

La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso ¹

Giulio Vesperini

Introduzione

Con le modifiche disposte dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, la disciplina generale della denuncia di inizio attività e del silenzio assenso contenuta, rispettivamente, negli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n.241, subisce una trasformazione profonda. Si conserva il nome, ma la sostanza e la finalità dei due istituti mutano in modo significativo rispetto al passato. Di seguito, si argomenta questa tesi, si discutono, contestualmente, i principali problemi interpretativi posti dalla nuova disciplina e si svolgono alcune considerazioni generali sulle implicazioni della stessa.

La versione precedente degli articoli 19 e 20 della legge n.241/1990

Nella disciplina previgente, gli istituti della denuncia sostitutiva e del silenzio assenso presentavano un tratto generale comune e una serie di differenze.

Il tratto comune consisteva nel fatto che entrambi gli istituti avevano ad oggetto un particolare tipo di procedimenti, quelli autorizzatori, dei quali modificavano la disciplina in conformità al principio di economicità dell'attività amministrativa sancito dall'articolo 1 della legge n.241/1990.

Le differenze erano in numero maggiore e riguardavano l'oggetto, i limiti di applicazione, le modalità di individuazione delle fattispecie riconducibili all'una e all'altra disciplina, il contenuto dei poteri dell'amministrazione. Tuttavia, queste differenze, a loro volta, potevano essere spiegate in funzione di una differenza di fondo riguardante le finalità rispettivamente perseguite dalle due norme.

Lo scopo della previsione del silenzio assenso era quello di "offrire nuovi mezzi giuridici per superare l'inerzia amministrativa" ².

¹ Il presente testo nasce da una rielaborazione della lezione svolta al Corso Monografico "Le nuove regole dell'azione amministrativa: LL. 241 del 1990, 15 e 80 del 2005", organizzato dalla S.p.i.s.a., Bologna 24 febbraio 2006, e sarà pubblicato, con qualche variazione, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, a cura di Girolamo Sciullo, Bononia University Press, Bologna (in corso di pubblicazione). Per i commenti e le osservazioni ad una prima versione di questo scritto, desidero ringraziare Sabino Cassese, Stefano Battini e Bernardo Giorgio Mattarella.

² Così, nel parere dell' Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 17 febbraio 1987, n.7/87 sul disegno di legge del governo (A.C. 1913 presentato il 19 novembre 1987) trasfuso, poi, nella legge n. 241 del 1990. Il parere è pubblicato, tra l'altro, in *Foro it.*, 1983, III, c.20 e ss. Il brano citato si legge nella c. 39.

Per converso, l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'articolo 19 era quello di "liberalizzare certe attività private"³. Non si trattava, pertanto, come nel caso precedente di rendere più spedita l'azione amministrativa, quanto, in modo più radicale, di sottrarre certe attività al controllo dell'amministrazione, e di stabilire, con riguardo ad esse, il diverso principio della responsabilità del privato per la correttezza e la legittimità della propria azione.

I due istituti, pertanto, erano portatori di istanze affatto diverse quanto alla conformazione dei rapporti tra l'amministrazione e i cittadini.

Il silenzio assenso perseguiva l'obiettivo di rendere più spediti questi rapporti e, quindi, costituiva parte integrante delle misure di semplificazione contenute nella stessa legge 241.

La denuncia sostitutiva rispondeva al diverso obiettivo di modificare i confini tra il pubblico e il privato, nel senso cioè di ridurre l'area delle regole e dei controlli pubblici riguardanti l'azione dei privati. In questo senso, la norma dell'art. 19 era eccentrica rispetto alla disciplina della legge 241, e alle disposizioni di essa dedicate alla semplificazione dell'azione amministrativa, tra le quali, pure, si trovava inserita⁴. Essa era espressione, piuttosto, delle istanze, presenti nel dibattito degli anni novanta del secolo scorso, per l'eliminazione dei controlli pubblici su attività private, il trasferimento di compiti dai poteri pubblici ai soggetti privati, la privatizzazione delle imprese in pubblico comando, l'apertura alla concorrenza di interi settori produttivi.

Le finalità connesse ai due istituti hanno trovato, però, una realizzazione molto limitata.

Per un verso, infatti, né il legislatore né il governo, nell'esercizio dei poteri regolamentari ad essi attribuiti, hanno prestato attenzione a porre in essere le condizioni necessarie per rendere pienamente funzionale il meccanismo del silenzio assenso, quali, per esempio, la congruità dei termini per la formazione del medesimo; la chiarezza e la comprensibilità della disciplina regolatrice della fattispecie autorizzativa; lo snellimento del relativo procedimento. La mancata realizzazione di tali condizioni serve a spiegare perché, nella pratica, il privato abbia mostrato una certa cautela nell'avvalersi del silenzio assenso e una contestuale preferenza ad attendere piuttosto il provvedimento espresso della pubblica amministrazione, anche se in notevole ritardo rispetto ai tempi previsti. In questo modo, però, nel suo pratico funzionamento, l'istituto del silenzio assenso ha prodotto un effetto paradossale. Esso, infatti, è diventato lo schermo al riparo del quale l'azione amministrativa ha potuto svolgersi in tempi più lunghi di quelli programmati e, soprattutto, contrariamente ai principi informativi della legge n.241/1990, non previamente determinati dall'amministrazione e conosciuti dal privato. Quindi, un istituto introdotto per tutelare il cittadino contro l'inerzia della pubblica amministrazione, di fatto, ha finito in molti casi con l'aumentare l'incertezza dello stesso cittadino circa i tempi e i modi dell'azione amministrativa.

