amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'attestazione della formazione del silenzio assenso: tra "certezze pubbliche" e incertezze applicative

di Augusto Di Cagno

(Abilitato alle funzioni di professore universitario di Seconda Fascia in Diritto Amministrativo - già Ricercatore universitario di diritto amministrativo)

Sommario

1. Profili introduttivi a uno studio sull'attestazione della formazione del silenzio assenso come rimedio per la maggiore certezza e stabilità della fattispecie. 2. Le incertezze e l'instabilità del silenzio assenso alla base dello strumento dell'attestazione: l'attestazione come recupero del provvedimento. 3. L'incerto inquadramento dell'attestazione e della sua efficacia. Tra atto ricognitivo e potere produttivo di certezza. 4. L'attestazione sulla formazione del silenzio assenso nei rapporti con i poteri di primo grado e di secondo grado. 5. L'attestazione "sostituita" dalla dichiarazione del privato resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000: criticità e soluzioni interpretative. 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

The author offers a study on the certification of tacit consent formation, as provided for by Article 20, paragraph 2-bis, Law No. 241/1990, analyzing its framing as an instrument for the production of public certainty. In a context of uncertainties that characterize tacit consent, the legal instrument under this research risks raising further uncertainties and requires a systematization that allows for the verification of its real utility. Issues such as the relationship with the various administrative powers, both first and second instance, with which the certification of tacit consent interacts are analyzed. Finally, the critical points and interpretative solutions underlying the private self-declaration that, after ten days from the applicant's request, "replaces" the certification are examined, in order to develop conclusive and reconstructive considerations of the examined legal instruments.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Profili introduttivi a uno studio sull'attestazione della formazione del silenzio assenso come rimedio per la maggiore certezza e stabilità della fattispecie.

Il silenzio assenso ha avuto una posizione privilegiata al centro del dibattito sviluppatosi in dottrina[1] e giurisprudenza, che ha consentito di affrontare plurimi profili, che, senza voler ripercorrere i termini di una letteratura vastissima sull'argomento, vanno dalle questioni inerenti alla sua natura (attizia o meno), ai suoi presupposti, ai suoi rapporti con il dovere di provvedere di primo grado e all'esercizio del potere di autotutela, fino ai profili di natura più squisitamente processuale. È indubbio che la progressiva maggiore attenzione dedicata all'istituto è derivata anche dalle più recenti disposizioni introdotte con i decreti c.d. semplificazione, d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020, e d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021 che hanno inteso rafforzare l'efficacia del silenzio assenso come misura di semplificazione, introducendo, non senza perplessità e critiche sollevate da autorevole dottrina, previsioni come il comma 8 bis dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, che stabilisce un'atipica fattispecie di inefficacia dell'atto tardivo intervenuto dopo la formazione del silenzio assenso[2]; nonché, ed è questo l'oggetto della presente

[1] Nell'ambito di una vastissima letteratura, senza alcuna pretesa di completezza, si citano F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 e ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; P.G. LIGNANI, *Silenzio* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 559 e ss.; F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione* (dir. amm.), in Enc. giur., XXVIII, Roma, 1992; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; ID., *Silenzio della pubblica amministrazione,* in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 234 e ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 179 e ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio-A. Police-A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle ll. n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 123 e ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, Napoli, 265 e ss.; W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20,* in Bartolini, Fantini, Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 485 e ss.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 653 e ss.; M. D'ORSOGNA-R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321 e ss.; R. CAPONIGRO, *I comportamenti taciti della p.a.*, in C. Contessa-R. Greco (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole* (a trent'anni dalla l. n. 241/1990), Piacenza, 2020, 322 e ss.

[2] Sulla novella introdotta nell'art. 2, co. 8-bis, l. n. 241/1990, si vedano *ex multis* M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 173 e ss.; E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 1928 e ss.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *www.federalismi.it*, 10/2020, 21 e ss.; ID., *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *Ambientediritto*, 1/2021, 1 e ss.; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2021, pp. 9 e ss; 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*, 2021, pp. 153 e ss.; M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, pp. 38 e ss.; C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, pp. 53 e ss.; F. CAMPOLO, *Oltre il dogmatismo: la nuova dimensione dell'inefficacia pubblicistica*, in *Nuove Autonomie*, 2022; R. CAROCCIA, *Attuale conformazione e confini dell'istituto del silenzio assenso dopo il d.l. 31*

ISSN 2036-7821

ricerca, la disposizione contenuta del comma 2-bis dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990[3].

