione di vantaggio dipenda comunque, anche per il provvedimento espresso, dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della pubblica amministrazione, non vi è dubbio che le probabilità che ciò si verifichi sono meno alte rispetto alla ipotesi della formazione tacita dei medesimi provvedimenti.

Inoltre, la possibilità che l'amministrazione annulli il permesso di costruire o l'autorizzazione paesaggistica oltre il termine previsto per l'esercizio del potere di autotutela, nel caso di provvedimenti espressi,

«Il silenzio-assenso deresponsabilizza i funzionari, che preferiscono essere “coperti” dalla finzione di legge del silenzio-assenso per non doversi prendere neanche il rischio di scrivere e sottoscrivere (“mettendoci la faccia”) un provvedimento favorevole illegittimo (in mancanza di requisiti e presupposti); il silenzio-assenso favorisce, dunque, il fenomeno della così detta “fuga dalla firma”. In tal senso il silenzio-assenso agevola – non ostacola – la corruzione, poiché è molto più facile, per il funzionario corrotto, assentire un intervento (che avrebbe dovuto essere vietato) nascondendosi dietro l'alibi della massa eccessiva di pratiche da sbrigare e della perenne, costante, carenza di organico e di mezzi, piuttosto che “esporsi” sottoscrivendo un atto illegittimo di favore al corruttore»; M.A. SANDULLI, *Edilizia*, cit., 216, la quale – nel segnalare, più in generale, che il contesto normativo e giurisprudenziale del sistema dei controlli sull'attività edilizia è «tuttora assai lontano dall'offrire agli operatori e agli investitori adeguate garanzie di certezza sul legittimo avvio delle attività edilizie»- sottolinea l'ingiustizia di un sistema in cui, a tale incertezza si accompagna anche l'assenza «di una lettura indulgente del contegno degli istanti e dei segnalanti, che, fatta salva l'ipotesi di condotte dolosamente elusive, non possono subire le conseguenze delle incertezze di un sistema che neppure il legislatore, le amministrazioni e i giudici riescono a definire e interpretare in modo univoco (...)».

dipende esclusivamente da una infedele rappresentazione della realtà descritta nella domanda; laddove, invece, lo si è visto, nell'ipotesi di intervento inibitorio sul titolo formatosi per silenzio possono entrare in gioco anche questioni interpretative delle numerose discipline coinvolte, che presentano spesso un grado di discrezionalità sebbene di tipo tecnico. Quest'ultimo, a ben vedere, consente all'amministrazione di intervenire oltre il citato termine, qualificando come falsa dichiarazione la diversa interpretazione della norma e così esponendo il privato ad una situazione di incertezza *sine die* e ad un inevitabile aumento del contenzioso, che oltre a gravare sull'efficienza della giustizia prolunga l'incertezza.

Ciò determina un *vulnus* nella stabilità dei rapporti e una inversione, di dubbia legittimità, della responsabilità nella cura dell'interesse pubblico che passa dall'amministrazione al privato, per approdare infine al giudice.

Né, alla luce delle evidenze emerse nel corso dell'indagine, si può ritenere che il silenzio-assenso comporti una maggiore efficienza dell'amministrazione, atteso che la stessa si realizza non solo attraverso la tempestività con cui si fa conseguire un beneficio al privato, ma anche – soprattutto nelle ipotesi in cui è necessario contemperare interessi pubblici – quando «non vi sia differenza sotto il profilo della responsabilità tra atto espresso e silenzio derivante da scelta consapevole di non esercitare il potere di intervento (repressivo o impeditivo)»⁷⁷.

Orbene, tale effetto non può ritenersi raggiunto neanche con l'introduzione del nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, che ha previsto l'inefficacia di provvedimenti, autorizzazioni, pareri, nulla osta e degli atti di assenso, adottati dopo la scadenza dei termini fissati dalle specifiche disposizioni che regolano il concerto fra amministrazioni pubbliche.

Ciò innanzitutto perché la norma in questione fa salvo «quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni», così ingenerando il dubbio sul se l'oggetto dell'eventuale annullamento in autotutela sia il provvedimento tardivamente adottato⁷⁸ o il silenzio assenso formatosi⁷⁹.