³ *ivi*, c. 38.

⁴ In questo senso, cfr. anche M. P. Chiti, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.* 1996, 181.

Anche l'effettività del meccanismo della denuncia sostitutiva ha incontrato limiti significativi. A questo risultato hanno concorso, tra l'altro, la scarsa chiarezza normativa circa le fattispecie comprese nel dettato dell'articolo 19 della legge n.241/1990; l'attenuazione nella pratica amministrativa dei confini tra denuncia sostitutiva e silenzio assenso; un indirizzo giurisprudenziale in base al quale, contrariamente alla lettera della norma e all'interpretazione fattane dalla maggior parte della dottrina, l'esercizio dell'attività di controllo e di repressione da parte dell'amministrazione sulle attività iniziate a seguito di denuncia non è, in linea di principio e salve eccezioni specifiche, sottoposto a limiti di decadenza ⁵.

La nuova disciplina degli articoli 19 e 20. L'articolo 19.

La legge n. 80/2005, nel quadro delle misure del cd. "pacchetto competitività", introduce modifiche radicali ad entrambi gli istituti, senza risolvere, e anzi aggravando, gli indicati problemi applicativi ad essi connessi.

Per dimostrare questa tesi, l'esame che segue illustra i contenuti essenziali delle due norme, ne discute i principali problemi interpretativi, si sofferma criticamente sulla loro coerenza rispetto agli obiettivi perseguiti.

Cominciamo con l'esame del nuovo articolo 19.

I profili di maggiore innovazione riguardano l'ambito di applicazione del nuovo regime; la disciplina del procedimento che il privato deve seguire; il regime dei poteri dell'amministrazione.

La denuncia di inizio attività si applica, in termini molto approssimativi, a quei procedimenti ad iniziativa di parte: a) che non rientrino nelle categorie per le quali resta necessario un atto formale. In particolare, si deve ritenere che le categorie di procedimenti – che di seguito saranno indicate - sottratte all'applicazione del silenzio-assenso siano altresì sottratte – *a fortiori* – all'applicazione dell'istituto della denuncia di inizio attività; b) che siano preordinati al rilascio di un provvedimento di consenso della pubblica amministrazione in ordine ad una attività del privato, quale che ne sia la qualificazione legislativa (in particolare, "*autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per la iscrizione in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale*"); c) per i quali il rilascio del provvedimento non sia subordinato ad una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, ma "*dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi generali, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o*

⁵ In questo senso, Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 2000, n. 1078.

specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi". Si tratta, in altri termini, di situazioni nelle quali la decisione non dipende da apprezzamento di interessi.

A questo ultimo riguardo, si discute se la "nuova" denuncia di inizio attività si applichi ad ipotesi nelle quali il provvedimento di consenso è subordinato a valutazioni tecniche opinabili (discrezionalità tecnica). La nuova formulazione della norma, infatti, non ripete l'inciso del testo previgente, che escludeva la denuncia di inizio attività ove fossero necessarie, per l'accertamento dei presupposti, "*prove che comportino valutazioni tecnico discrezionali*". La tesi secondo la quale la denuncia di inizio attività resti esclusa nei casi di discrezionalità tecnica muove dal termine "*accertamento*" dei requisiti e presupposti di legge, che andrebbe inteso in senso tecnico, come distinto, cioè, da una "*valutazione*" tecnica (come è noto, il termine accertamento esclude l'opinabilità, mentre il termine valutazione implica un margine di discrezionalità tecnica).

La tesi contraria, invece, utilizza, assieme al dato testuale già menzionato, altri tre ordini di argomenti. Anzitutto, muove da un dato sistematico: l'incremento delle esclusioni, rispetto al testo previgente ⁶, si giustifica soltanto a fronte di una estensione della denuncia di inizio attività alle autorizzazioni che comportano discrezionalità tecnica: altrimenti la nuova denuncia di inizio attività avrebbe un ambito di applicazione più circoscritto che in passato, in contrasto con l'intento semplificatore del legislatore del 2005.

In secondo luogo, si osserva che la disciplina del comma 3 dell'articolo 19 sulla acquisizione di pareri mal si concilierebbe con la tesi della restrizione dell'istituto alle sole attività vincolate, dal momento che essa regola l'introduzione nel procedimento di interessi pubblici che si suppone debbano essere poi ponderati dall'amministrazione agente nell'esercizio di un potere di natura discrezionale.