Il comma 2-bis dell'art. 20, recependo con valenza generale per tutte le ipotesi di silenzio assenso la previsione già introdotta nel comma 8 dell'art. 20 del t.u. edilizia[4], ha stabilito 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*"; che "*decorsi*

maggio 2021 n. 77, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 113 e ss.; A. BERRETTINI, *Azione di mero accertamento, regime del silenzio assenso ed inefficacia provvedimentale: nuova linfa alla tutela dichiarativa nel processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 546 e ss.; L. GOLISANO, *L'inefficacia degli atti tardivi e i presupposti per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia*, in *federalismi.it*, 2023, fasc. 4, pp. 40 e ss.; F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, Napoli, 2024.

[3] In tal senso si è rilevato che lo strumento dell'attestazione potrebbe porre nel nulla la funzione di semplificazione sottesa al silenzio assenso imponendo comunque il rilascio di un atto, e dunque imponendo un ulteriore aggravio all'amministrazione. Sul punto si veda R. CAROCCIA, *Attuale conformazione e confini dell'istituto del silenzio assenso dopo il d.l. 31 maggio 2021 n. 77*, cit., 115; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 175; in chiave critica sempre M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022; Id., *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021, secondo cui, pur riconoscendo che una logica della misura potrebbe rinvenirsi nell'esigenza di dare contezza che l'istanza è rimasta effettivamente senza riscontro dell'intervenuto accoglimento della domanda (alla scadenza di tale termine, "*l'obiettivo sembra purtroppo ancora una volta fallito, perché, come visto, a fronte della, prevedibile, ulteriore riluttanza degli uffici ad attestare la formazione del provvedimento implicito, di questo "intervenuto accoglimento" il legislatore parrebbe, con un ennesimo ingiusto trasferimento di responsabilità, chiedere all'istante di rendere una autodichiarazione ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, con tutti i rischi (di indebita confusione tra falsa dichiarazione e errore di diritto) già evidenziati*"; con la conseguenza che "*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"*. Negli stessi termini C. FRAGOMENI, *Effettivita` della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo*, in *il diritto dell'economia*, 2023, 241; cfr. altresì A. FORMICA, *L'inefficacia del provvedimento quale strumento di tutela rafforzata del privato dalle nuove disposizioni materia di semplificazione amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Torino, 2021, p. 115; G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, 278 ss. e segn. 291, ove si rileva che "*A ben guardare, tuttavia, la soluzione non avrebbe alcuna utilità, in quanto l'atto ricognitivo dell'amministrazione si limiterebbe a dichiarare che, in assenza del provvedimento espresso, si sono verificati gli effetti di quest'ultimo, aspetto che, tuttavia, è proprio quello già formalizzato dalla legge*" e p. 296, ove si evidenzia la difficoltà di distinguere tra atto accertativo e atto tardivo. In termini critici anche M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, cit., 49, secondo cui "*anche se lo scopo della novità introdotta è soddisfare un'istanza di semplificazione, nondimeno essa genera un effetto di complicazione: crea 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*". Sulle novità introdotte con il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, cfr. E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2022, 1, pp. 160 e ss., che si sofferma proprio sull'istituto dell'attestazione del silenzio assenso (pp. 185 e ss.).

[4] Ciò in forza dell'art. 62, d.l. n. 77/2021, c.d. decreto semplificazioni 2021, conv. in l. n. 108 del 29 luglio 2021, all'art. 20, l. n. 241/1990, che ha generalizzato, pur con le dovute differenze tra le due norme, quanto già era stato previsto dal comma 8 dell'art. 20 del t.u. edilizia, modificato dal d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020.

ISSN 2036-7821

inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445". Introducendo per legge una soluzione già adottata in altri ordinamenti[5] ed elaborata da una parte della giurisprudenza[6] e preconizzata dalla dottrina prima della sua codificazione[7], si è dunque previsto che l'amministrazione, "*su richiesta del privato*", sia "*tenuta*" a rilasciare una "*attestazione*" "*circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda*" del privato per effetto del silenzio assenso; e che, decorsi inutilmente dieci giorni alla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. n. 445 del 2000[8].

Non è casuale che lo strumento della attestazione del silenzio assenso sia stato introdotto, prima soltanto per il settore dell'edilizia nell'art. 20, co. 8, dal d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020, "primo" decreto semplificazioni, e poi sia stato generalizzato nell'art. 20, l. n. 241/1990 in forza dell'art. 62, d.l. n. 77/2021, "secondo" decreto semplificazioni 2021, conv. in l. n. 108 del 29 luglio 2021[9].