⁷⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n.6591, in Foro amm. CDS 2008, 12, 3442 (s.m).

⁷⁸ M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.

⁷⁹ Al riguardo, invero, si condivide quanto sostenuto da M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, comma 8-bis della l. n. 241/90 e gli effetti sulla*

In secondo luogo in quanto il riferimento all'inefficacia fa sorgere dubbi sulla categoria dogmatica nella quale dovrebbero rientrare gli atti tardivamente adottati, posto che nel nostro ordinamento la stessa è di regola configurata come una mera conseguenza di una delle cause di invalidità riconosciute⁸⁰. Pertanto vi è chi ha sostenuto che tale inefficacia non costituisca una nuova forma di invalidità ma soltanto una conseguenza della stessa, precisamente un'ipotesi di nullità⁸¹ e chi, invece, è più propenso a qualificarla come una forma di illegittimità e quindi di annullabilità del provvedimento tardivo⁸²; una questione quest'ultima che attiene anche alla necessità o meno di una pronuncia dichiarativa del giudice⁸³.

disciplina del silenzio assenso, cit., per il quale, con l'affermazione in esame, «il legislatore avrebbe semplicemente (e, forse, inutilmente) inteso confermare il riconoscimento, in capo alla p.a., della facoltà di intervenire – in presenza dei presupposti di legge – con l'annullamento d'ufficio degli effetti provvedimenti silenziosi eventualmente formati. Nell'introdurre l'espressa inefficacia del provvedimento tardivo, a favore del cittadino e della stabilità della sua posizione giuridica acquisita tramite il decorso del termine procedimentale, il legislatore ha ritenuto opportuno sottolineare – quasi in chiave di bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco – che l'affidamento che il cittadino può prestare nei confronti di quanto ottenuto tramite l'istituto del silenzio assenso non lo rende immune dall'eventuale legittimo esercizio di un potere di riesame».

⁸⁰In argomento, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; M. CALABRÒ, *op. ult. cit.*, secondo cui «laddove una norma si limita ad affermare che un atto è inefficace, ciò non consente di qualificare compiutamente la condizione giuridica dell'atto stesso, mancando indizi idonei a risalire alle ragioni causali della sua incapacità di produrre effetti. Ed è proprio questa l'operazione “a metà” effettuata dal legislatore con la riforma in esame, laddove viene adoperata la categoria della inefficacia senza in alcun modo specificare quale sia il *prius* logico di tale stato dell'atto».

⁸¹ *Ex multis*, v. M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *www.giustiziainsieme.it*; F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile*, cit.; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *questa rivista*, n.1/2021, p.16.

⁸² In tal senso, v. P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, n.1/2024, p. 47 ss. Si segnala, inoltre, una recente pronuncia del T.A.R. Campania, sez. V, 1° aprile 2019, n. 1798, che ha annullato il provvedimento tardivo ritenendolo illegittimo.

⁸³ Più in generale, quanto alle difficoltà incontrate nel processo amministrativo dall'azione di mero accertamento e alla possibilità per l'istante di ricorrere all'esercizio della tutela dichiarativa per sottrarsi alla situazione di incertezza generata dall'inefficienza amministrativa, v. A. BERRETTINI, *Azione di mero accertamento, regime del silenzio assenso ed inefficacia provvedimento: nuova linfa alla tutela dichiarativa nel processo amministrativo?*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 3/2023, 546 ss.

7.1. *Segue: dalla semplificazione che sostituisce il provvedimento verso quella che accelera il procedimento. Qualche proposta*

Sebbene non vi sia dubbio che la semplificazione amministrativa sia oramai assurta a bene o valore di natura finale, autonomo e non solo strumentale rispetto agli interessi curati dall'amministrazione competente al rilascio di assensi comunque denominati, ci si domanda, alla luce dell'analisi svolta, se la suddetta qualificazione possa spingersi fino a comprimere il corretto bilanciamento con altri interessi, forse più rilevanti, che può avvenire solo nella sede naturale a ciò deputata, che è quella del procedimento amministrativo che si concluda con un provvedimento espresso che dia conto, in modo puntuale e motivato, delle modalità con cui detto bilanciamento sia avvenuto.