Infine, l'attribuzione alla pubblica amministrazione, scaduto il termine di trenta giorni, del potere di autotutela e, in particolare, di quello di revoca, presuppone necessariamente l'esistenza di un margine di discrezionalità in capo all'amministrazione, e quindi sembra confermare l'applicabilità dell'istituto della denuncia di inizio attività anche alle autorizzazioni espressione di un potere discrezionale di tipo tecnico. A questo ultimo argomento, però, si potrebbe obiettare che la revoca presuppone piuttosto una discrezionalità di tipo amministrativo, non di tipo tecnico.

Si discute, poi, anche dei limiti di applicazione dell'istituto della denuncia di inizio attività. Così, per esempio, il riferimento agli obblighi derivanti dal diritto comunitario, pur giustificabile in linea di principio con l'ostilità mostrata dalla Corte di giustizia verso le autorizzazioni silenziose,

⁶ In precedenza, erano escluse le concessioni edilizie, le autorizzazioni da rilasciare ai sensi delle normative del 1939 sulla tutela delle cose di interesse artistico, storico ecc e sulla tutela del paesaggio e del 1985 sulla tutela dell'ambiente; ora, invece, la denuncia sostitutiva non può riguardare gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, alla tutela della salute, nonché quelli imposti dalla disciplina comunitaria.

andrebbe verificato caso per caso, perché non sempre la Comunità esige un provvedimento espresso: ne fornisce un esempio la disciplina europea delle autorizzazioni alla partecipazione al capitale delle banche. Inoltre, l'esclusione disposta dall'articolo 19 dei casi in cui il rilascio degli atti abilitativi sia soggetto agli strumenti di programmazione, introduce una contraddizione, perché anche questi appartengono al tipo degli atti a contenuto generale sulla cui base possono essere rilasciati provvedimenti a carattere vincolato, secondo quanto previsto dallo stesso articolo nel comma 1.

Di maggiore rilievo, però, per definire l'ampiezza del nuovo istituto della denuncia di inizio attività, è il regime delle limitazioni disposte per la tutela di una serie di interessi elencati espressamente dalla legge (la denuncia di inizio di attività non può trovare applicazione nelle attività riguardanti la difesa nazionale, la sicurezza pubblica, la salute e l'incolumità pubblica, la giustizia, le finanze e l'immigrazione).

Le deroghe sono, per numero e rilevanza qualitativa, decisamente più ampie di quelle previste nel precedente regime. Questa conclusione risulta rafforzata dalla constatazione che i confini della deroga sono determinati non già in ragione del dato oggettivo dell'inerenza dell'atto amministrativo da sostituire all'interesse pubblico in questione, ma di quello soggettivo dell'imputazione del medesimo atto ad una amministrazione preposta alla cura di uno di quegli interessi indicati dalla norma. Ma, come è noto, l'amministrazione non sempre cura in via immediata gli interessi dei quali ha la titolarità. Si aggiunga a questa considerazione di carattere generale quella sulle conseguenze paradossali alle quali una tale interpretazione porterebbe nel caso di amministrazioni, quali quelle territoriali, preposte alla cura di una molteplicità di interessi. Per esempio, non vi è dubbio che il comune abbia tra le sue attribuzioni quelle concernenti la pubblica sicurezza e l'incolumità: ne dovrebbe derivare, allora, che per tutti i procedimenti del comune medesimo debba escludersi la possibilità di applicazione dell'istituto della denuncia?

La lettera della legge, quindi, sembra deporre in modo chiaro per una interpretazione estensiva dei limiti di operatività del nuovo istituto della denuncia di inizio attività. Ma una considerazione più adeguata delle conseguenze di tale interpretazione e della loro contraddittorietà con le finalità perseguite dalla legge impone una maggiore cautela e potrebbe suggerire, quindi, anche a costo di forzare il dato letterale, di accordare maggiore rilievo all'interesse curato dall'amministrazione nel singolo procedimento considerato.

Passiamo al regime del procedimento. Questi sono i passaggi essenziali:

i. il privato interessato presenta alla pubblica amministrazione una *“dichiarazione (...) corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste”*;

ii. trascorsi trenta giorni, l'interessato inizia l'attività oggetto della dichiarazione, dandone comunicazione all'amministrazione competente;

iii. nei successivi trenta giorni, la pubblica amministrazione può compiere l'accertamento circa la corrispondenza dell'attività proposta alla norma regolatrice e, in caso negativo (*"accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti"*), adottare un provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività stessa e di rimozione dei suoi effetti. Tuttavia, nei casi nei quali la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi fino all'acquisizione del parere, fino ad un massimo di trenta giorni. Scaduto inutilmente questo termine, l'amministrazione può adottare i provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato;

Anche la disciplina procedimentale aggrava, rispetto al passato regime, la posizione del privato: il procedimento di formazione si complica, considerato che il privato deve effettuare non una denuncia, ma due; l'interessato deve ora attendere il decorso dei trenta giorni fissati per l'esercizio dei poteri di divieto di prosecuzione dell'attività per iniziare la stessa, mentre nel regime precedente poteva avviare la stessa subito dopo la presentazione della denuncia; si introduce la variante della possibile sospensione del termine per il tempo necessario ad acquisire i pareri di altre amministrazioni.