---

[5] Il riferimento è all'ordinamento spagnolo nel quale è previsto (art. 24, apartado 4, Ley n. 3972015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) il "*certificado acreditativo del silencio producido*", rilasciato entro cinque giorni dalla richiesta; cfr. N. GAMBINO, *La semplificazione amministrativa in Spagna*, in *Giustamm.it*, 2016, 5; cfr. riferimenti in G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza (nota a Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020, n. 13865)*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2020, 864 ss.

[6] Si registra a tal proposito la sentenza del TAR Trento, Sez. I, 3 giugno 2022, n. 105, che si pronuncia proprio su una domanda "*che si accerti non solo il dovere di provvedere a rendere un provvedimento attestativo, ma anche l'obbligo di rilasciare un atto ricognitivo favorevole al ricorrente, ossia certificante che, a suo tempo, si è perfezionato il silenzio - assenso sulla richiesta di condono*"; sulla quale pronuncia vedasi la nota di V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 2, 400 e ss. Si veda in giurisprudenza già T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019, n. 10227, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 giugno 2017, n. 1018, ivi; 1Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2008, n. 345.

[7] M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *Ambientediritto*, 1/2021, p. 21; Id., *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una apparente semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10/2020, pp. 57-59.

[8] Disposizione dal contenuto analogo si rinviene poi in altre normative speciali, come quella relativa al procedimento autorizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici, ove il comma 10 dell'art. 44, d.lgs. n. 259 del 2003, dopo aver previsto il silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione, prevede che l'amministrazione procedente comunichi, entro il termine di sette giorni, l'attestazione di avvenuta autorizzazione, scaduto il quale è sufficiente l'autocertificazione del richiedente.

[9] Si rammenta che tra la previsione contenuta nel comma 2-bis dell'art. 20 legge n. 241/90 e quella contenuta nel comma 8 dell'art. 20, t.u. edilizia, oltre a differenze minime, come nel termine rispettivamente di dieci e di quindici giorni per il rilascio dell'attestazione, v'è che la possibilità di procedere alla autodichiarazione della formazione del silenzio assenso è prevista solo nella disposizione generale di cui alla legge n. 241/90, mentre nulla in tal senso è previsto dall'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001. "*Detta differenza di testo si risolve in una differenza di regime giuridico, perché il legislatore non ha inteso rendere possibile, in materia edilizia, la sostituzione della attestazione con una autodichiarazione del privato, evidentemente sulla base di una precisa scelta legislativa volta ad evitare, in tale ambito materiale, l'avvio di interventi edilizi, non sempre agevolmente reversibili una volta portati a compimento, sulla mera base di una autodichiarazione del richiedente*"; cfr. TAR Toscana, Sez. III, 27 gennaio 2025, n. 120. In senso contrario, si era invece espresso E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, cit., 188.

ISSN 2036-7821

L'attestazione del silenzio assenso si inserisce, infatti, nel medesimo contesto valoriale segnato dal primo decreto semplificazioni con il quale è stata introdotta la previsione espressa, contenuta nel comma 2-bis dell'art. 1 della l. n. 241/1990, secondo cui "*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*".

In linea generale dal principio di buona fede deriva che il cittadino vanta una situazione di "fiducia" e quindi di "legittimo affidamento" nella legittimità ed opportunità dell'azione amministrativa e, dunque, vanta anche una ragionevole aspettativa di comportamento corretto da parte dell'amministrazione; la quale, dunque, ha un obbligo di correttezza che si sostanzia nel non contraddire il proprio precedente comportamento preso[10]. Ebbene, nel caso del silenzio assenso, il comportamento dell'amministrazione è consistito nel non aver provveduto, entro il termine di conclusione del procedimento, con un provvedimento espresso lasciando che si formasse il silenzio significativo. Sicché, in nome della buona fede, l'amministrazione deve garantire certezza circa la formazione del silenzio assenso già perfezionatosi, per un verso, evitando di contraddire gli effetti del tacito assenso con un atto di diniego tardivo, per il quale è prevista espressamente l'inefficacia (art. 2, comma 8-bis); e per altro verso, attestando l'esistenza del silenzio assenso, come oggi stabilisce il comma 2 bis dell'art. 20[11]; tutto ciò sempre ferma restando la possibilità di rimuovere gli effetti del silenzio assenso con l'autotutela (art. 20, comma 3, l. n. 241/1990).

Rispetto alla formazione del silenzio assenso, dunque, l'amministrazione non può disattendere la fiducia del cittadino che, dopo il decorso del termine di provvedere senza l'adozione di un provvedimento espresso, confida nell'esistenza di un titolo

[10] Sul tema della tutela del legittimo affidamento, si vedano F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, 121 e ss.; sull'aspettativa del privato circa la coerenza dell'amministrazione cfr F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 127.