Solo il provvedimento amministrativo, infatti, può assicurare al destinatario innanzitutto, ma anche all'intera comunità, coordinate ermeneutiche chiare per comprendere l'iter logico giuridico seguito dall'ente non solo nella verifica della sussistenza dei requisiti urbanistico -edilizi, ma anche nella valutazione, svolta in proprio o di concerto con altre amministrazioni settoriali, di eventuali elementi tecnici connotati da discrezionalità che possano incidere su altri interessi pubblici (come quello paesaggistico, ambientale, idrogeologico, vulcanico etc.).

Tanto più che, la "tirannia della semplificazione" che si evince dall'eccessivo favore mostrato nei confronti della decisione silente dell'amministrazione in procedimenti in cui, invece, come si è visto, il legislatore stesso ha ritenuto imprescindibile la valutazione dell'amministrazione appare di dubbia legittimità. Come, infatti, la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire, in queste ipotesi, l'intervento del legislatore deve rispettare un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, senza che sia consentita «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»⁸⁴.

Pertanto, se si può convenire sul fatto che l'unica interpretazione del silenzio-assenso coerente con gli obiettivi legislativi delle norme esamina-

⁸⁴ Corte costituzionale del 23 marzo 2018, n. 58, in *Riv. Giur. dell'Ed.* n. 2/2018, 280 ss. Nel medesimo senso, la Consulta si era già pronunciata nella nota sentenza del 9 aprile 2013, n. 85, ove affermava l'inesistenza nel nostro assetto costituzionale di diritti aventi di per sé carattere preminente nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette.

te è quella secondo cui detto istituto consente l'acquisizione dell'effetto utile, che sarebbe scaturito dal provvedimento favorevole espresso, col solo decorso del tempo, allora va valutata l'opportunità o meno di applicare questo istituto alla fattispecie in esame e i possibili correttivi alla normativa vigente per superare le criticità evidenziate.

Non può negarsi, infatti, che l'obiettivo della semplificazione così perseguito abbia finito per tradursi nella previsione di uno strumento di complicazione⁸⁵ – come dimostrato anche dal notevole contenzioso

⁸⁵ In questi termini si esprime anche C. COMMANDATORE, *Le trappole delle semplificazioni: il silenzio-assenso*, in *Urb. App.*, n. 6/2023, 739 ss., che nell'affrontare il tema scrive di una «strutturale incertezza che ormai caratterizza le pretese che si fondano su tale meccanismo, costituendo, anche in ragione di un testo legislativo nebuloso e di orientamenti giurisprudenziali in alcuni casi iperprotettivi della P.A., non tanto uno strumento di semplificazione amministrativa, ma addirittura un sistema strutturale di “aggravamento” di ogni e successiva attività amministrativa stante la sua alta capacità di propagare illegittimità “a cascata”». Particolarmente interessanti sono poi le riflessioni di S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 79-84, il quale sostiene che il silenzio assenso arriva a livelli di incertezza tali da poter «essere ricondotto per certi versi ad un'ipotesi di inerzia amministrativa; un evidente paradosso ove si consideri che tale forma di silenzio avrebbe dovuto rappresentare nelle intenzioni del Legislatore una forma tipica di conclusione del procedimento». L' a., alla luce di recenti pronunce giurisprudenziali, giunge ad affermare che «Si comprende chiaramente come il silenzio non possa essere in alcun modo equiparato ad un provvedimento espresso. Allo stesso tempo non può rappresentare un rimedio posto a favore del privato che non abbia ricevuto una risposta alla sua istanza nei termini stabiliti. In alcuni casi, tale meccanismo, lungi dal far ottenere tramite un comportamento ciò che l'amministrazione non ha riconosciuto in forma espressa, carica il richiedente di incombenze ulteriori volte ad ottenere quel provvedimento favorevole. Nei casi di silenzio assenso residuano dunque ipotesi di inerzia amministrativa cui riconoscere tutela in maniera analoga a ciò che accade nel silenzio-inadempimento.» Specie in materia edilizia, l'a. rileva proprio l'utopia di assoggettare il rilascio del permesso di costruire al regime del silenzio assenso, facendo leva sui dati riscontrabili dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza, dai quali è possibile desumere che, coloro che «avanzano una richiesta all'amministrazione di svolgere un intervento riconducibile in astratto a permesso di costruire tramite *silentium* (...) poi non si accontentano del semplice silenzio che vale accoglimento ma pretenderanno il rilascio di un provvedimento scritto. È chiaro che, a fronte dei rilevanti investimenti che si operano tramite questi interventi, i privati richiedono un positivo formale sugello della volontà amministrativa utile in prospettiva futura ad evitare ripensamenti (sempre) amministrativi, anche talvolta occasionati da sollecitazione di terzi aventi interessi opposti a quelli dei richiedenti. Da quanto evidenziato il silenzio assenso può semmai qualificarsi come un provvedimento tacito di accoglimento presunto, poiché esso risulta essere pur sempre instabile e condizionato dalle verifiche non svolte a suo tempo dall'amministrazione».