Un altro importante mutamento, introdotto dalla disciplina del 2005, ha ad oggetto i poteri dell'amministrazione. In particolare, l'articolo 19, comma 3, stabilisce ora che, decorso il termine previsto per l'adozione dei provvedimenti di inibizione dell'attività, è comunque fatto salvo il potere della amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela in base agli articoli 21 *quinquies* (revoca) e 21 *nonies* (annullamento).

Come è noto, il potere di annullamento d'ufficio presuppone l'invalidità del provvedimento e l'esistenza di ragioni di interesse pubblico per annullarlo (non è sufficiente la sola esigenza di privare di efficacia un atto illegittimo). Può essere adottato *"entro un termine ragionevole"* e *"tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati"*: ciò significa, in particolare nei procedimenti ad iniziativa di parte, che occorre tener conto dell'affidamento in buona fede del privato. Ha l'effetto di estinguere retroattivamente gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento annullato, ovvero dal realizzarsi della diversa fattispecie della denuncia di inizio attività o del silenzio assenso. Il potere di revoca, invece, presuppone una nuova e diversa valutazione discrezionale, che può essere in particolare determinata: da *"sopravvenuti motivi di interesse pubblico"*; da un *"mutamento della situazione di fatto"*; da una *"nuova valutazione dell'interesse"*

pubblico originario”; obbliga l’amministrazione ad indennizzare i pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati; estingue, dal momento dell’adozione dell’atto di revoca, gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento annullato, ovvero dal realizzarsi della diversa fattispecie della denuncia di inizio attività o del silenzio assenso.

Il rinvio operato, dal nuovo articolo 19, alle due disposizioni indicate pone il problema fondamentale di individuare l’oggetto del provvedimento di autotutela. Come è noto, infatti, nel caso della denuncia di inizio attività, manca non solo un provvedimento formale, ma anche un atto fittizio della pubblica amministrazione, quale il silenzio assenso. Vi è solo una dichiarazione del privato.

Si possono formulare diverse ipotesi al riguardo. La prima è che, con il rinvio in questione, il legislatore si sia inteso riferire solamente alle eventuali decisioni espresse adottate dall’amministrazione, ai sensi dello stesso articolo 19 (per esempio, quella di divieto di prosecuzione o quella di invito alla conformazione). Ma, in questo modo, la norma risulterebbe pleonastica, poiché, anche senza di essa, gli atti adottati dall’amministrazione sarebbero soggetti al regime generale degli atti amministrativi.

Una seconda ipotesi potrebbe essere quella di considerare la norma sull’autotutela un indizio della natura provvedimentale del silenzio della pubblica amministrazione, e della conseguente qualificazione dello stesso come silenzio assenso⁷. Si tratta, però di una soluzione alquanto dubbia perché la normativa mantiene una distinzione tra i due istituti. Le sovrapposizioni tra la disciplina della denuncia e quella del silenzio assenso (per esempio, in materia di sanzioni, in base all’articolo 21, legge n.241/1990) non ne annullano la reciproca autonomia, come peraltro conferma la disciplina concernente gli ambiti applicativi, il termine e la tutela processuale.

Una terza ipotesi, prospettata in dottrina, è quella per la quale il richiamo agli istituti di autotutela andrebbe inteso non alla lettera, ma come se vi fosse scritto “nelle forme e nei modi dei” procedimenti di revoca e di annullamento di ufficio. Ciò significherebbe che, decorso il termine di

⁷ In questo senso, peraltro, sembra essersi orientata una recente sentenza del Tar Pescara (1° settembre 2005, n. 494), riguardante la denuncia di inizio attività in materia edilizia: “(...) la nuova disciplina, con una disposizione (probabilmente) non coerente con l’originaria disciplina dell’istituto, che aveva in realtà escluso la necessità di un titolo provvedimentale di legittimazione (anche implicito) ha precisato che, ove non sia stata interdetta nei termini (di certo perentori) l’esecuzione dell’opera, l’Amministrazione, nel caso in cui l’opera non sia in realtà conforme alle disposizioni prescritte per la relativa realizzazione, possa comunque esercitare i propri poteri di revoca (art. 21 *quinquies*) e di annullamento (21 *nonies*). Da tale previsione normativa, sembra, in realtà al Collegio che il Legislatore abbia assunto una specifica posizione in ordine alla natura giuridica della D.I.A.: ipotizzando, invero, l’adozione di provvedimenti di secondo grado, il Legislatore ha inteso la D.I.A. come un atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia (oggi dichiarazione) del privato e del conseguente comportamento inerte dell’Amministrazione. E secondo la nuova normativa questo provvedimento tacito, ove non conforme alla normativa vigente potrebbe essere revocato o annullato dal Comune solo nell’ipotesi in cui ricorrano i presupposti previsti dai predetti articoli (...) Per cui (...) sembra al Collegio che nella nuova previsione normativa la D.I.A. sia stata intesa dal Legislatore quale un atto abilitativo tacito, sul quale poi esercitare i previsti poteri di autotutela”. In senso analogo, da ultimo, si veda Tar Piemonte, II, 19 aprile 2006, n. 1885.