[11] Più in generale, con riferimento agli atti amministrativi espressi, la dottrina ha ricollegato la buona fede oggettiva, e quindi il principio del legittimo affidamento, persino alla tutela degli effetti determinati da un atto invalido, rilevando come tra l'altro l'ordinamento sia orientato proprio "dal principio di conservazione e di tutela degli interessi consolidati, anche se ingenerati da atti invalidi"; cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, pp. 105-106 ove si legge anche che "*il fatto che il principio di buona fede si traduca nella tutela degli effetti di un atto invalido non è fenomeno abnorme, ma, al contrario, perfettamente conforme alla vettorialità dell'intero ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico nelle sue varie branche non appare dominato da principi persecutori nei confronti degli atti invalidi, ma dal principio di conservazione e di tutela degli interessi consolidati, anche se ingenerati da atti invalidi*"

ISSN 2036-7821

abilitativo tacito che, sia pure *per silentium*, lo autorizza all'esercizio dell'attività cui la propria istanza si riferisce.

Se ciò vale in linea puramente generale, è pur vero che il privato ha interesse a ottenere il provvedimento espresso, o quantomeno un documento, che offra una certezza giuridica in ordine all'esistenza del titolo abilitativo che, nel caso del silenzio assenso, è soltanto tacito ed è l'esito di un'autentica finzione giuridica (valutazione legale tipica)[12] che solo per legge ricollega al mero decorso del termine di conclusione del procedimento senza una decisione espressa gli effetti "equivalenti" del provvedimento espresso di accoglimento dell'istanza (quest'ultima, come si dirà oltre, secondo le diverse tesi sul campo, accompagnata o meno da requisiti di sola esistenza ovvero anche da requisiti di validità).

L'obiettivo dell'attestazione sulla formazione del silenzio è, dunque, di offrire una "*oggettività e visibilità al provvedimento tacito*"[13] , perseguendo la finalità, da una parte, di tutelare il privato nel dotarsi di un documento espresso che certifichi l'avvenuta formazione del silenzio; e, dall'altra parte, di soddisfare un interesse pubblico più generale quale il bisogno di certezza giuridica nella "circolazione" del bene e dell'attività oggetto del silenzio assenso[14]. Si pensi a tal riguardo a un utilizzo dell'attestazione non solo nei rapporti con le amministrazioni ma nell'ambito di negoziazioni interprivatistiche, come quelle inerenti alla vendita immobiliare, o nei rapporti con il sistema creditizio.

Cionondimeno, la stessa attestazione del silenzio assenso, da strumento di certezza, può facilmente evolvere a sua volta in fonte di ulteriori incertezze, poiché si presenta foriero di plurime questioni che meritano di essere approfondite, non soltanto rispetto ad aspetti puramente teorico-dogmatici ma avendo riguardo alle ricadute sul piano applicativo che ne derivano.

Si tenterà dunque di approfondire alcune delle problematiche sottese all'attestazione del silenzio assenso che appaiono più significative e che vanno dall'inquadramento dell'atto di attestazione, nella cornice del potere o del mero atto non autoritativo, ai

---

[12] Si richiama la teoria delle valutazioni legali tipiche di A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 102; Id., *Sugli elementi costitutivi e sui requisiti di efficacia e di validità del c.d. silenzio-assenso,* in *Riv. giur. urb.*, 1987, 463; in dottrina si vedano anche W. GIULIETTI *Silenzio assenso,* in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrative e delle responsabilità,* Roma, 2010, 492; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo,* Napoli, 2018, segn. 283 e ss. In termini adesivi in giurisprudenza Cons. Stato, 14 marzo 2023, n. 2661.

[13] G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2021, p. 11 secondo cui l'attestazione "*Assicura oggettività e visibilità al provvedimento tacito, tutela il privato se l'autorità nega l'esistenza della autorizzazione tacita, consente la circolazione della cosa realizzata grazie al silenzio-assenso (per es. un manufatto edilizio): risponde, in definitiva, a un bisogno di certezza giuridica*".

[14] Guarda con favore alla misura E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1933, il quale rileva come proprio per ovviare all'incertezza circa la formazione del silenzio, "*destinata a decretare (come già in passato) il fallimento pratico di questa figura di semplificazione, è stata introdotta* […] *la possibilità per il privato di richiedere una attestazione di avvenuta formazione del silenzio-assenso*".

ISSN 2036-7821

rapporti con il potere di primo grado e con i poteri di autotutela, al tema dell'autodichiarazione sostitutiva dell'attestazione, con riferimento anche a profili più squisitamente processuali connessi.