in materia – contrariamente all’ambizione «di tutte le politiche di c.d. semplificazione e sburocratizzazione che negli ultimi anni il legislatore e i governi in carica, spontaneamente o su impulso dell’U.E., hanno promosso», ovvero sia «(l’)anelito diffuso ad un’Amministrazione funzionante»⁸⁶.

In questo senso, sarebbe auspicabile una più attenta ponderazione da parte del legislatore delle ipotesi in cui il permesso di costruire si possa formare in modo silente, che andrebbero limitate ai quei casi in cui il procedimento per il rilascio non presenti alcun margine di discrezionalità neanche tecnica, risultando vincolato in ogni suo aspetto e non solo nell’*an*.

In ogni altro caso, invece, la funzione di controllo dell’amministrazione dovrebbe essere ritenuta irrinunciabile, ed anzi, gli interventi legislativi che nel tempo hanno ridotto l’ambito di operatività di tale titolo in favore della S.c.i.a. devono essere letti proprio come volontà del legislatore di dedicare adeguata attenzione a quei casi in cui, al contrario, è necessario il permesso di costruire.

Tale lettura, in realtà, recupererebbe l’originaria *ratio* del ricorso al silenzio-assenso alle sole ipotesi di potere strettamente vincolato, desumibile dalla formulazione dell’art. 8 del d.l. n. 9/1982, norma che, come anticipato, introdusse tale istituto nel nostro ordinamento.

Non vi è dubbio, infatti, che l’esercizio efficace della funzione di governo del territorio, così come la connessa tutela degli interessi pubblici e delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte sarebbero adeguatamente garantiti solo attraverso il provvedimento espresso, ogniquale sia

⁸⁶M.R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in (A.A.V.V.) *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 27-33, il quale, nell’approfondire il tema dell’amministrazione di risultato, mette in dubbio la compatibilità tra il “risultato” – inteso in termini giuridici quale articolazione del principio di buon andamento – e le forme di legittimazione dell’inerzia della pubblica amministrazione. In particolare, l’a. afferma che «A questa logica del “risultato” si oppongono naturalmente tutte quelle forme di legittimazione dell’inerzia amministrativa, quali i meccanismi di silenzio significativo (...) che da un lato lasciano nell’incertezza il cittadino in ordine all’affidabilità delle conseguenze delle proprie iniziative, dall’altro continuano a generare dubbi di legittimità anche costituzionale che involgono la invero singolare ratio sottesa alla logica giustificatrice di soggetti pubblici (organi) che, benché istituzionalmente preposti (obbligati) all’esercizio di funzioni di amministrazione attiva, sono legittimati ad “operare mediante l’inazione”, magari limitandosi all’uso di poteri di autotutela e sanzionatori, di certo solo scalfiti dall’irrigidimento e dalla limitazione dell’esercizio del potere di annullamento».

richiesta una valutazione che comporti l'applicazione di regole tecniche più elastiche nella verifica di aspetti, quali, a titolo esemplificativo, l'esistenza di sufficienti *standard* urbanistici di zona, l'eventuale delocalizzazione di una cubatura, la modifica di destinazione funzionale di un immobile⁸⁷. In questi casi, come visto, pur essendo riconducibile l'attività svolta dall'amministrazione nell'ambito della funzione di controllo, essa non consiste in meri accertamenti tecnici, ma richiede l'esercizio di un tipo di discrezionalità o per meglio dire una valutazione tecnica che, se non svolta, si trasforma in incertezza del titolo ottenuto tacitamente dal privato, e dunque, in un vantaggio solo apparente per quest'ultimo.