trenta giorni, l'interdizione dell'attività potrebbe essere disposta per il mutamento della situazione di fatto (non vi dovrebbe essere spazio, invece, per l'apprezzamento di ragioni di pubblico interesse che si assumono estranee ai procedimenti sottoposti a denuncia di inizio attività) o per l'originaria contrarietà dell'attività alla legge, non tempestivamente rilevata dalla pubblica amministrazione. In entrambi i casi, comunque, andrebbero rispettate le garanzie procedurali e sostanziali previste dagli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies*⁸. Ciò distinguerebbe questa manifestazione del potere di interdizione da quella riscontrabile in pendenza del termine di trenta giorni, che la legge risolve in modo più stringente essenzialmente come giudizio di conformità del fatto al diritto⁹.

In base a questa ricostruzione, che pare la più convincente, pertanto, il termine di trenta giorni previsto dall'articolo 19 non potrebbe più ritenersi perentorio e il potere dell'amministrazione regolato dallo stesso articolo non potrebbe ritenersi consumato all'inutile scadere di quel termine. Una tale disciplina, però, innova in modo profondo l'istituto della denuncia di inizio attività. Infatti, malgrado qualche diversa posizione della giurisprudenza, nel regime precedente era affermazione condivisa quella per la quale, trascorso inutilmente il termine previsto dalla legge per l'adozione del divieto di prosecuzione dell'attività, il potere della stessa amministrazione fosse da ritenersi consumato. Ne conseguiva la convinzione che, oltre quel termine, l'attività del privato fosse liberalizzata, ovvero non più soggetta ad un regime di controllo amministrativo. Nel nuovo regime, viceversa, l'attività del privato continua ad essere soggetta ad un potere di vigilanza della amministrazione, nell'esercizio del quale questa, anche dopo la scadenza del termine, può disporre l'inibizione alle condizioni previste dagli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n.241/1990. Quindi, non è più possibile qualificare l'attività in questione come attività liberalizzata e, conseguentemente, non trova più fondamento normativo la contrapposizione, tracciata nel precedente regime, tra le finalità di liberalizzazione dell'articolo 19 e quelle di semplificazione dell'articolo 20.

L'esame svolto conferma, pertanto, l'ipotesi iniziale. Il nuovo regime della denuncia di inizio attività si differenzia in modo significativo da quello precedente, sotto tutti e quattro i profili considerati: l'ambito di applicazione, con l'estensione alle autorizzazioni che richiedono valutazioni tecniche di tipo discrezionale; il regime delle eccezioni, che comprende tutti gli atti delle amministrazioni preposte alla cura degli interessi indicati dalla legge; la disciplina procedimentale che impone nuovi oneri al privato; quella dei poteri dell'amministrazione, che configura il regime

⁸ Si veda al riguardo Tar Toscana, sez. I, 13 luglio 2005, n.3272: "*l'intervallo temporale...di cui all'art. 19 legge 241/90, deve essere interpretato non come termine necessario per il formarsi del silenzio-assenso, e cioè di un atto giuridico tacito avente, però, natura provvedimentale ed autorizzatoria, bensì come termine massimo per l'esercizio dei poteri di controllo da parte della PA*".

⁹ Si veda sul punto G. Fonderico, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in questa rivista, 2005, p. 1017, *ivi* p.1026.

della denuncia come una variante di quello del silenzio assenso e che, conseguentemente, fa perdere di pregio alla qualificazione delle attività che ad esso sono sottoposte come attività (sia pure parzialmente) liberalizzate ¹⁰.

L'articolo 20

Anche la nuova disciplina del silenzio assenso si differenzia in modo significativo da quella contenuta nella versione precedente dell'articolo 20 della legge n. 241/1990.

Il punto di maggiore innovazione concerne l'ambito di applicazione della normativa.