Peraltro, tali ipotesi in cui l'amministrazione si trova a compiere valutazioni di tipo discrezionale, oltre a non riguardare soltanto la fase propedeutica al rilascio del permesso di costruire, si sono ampliate negli ultimi anni in conseguenza dei numerosi e non sistematici interventi del legislatore sul T. U. dell'edilizia analizzati nel corso del lavoro, con cui si è ridotta l'operatività del permesso di costruire in favore della S.c.i.a.⁸⁸

Se l'obiettivo, quindi, è quello di semplificare l'azione amministrativa per favorire la ripresa economica del settore dell'edilizia, quella individuata dal legislatore italiano non può considerarsi la strada giusta da percorrere; per contro servirebbero interventi di più ampio respiro che non comportino uno svuotamento dell'attività amministrativa nel suo contenuto sostanziale⁸⁹.

⁸⁷ V. *supra* nota n. 29.

⁸⁸ Da ultimo, il già richiamato d. l. n. 69/2024, convertito dalla l. n. 105/2024, all'art. 1, comma 1, lettera c), numero 1, ha introdotto i commi da 1-*bis* a 1-*quinquies* all'art. 23-*ter* che prevedono la s.c.i.a. per il mutamento d'uso urbanisticamente rilevante sia della singola unità immobiliare senza opere all'interno della stessa categoria funzionale, sia di una singola unità immobiliare ubicata in immobili ricompresi «nelle zone A), B) e C) di cui all'articolo 2 del decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, ovvero nelle zone equipollenti come definite dalle leggi regionali in materia». Nel medesimo senso sono andate, inoltre, le numerose modifiche apportate all'art. 10 lettera c) del T. U. dell'edilizia (lettera sostituita prima dall'art. 10, comma 1, lettera e), della legge n. 120 del 2020, poi dall'art. 28, comma 5-bis, lettera b), della legge n. 34 del 2022 e infine dall'art. 14, comma 1-*ter*, legge n. 91 del 2022.

⁸⁹ In merito a tale rischio, v. B.G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, cit., il quale evidenzia come uno dei problemi del tema della semplificazione sia quello di farlo coincidere con quello del funzionamento della pubblica amministrazione «intendendo la semplificazione come rimedio a tutti i problemi dell'amministrazione. Questi problemi, però, dipendono anche da molti altri fattori: la

Ed allora, sarebbe utile che il legislatore intervenisse per favorire anziché aggirare la formazione del provvedimento espresso, investendo in risorse umane e strumentali tali da facilitare le istruttorie, riducendone i tempi e diminuendo i margini di errori, così da intervenire sulla patologica inefficienza dell'amministrazione.

In questa direzione, del resto, sono rivolti anche i più recenti indirizzi dell'Unione Europea recepiti in Italia dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che prevede una serie di misure per rendere più efficienti i procedimenti edilizi, promuovendone la semplificazione soprattutto attraverso la digitalizzazione, volta a favorire la rapida consultazione e il dialogo incrociato fra le banche dati delle diverse amministrazioni a vario titolo coinvolte nel governo e nella tutela del territorio, in modo da ridurre gli adempimenti istruttori nell'accertamento dei requisiti e la formazione dei dipendenti per il rafforzamento delle competenze⁹⁰.

Tali misure infatti sono finalizzate a garantire l'esercizio del potere intervenendo sui processi decisionali perché risultino più celeri e trasparenti, nella consapevolezza che provvedere è il modo migliore di tutelare sia gli interessi pubblici che quelli privati, e dunque, in direzione opposta rispetto alla scelta di ricorrere al silenzio che invece si connota per ambiguità ed incertezza⁹¹.

discontinuità politica, l'oscurità delle norme, la complicazione organizzativa, la paura delle responsabilità dei dirigenti, l'assenza di direttive politiche, l'incertezza nei rapporti tra amministrazioni e privati, la cattiva regolazione dell'economia. Ciascuno di questi problemi può avere qualche rapporto con il tema della semplificazione, ma ha le proprie cause e i propri rimedi.»; M. CAMMELLI, *Amministrare senza amministrazione*, in *Il Mulino*, n.4/2016, 578 ss.; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1999, 41, secondo il quale «Una «macchina» amministrativa non semplificata rende impossibile ogni semplificazione, a meno che questa non sia semplicemente intesa come il ritiro incondizionato dell'amministrazione da quelle aree di interessi e di attività per tradizione affidati alla sua cura»; A. MOLITERNI, *Semplificazione della burocrazia e crescita economica*, in *L'impresa italiana. Il contesto*, a cura di F. AMATORI, M. D'ALBERTI, Torino, 2020.

⁹⁰ Ciò attraverso la creazione di piattaforme digitali per la gestione delle pratiche edilizie, che permettano la presentazione, gestione e monitoraggio online delle pratiche e l'implementazione del B.I.M. (*Building Information Modeling*) per la progettazione e gestione delle costruzioni.

⁹¹ Come ha sottolineato il T.A.R. Campania, sez. II, 30 ottobre 2019, n. 1877 «In materia urbanistica il fatto che l'effetto autorizzatorio discenda in modo diretto e immediato dal silenzio – assenso, al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge ex art. 20, commi 1 e 8, del D.P.R. n. 380/2001, non è incompatibile con l'interesse ad ottenere

Un altro ambito in cui – ad avviso di chi scrive – il legislatore dovrebbe intervenire con misure di incentivazione è quello dell'esercizio associato delle funzioni urbanistiche ed edilizie, soprattutto nei piccoli Comuni. Sebbene, infatti, la previsione di un esercizio associato delle funzioni fondamentali sia stato previsto fin dal decreto legge 31 maggio 2010, n. 78⁹², che espressamente richiamava fra dette funzioni quelle in materia urbanistica ed edilizia⁹³, tale obiettivo fatica a realizzarsi.

Dopo che la Corte costituzionale dichiarò parzialmente illegittima la previsione generalizzata dell'obbligo di gestione associata per tutte le funzioni fondamentali – ritenuta eccessivamente rigida e perciò lesiva delle prerogative dell'autonomia⁹⁴ – ha, infatti, precisato che l'esercizio in forma associata delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici non altera di per sé il tessuto strutturale e il sistema delle autonomie locali⁹⁵ e il legislatore ha introdotto diverse misure incentivanti l'unione e la fusione dei Comuni⁹⁶. Ciononostante, quest'ultimi tutt'oggi non utilizzano i detti modelli organizzativi che pure sono finalizzati a superare le difficoltà legate alla frammentazione dei piccoli comuni e al conseguimento di una maggiore efficienza. Ciò soprattutto a fronte di alcuni apparenti disagi (aumento del carico di lavoro, spostamenti più frequenti di sedi e maggiore esposizione a responsabilità verso terzi) che, accompagnati a resistenze di tipo campanilistico degli organi di indirizzo politico, non consentono l'affermazione del modello.

Nel caso che ci occupa, però, la condivisione di risorse umane e com-

comunque il permesso di costruire espresso, poiché quest'ultimo è l'unico, soprattutto nel caso di interventi edilizi di una certa portata, ad essere in grado di soddisfare l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche soggettive nei rapporti con i terzi, oltre che nei riguardi della stessa amministrazione».

⁹² Il decreto è stato convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

⁹³ In particolare, fra le funzioni individuate dall' art. 14, comma 27, del d.l. n. 78/2010 ritroviamo quelle relative al catasto, alla pianificazione urbanistica ed edilizia e all'edilizia scolastica.

⁹⁴ Corte costituzionale 4 marzo 2019, n. 33.

⁹⁵ Tale forma di esercizio delle funzioni amministrative, infatti, corrisponde a un modello già presente nell'ordinamento, in particolare il riferimento è al Capo V del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che prevede e disciplina diverse forme associative.