Nella nuova versione dell'articolo 20, infatti, l'istituto del silenzio assenso si applica in via residuale a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte, per i quali l'amministrazione non provveda entro i termini previsti dalla legge, e che, per un verso, non rientrino nelle categorie per le quali l'ordinamento pretende necessariamente un atto formale espresso e, per l'altro verso, siano sottratti all'applicazione della denuncia di inizio di attività, soprattutto in considerazione del fatto che il rilascio del provvedimento amministrativo è subordinato a valutazioni discrezionali. Si segna, così, una differenza importante rispetto al passato. Infatti, nella formulazione originaria dell'articolo 20, l. 241/1990, il silenzio assenso era istituito di semplificazione dei soli procedimenti autorizzatori; di carattere eccezionale, perché applicabile alle sole fattispecie indicate da apposito regolamento governativo; non suscettibile, quindi, di applicazione in via analogica, anche in ragione del principio generale dell'articolo 2 della stessa legge circa l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

Nella nuova versione, invece, il silenzio assenso diventa regola applicabile alla generalità dei procedimenti ad iniziativa di parte quando scade inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento. Per questi procedimenti, il silenzio costituisce rimedio all'inerzia della amministrazione e attenua gli effetti prescrittivi della norma citata dell'articolo 2. Anche in questo caso, però, la legge ha prestato scarsa considerazione alle implicazioni pratiche di una tale

¹⁰ Deve, infine, farsi menzione di un ultimo ed importante aspetto della disciplina dell'articolo 19, quello concernente il problema della tutela del terzo. Nel regime precedente, si escludeva che il terzo potesse chiedere tutela in forma specifica avverso il silenzio della pubblica amministrazione sulla denuncia di inizio attività, sul presupposto che, scaduto il termine perentorio, il giudice non avrebbe più potuto ordinare alla amministrazione di fare ciò che la legge impediva ad essa. Parte della dottrina ammetteva la tutela per equivalente, ovvero la possibilità per il privato di ottenere il risarcimento per il danno subito da una attività eseguita in modo illegittimo in base alla denuncia di inizio attività, non solo nei confronti del privato denunciante, ma anche nei riguardi della amministrazione che avesse omesso di esercitare il suo potere di vigilanza. Tali questioni possono trovare ora diversa soluzione nella nuova disciplina. Si è detto della tesi secondo la quale il potere di interdizione resta in capo alla amministrazione anche dopo l'inutile decorso del termine. Inoltre, il comma 2 bis dell'articolo 21 della stessa legge n.241/1990, anche esso introdotto con la riforma del 2005, stabilisce che restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte della pubblica amministrazione, previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività, ai sensi degli articoli 19 e 20. Ne consegue che il terzo interessato può sollecitare l'esercizio di questo o quel tipo di potere e, in caso di mancata risposta della amministrazione, chiedere al giudice amministrativo, competente ora, in caso di ricorso contro il silenzio della amministrazione, a conoscere della fondatezza dell'istanza, di ordinare l'esercizio del potere stesso (come indicato anche in una recente decisione del Consiglio di Stato, IV, 22 luglio 2005, n. 3916).

disposizione. Ci si può domandare, per esempio, come possa funzionare il meccanismo del silenzio assenso per procedimenti, pure ad iniziativa di parte, quali quelli di rilascio di certificati e di erogazione di sovvenzioni, nei quali tuttavia un *facere* dell'amministrazione è indispensabile per assicurare all'interessato l'utilità desiderata.

Contestualmente, però, si estendono i casi di esclusione. La relativa disciplina è contenuta nel comma 4 dell'articolo 20. E' interessante osservare come, alle fattispecie di esclusione direttamente previste dalla legge (*"gli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità"*); *"i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali"*; *"i casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza"*), si aggiungano quelle che possono essere determinate, con decisione ampiamente discrezionale, dal governo e dalla pubblica amministrazione. Il primo caso è quello degli *"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"*: per l'identificazione di questi casi la legge non indica alcun criterio, limitandosi a regolare il procedimento per la loro determinazione.

Inoltre, si prevede che l'amministrazione possa evitare la formazione del silenzio assenso in ordine ad una determinata istanza di provvedimento indicendo, nei trenta giorni successivi all'istanza medesima, una conferenza di servizi (articolo 20, comma 2). In questo modo, paradossalmente, un istituto di semplificazione viene utilizzato per contrastare un altro istituto di semplificazione.

Non vi sono, invece, innovazioni significative per quanto riguarda la disciplina del procedimento e quella dei poteri della pubblica amministrazione dopo la formazione del silenzio.

Riguardo al primo profilo: il privato interessato presenta la domanda, secondo il regime tradizionale; entro il termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione può adottare un provvedimento formale (di accoglimento o di diniego); tuttavia, scaduto il termine di conclusione del procedimento senza che la pubblica amministrazione abbia comunicato all'interessato un provvedimento di diniego, *"il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda"*. In questo caso, dunque, il privato viene a trovarsi in una situazione giuridica equivalente a quella in cui si troverebbe ove l'amministrazione – secondo il regime tradizionale – avesse adottato l'atto formale di consenso.