⁹⁶ Per una rassegna dei principali interventi si veda il documento del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Gestione associata delle funzioni comunali, unioni e fusioni di comuni del 29 settembre 2022*.

petenze nei piccoli comuni in cui gli uffici tecnici sono composti, talvolta anche da uno o due dipendenti, consentirebbe una migliore organizzazione del lavoro, un accrescimento professionale e una più rapida gestione delle istruttorie.

Si potrebbe, allora, provare a supportare questo processo di ammodernamento con gli strumenti di formazione e valutazione del personale previsti dall'ordinamento, in modo da favorire quel cambiamento culturale necessario alla cooperazione fra enti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi – da alcuni avanzata⁹⁷ – di rafforzare il piano della valutazione della *performance*, rendendola effettiva con conseguenze sanzionatorie, da un lato, nonché premiali dall'altro⁹⁸.

Un'alternativa possibile poi potrebbe essere quella di investire sulla formazione⁹⁹ digitale del personale amministrativo, così da introdurre

⁹⁷ Come sottolineato, *ex multis*, da P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica*, cit., 83, «Ed è del tutto velleitaria e improbabile, devo aggiungere, l'idea che il silenzio-assenso possa svolgere una funzione educativa per l'amministrazione, abituandola a provvedere nei termini. Chi davvero volesse un'amministrazione capace di rispondere (e appropriatamente) nei termini dovrebbe evidentemente battere altre strade, più impervie e impegnative (abbandonare l'errore dello Stato minimo, tornare a investire sulla pubblica amministrazione, garantire il *turn over* dei funzionari, migliorare e rafforzare la formazione, introdurre finalmente una valutazione delle *performance* “vera” e non, come oggi, del tutto fittizia e inutile, premiare il merito, *etc.*)».

⁹⁸ In tal senso, anche S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 87, il quale rileva che il rimedio del silenzio assenso, così come configurato ed interpretato, finisce soltanto per caricare «sul privato e, talvolta, sull'organo giudicante, il peso di adempimenti che istituzionalmente sarebbero spettati all'amministrazione». Ragion per cui, l'a. suggerisce di «non discostarsi dalle coordinate indicate dal nostro ordinamento positivo» e di dare «attuazione alle indicazioni contenute nell'art. 2, l. n. 241/1990 relativamente alle possibili responsabilità addebitabili ai funzionari colpevoli dell'inerzia». Infatti, «(N)el variegato mondo delle inerzie amministrative anche il silenzio assenso rappresenta, a suo modo, con le distorsioni che talvolta ne conseguono, una patologia dell'azione, confermata dalla richiesta di tutela da parte del privato che altrimenti sarebbe da considerarsi inammissibile».

⁹⁹ S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, Convegno AIPDA 6/7 ottobre 2016, che afferma che «la nostra amministrazione dipende da terzi, non ha tecnici interni dell'amministrazione, non sa progettare, per ogni decisione deve chiedere all'esterno». Nonché, più in generale sul tema del continuo ricorso a soggetti esterni all'amministrazione per l'assunzione di decisioni strategiche o per la gestione di difficoltà organizzative interne, particolarmente interessanti appaiono le riflessioni di M. MAZZUCATO; R. COLLINGTON, *Il grande imbroglio. Come le società di consulenza indeboliscono le imprese, infantilizzano i governi e distorcono l'economia*, Roma, 2023.

strumenti idonei ad agevolarne effettivamente il lavoro in termini qualitativi ma anche a ridurre i tempi necessari a svolgere gli adempimenti e le verifiche propedeutiche al rilascio del permesso di costruire¹⁰⁰; posto che l'obiettivo primario dovrebbe essere quello di individuare soluzioni capaci di assicurare il rilascio tempestivo del titolo abilitativo espresso, così da far agire l'amministrazione nel pieno rispetto dell'assetto degli interessi che vengono in rilievo nel settore, non invece quello di spostare sul privato l'onere di individuare il regime applicabile alla singola attività che intende intraprendere, nonché tutta la documentazione a tal fine necessaria una volta che si è preso atto dell'inefficienza dell'amministrazione

La semplificazione, infatti, contrae in vario modo i tempi della decisione, che deve però pur sempre restare dell'amministrazione, altrimenti il legislatore se avesse ritenuto che si potesse fare a meno di un titolo autorizzativo, espresso o tacito, più che a strumenti di tal tipo sarebbe ricorso a misure di liberalizzazione.

Abstract

¹⁰⁰ In argomento, di interesse è la recente proposta di ricorrere all'utilizzo dell'I.A. nell'ambito del governo del territorio, in particolare per la valutazione delle domande di condono, di V. VISIONE, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, Napoli, 2023, secondo il quale «Posto che la piaga dell'abusivismo edilizio si combina con l'ulteriore male italico dell'immobilismo perpetuo, in tale quadro composito e patologico – non solo da un punto di vista giuridico – la mediazione algoritmica potrebbe ergersi quale irrinunciabile soluzione di supporto alla mole di lavoro ascritta all'amministrazione». Più nel dettaglio, l'a. immagina che «(...) in difetto di margini di discrezionalità, la P.a. potrebbe adottare un programma che valuti la completezza documentale della richiesta. Il funzionario, attesa l'indefettibile e prodromica dematerializzazione dell'intero asset documentale (bollettini pagati dall'istante, individuazione grafica dell'immobile), inserendo codesti input nella macchina, otterrebbe l'output-provedimentale indicante l'assenso o il diniego alla domanda di condono: trattasi di una circostanza in cui la P.a. esegue attività vincolata, suggerendo l'utilizzo di un software basato su una logica algoritmica di tipo deterministico. Nel caso di sussistenza di vincoli relativi, alla dematerializzazione della documentazione, dovrebbe seguire la costruzione di un programma basato su un algoritmo di *machine learning*, allenato su una *data lake* in cui includere i precedenti amministrativi utili e strumentali alla valutazione della richiesta rispetto all'interesse pubblico tutelato dall'autorità».

Il contributo analizza il regime del silenzio assenso nel procedimento di rilascio del permesso di costruire, nonché nelle ipotesi in cui il ricorso al c.d. assentimento silenzioso riguarda provvedimenti propedeutici al rilascio dell'anzidetto titolo edilizio, come l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004.

La ricerca mette in luce le incertezze interpretative e applicative che continuano a connotare l'istituto rischiando di vanificarne gli effetti auspicati dal legislatore, ossia la semplificazione dell'azione amministrativa e la ripresa economica del settore edilizio.

Scopo del lavoro è verificare se i principi di efficienza e buon andamento, ispiratori dell'applicazione del silenzio assenso anche nei casi residuali in cui l'ordinamento prevede ancora il permesso di costruire e, quindi, l'esercizio del potere, a tutela del corretto assetto del territorio e di altri interessi pubblici rilevanti, fra cui quello paesaggistico, siano effettivamente meglio garantiti attraverso l'amministrazione per silenzio o se non si debba, invece, propendere per misure di accelerazione del procedimento che ne favoriscano l'attuazione attraverso la garanzia del provvedimento espresso, ipotesi rispetto alla quale viene formulata qualche proposta.

The silent consent in the formation of the building permit and landscape authorisation: between uncertainty of relations and imbalance of public interests. Simplification that does not benefit

The contribution analyzes the regime of silent consent in the procedure for issuing the building permit, as well as in the cases in which the use of the so-called silent assent concerns preparatory measures for the issuance of the aforementioned building permit, such as landscape authorization pursuant to art. 146 of Legislative Decree no. 42/2004.

The research highlights the interpretative and applicative uncertainties that continue to characterize the institute, risking nullifying the effects desired by the legislator, i.e. the simplification of administrative action and the economic recovery of the construction sector.

The aim of the work is to verify whether the principles of efficiency and good performance, inspiring the application of silent consent even in the residual cases in which the law still provides for the building permit

and, therefore, the exercise of power, to protect the correct planning of the territory and other relevant public interests, including the landscape one, are effectively better guaranteed through the administration by silence or it is not necessary, instead, to lean towards measures to accelerate the procedure which favor its implementation through the guarantee of the express decision . Some proposals are made regarding this hypothesis.