Quanto al secondo aspetto, dei poteri dell'amministrazione, una volta decorso il termine e formatosi il silenzio, la pubblica amministrazione conserva il potere di annullare o revocare l'atto in autotutela, sempre in base agli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge n.241/1990. A differenza di

quanto osservato per la denuncia di inizio attività, però, qui, la nozione di autotutela, grazie alla finzione giuridica dell'atto silenzioso, viene impiegata nel suo significato più congruo, di intervento di secondo grado su un provvedimento illegittimo o divenuto inopportuno. Rimane il fatto che la formazione del silenzio assenso, come l'inutile decorso del termine per l'inibizione delle attività che possono essere iniziate a seguito di denuncia, non forniscono alcuna certezza al privato: l'amministrazione può sempre intervenire successivamente, di ufficio, per non precisate "ragioni di pubblico interesse" ed entro un termine "ragionevole", ma indeterminato.

Conclusioni

Qualche breve osservazione conclusiva.

L'esame svolto ha confermato l'ipotesi iniziale secondo la quale gli istituti della denuncia sostitutiva e del silenzio assenso sono stati profondamente modificati dalla riforma del 2005.

Nel regime del 1990, affinato nel 1993, i due istituti disciplinavano un particolare tipo di procedimenti, quelli di tipo autorizzatorio, e perseguivano obiettivi distinti di liberalizzazione dei rapporti tra amministrazione e privati e di semplificazione dell'azione amministrativa.

Nel regime del 2005, invece, i due istituti costituiscono varianti di un medesimo modello di disciplina, a vocazione tendenzialmente generale, di esercizio della funzione amministrativa, ad iniziativa di parte. Questo modello di disciplina concorre con quello regolato dall'articolo 2 della stessa legge 241/1990, fondato sull'obbligo di concludere il procedimento amministrativo con un provvedimento espresso e motivato, entro un tempo predeterminato, con la sola eccezione dei casi nei quali siano toccati gli interessi sensibili, individuati dal legislatore, per la tutela dei quali il legislatore medesimo ritiene comunque necessario l'intervento formale della pubblica amministrazione.

In questo diverso modello, prefigurato dai nuovi articoli 19 e 20, per un verso, si moltiplicano le occasioni offerte al privato di intraprendere l'attività programmata senza il previo consenso dell'amministrazione, malgrado questo sia previsto per legge: l'inerzia della pubblica amministrazione prolungata nel tempo, pertanto, costituisce, nella previsione normativa, condizione ordinaria di deroga all'ordine legale dei rapporti tra amministrazione e privati.

Per un altro verso, però, le maggiori opportunità offerte al privato di prescindere dal consenso preventivo della amministrazione trovano una serie di correttivi quali l'estensione dei poteri di vigilanza e di repressione dell'amministrazione sull'attività intrapresa in seguito a silenzio; l'ampia discrezionalità accordata alla stessa di disporre circa l'ambito di estensione della normativa; le importanti deroghe previste all'operatività degli articoli 19 e 20; l'aggravamento degli oneri procedurali del privato.

L'effetto raggiunto non è, quindi, quello di liberalizzare il regime di determinate attività, quanto, piuttosto, quello di introdurre un sistema complesso di deroghe, a loro volta oggetto di importanti eccezioni, all'ordine legale dei rapporti tra amministrazione e privati.

E' dubbio anche che questo sistema possa produrre una semplificazione significativa dell'azione amministrativa. Si può ipotizzare, invece, che la combinazione tra l'estensione dei casi di silenzio qualificato, nelle due forme del silenzio assenso e della denuncia sostitutiva, la complessità della disciplina da applicare e la difficoltà correlativa di poterne identificare con certezza le conseguenze puntuali possa aggravare i problemi applicativi dei due istituti, per come già si erano manifestati nel precedente regime. Infatti, all'estensione del numero dei casi nei quali il privato può prescindere dal previo consenso dell'amministrazione una volta trascorso un certo termine, si accompagnano una estensione altrettanto significativa dei poteri della stessa amministrazione di intervenire repressivamente sulla attività avviata, sicché la certezza acquisita di poter avviare l'attività programmata è precaria; un allungamento generale dei tempi di conclusione dei procedimenti (si veda articolo 2, legge n. 241/1990, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n.15), sicché alla certezza sui tempi corrisponde un allungamento dei medesimi; un mancato intervento normativo di snellimento dei procedimenti ad iniziativa di parte, con il rischio conseguente che tanto più è ampio il numero degli interessi privati e pubblici coinvolti, e rilevante la loro qualità, tanto maggiori sono le possibilità che il provvedimento formatosi tacitamente (ove, ovviamente, concorrano vizi dello stesso) sia impugnato dai privati controinteressati o annullato dalla amministrazione nell'esercizio dei poteri di autotutela; una accresciuta incertezza circa le condizioni di applicabilità delle discipline in questione, come è dimostrato, da un lato, dal regime delle eccezioni previste per la denuncia, dall'altro lato, dalle conseguenze paradossali cui condurrebbe l'applicazione alla lettera di alcune disposizioni.

Alle considerazioni generali circa il confronto tra la nuova e la vecchia versione delle due norme, si deve aggiungere quella della presenza nel nuovo regime di diverse contraddittorie tendenze.

La prima è quella tra l'estensione della legificazione della disciplina e la contemporanea estensione dei poteri dell'amministrazione.

Sotto il primo profilo, nel precedente regime era rimesso al regolamento del governo un ampio potere per la determinazione dell'ambito di applicazione dei due istituti: questo determinava le fattispecie da sottoporre a silenzio assenso e, nel testo originario della legge n.241/1990, anche quelle nelle quali il procedimento permissivo poteva essere sostituito da una denuncia di inizio di attività. Nel nuovo regime, invece, la disciplina dei due istituti si esaurisce tendenzialmente nella legge.

Sotto il secondo profilo, rileva, da un lato, l'indicata estensione alle fattispecie soggette alla denuncia di inizio attività dei poteri di autotutela della amministrazione; dall'altro lato, la possibilità attribuita alla medesima amministrazione di escludere dall'applicazione delle norme sul silenzio assenso o, *ex post*, il singolo procedimento già avviato, mediante la mera convocazione di una conferenza di servizi o, *ex ante*, intere categorie di procedimenti, individuate con decreto del presidente del consiglio.

Rispetto al passato, ne deriva, ad un tempo, una maggiore rigidità della disciplina regolatrice e una più ampia e incontrollata discrezionalità dell'amministrazione per dare applicazione alla stessa.

Una seconda contraddizione si riscontra tra la tendenziale riduzione delle linee di confine tra i due istituti e la diversificazione conseguente alla nuova disciplina del silenzio assenso.

Da un lato, come si è visto, viene meno la possibilità di contrapporre la finalità di liberalizzazione connessa alla sostituzione di procedimenti autorizzatori con la denuncia di inizio di attività e quella di semplificazione collegata al silenzio assenso. I due istituti, viceversa, appaiono oggi due varianti di un medesimo regime amministrativo di attività private.

Dall'altro lato, però, il silenzio assenso cessa di essere regola applicabile ai soli procedimenti autorizzatori e si estende a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte. Pertanto, la differenza con la denuncia di inizio attività si colloca meno sul piano delle finalità rispettivamente perseguite, più su quello dell'ambito oggettivo di applicazione.

La terza serie di contraddizioni è quella tra le finalità annunciate dalla legge di riforma e i risultati raggiunti. L'obiettivo annunciato è quello di estendere la semplificazione amministrativa. Ma, anche a voler prescindere dalle considerazioni svolte in precedenza, la nuova normativa introduce significativi elementi di complicazione e di restrizione dell'ambito di operatività dei due istituti, rispetto al passato.

Nota bibliografica

1. Sulla configurazione degli articoli 19 e 20 della legge n.241/1990, nel regime precedente alla riforma del 2005, e le relative problematiche, si vedano, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 55; V. Cerulli Irelli, *"Liberalizzazione" di attività soggette a regime autorizzatorio e "semplificazione" dell'azione amministrativa (artt. 19 e 20 l.241/90)*, in M. Clarich (a cura di), *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Atti del

convegno svoltosi a Siena il 30 ottobre 1992, in *Mondo economico*, Supplemento n. 9 del 27 febbraio 1993; A.Pajno, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, 22; M.Schinaia, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè 1994, tomo II, 1663; A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n.300*, *ivi*, 1863; A. Travi, *Art. 19*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 105; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996; G. Vesperini, *Il silenzio assenso e la denuncia sostitutiva di autorizzazione dopo la legge 241 del 1990: un bilancio*, in *Diritto e società*, 1997, p. 105; G. Acquarone, *La denuncia di nuova attività. Profili teorici*, Giuffrè, Milano, 2000; E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Cedam, Padova, 2001; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004.

2. Sulla nuova disciplina degli articoli 19 e 20, si vedano R. Giovagnoli, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Giuffrè, Milano, 2005; G. Fonderico, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *questa rivista*, 2005, p. 1017; P. Marzaro Gamba, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in www.giustamm.it; G. Morbidelli, *In tema di d.i.a. vecchia e di d.i.a. nuova (spunti tratti da Cons. Stato Sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916)*, in www.giustamm.it; S. Amorosino, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amministrativo. T.A.R.*, 2005, p. 2635; G. Ferrero e F. Risso, *Il silenzio inadempimento, il silenzio assenso e la dichiarazione di inizio attività dopo la legge n. 80 del 2005*, *Foro amministrativo, C.d.s.*, 2005, p. 3765; A. Gandino, *La nuova D.I.A.: a proposito di semplificazione e di autotutela*, in *Foro amministrativo, T.A.R.*, 2005, p. 3805; A. Vacca, *La natura giuridica della d.i.a., con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3 comma 1, d.l. 14 marzo 2005, n.35 convertito con modificazioni nella l.14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amministrativo, T.A.R.*, 2006, p. 870.