2. *Le incertezze e l'instabilità del silenzio assenso alla base dello strumento dell'attestazione: l'attestazione come recupero del provvedimento.*

Ciò posto, al di là delle qualificazioni nella quale si può inquadrare, e per quanto ulteriormente si dirà oltre, l'attestazione prevista dal comma 2 bis dell'art. 20 l. n. 241/1990 dovrebbe garantire uno strumento di "certezza pubblica" rispetto a una fattispecie, il silenzio assenso, che, sotto un duplice profilo, si presenta a sua volta incerta e instabile a causa di plurimi fattori.

Già solo sui presupposti di formazione del silenzio assenso, si assiste in dottrina e in giurisprudenza a un contrasto di orientamenti, che ha portato a confondere i presupposti costitutivi del silenzio assenso con i suoi requisiti di validità, alimentando l'incertezza che aleggia intorno alla figura del silenzio assenso. Si è diffuso un orientamento secondo cui per l'accoglimento dell'istanza *per silentium* non è sufficiente che sia stata presentata una istanza formalmente ricevibile, ammissibile e completa, anche rispetto alla sua documentazione, e sia scaduto il termine di conclusione del procedimento senza l'adozione di un provvedimento espresso, ma è altresì necessaria la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, di conformità dell'attività oggetto dell'istanza alla normativa in vigore, "*con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista*"[15]. Può dirsi, tuttavia, che, ad oggi, detto orientamento è ormai minoritario e superato, specialmente alla luce delle modifiche normative che hanno riguardato il silenzio assenso; per cui si tende ad affermare che il silenzio assenso si perfeziona anche in presenza di cause di illegittimità, senza che debbano ricorrere tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo, e quindi anche ove l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme, purché l'istanza possieda "*quel minimum di elementi essenziali per il suo esame*" [16].

[15] In termini, Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, in *Foro it*., 2019, III, 332 con annotazione di A. Travi; con riferimento al silenzio assenso previsto dall'art. 20, co. 8, t.u. edilizia rispetto alla domanda di adozione del permesso di costruire, sulla necessità che oltre ai requisiti formali dell'istanza vi sia anche il requisito sostanziale della "*conformità dell'intervento richiesto alla disciplina edilizia e urbanistica in vigore*", si veda più di recente TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3 maggio 2024, n. 1344; in termini già TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 1 luglio 2020, n. 7476; TAR Puglia, Lecce, II, 12 agosto 2019, n. 1422; in precedenza, Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3317; Id., 26 aprile 2018, n. 2513; Id., 26 luglio 2017, n. 3680; Id., 19 aprile 2017, n. 1828; Id., 5 settembre 2016, n. 3805, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[16] Orientamento che si trova sintetizzato in pronunce come Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8156; nonché Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2661, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tra gli argomenti su cui fa leva detto orientamento v'è proprio il dato normativo, racchiuso nell'art. 20, co. 3, l. n. 241/1990, che, nel prevedere che nei casi di silenzio assenso l'amministrazione possa assumere determinazioni in via di autotutela,

ISSN 2036-7821

Nonostante l'orientamento giurisprudenziale maggioritario consenta la formazione del silenzio assenso anche in presenza di istanze *contra legem*, non è risolto il problema delle incertezze che sono comunque alla base della formazione del titolo abilitativo.

Pur ammettendo che l'istanza sia completa e idonea a essere accolta *per silentium* (il che richiede che l'istanza presenti, comunque, una minima "*configurabilità giuridica*"[17]), ciononostante il suo accoglimento per effetto del silenzio assenso può rappresentare per il privato l'esatto opposto della semplificazione[18]. L'accoglimento dell'istanza per effetto del silenzio assenso è, infatti, come anticipato l'esito di una finzione giuridica, di una "valutazione legale tipica", ove è solo una norma di legge che attribuisce all'inerzia dell'amministrazione l'effetto tipico dell'atto espresso e il cittadino o l'operatore economico, che pure potrebbero confidare nel silenzio assenso, non dispongono di un provvedimento espresso e dunque di un documento, sia esso su supporto cartaceo o telematico, che nella sua materialità, al pari del titolo abilitativo espresso, possa con certezza, nei confronti dei terzi e della stessa amministrazione, rappresentare e dunque provare la conclusione positiva del procedimento amministrativo.

A ciò si aggiunge che risulta comunque da verificare anche se la materia cui si riferisce il procedimento concluso con il silenzio assenso si presti a essere assoggettata all'autorizzazione tacita e non sia piuttosto oggetto di una delle eccezioni previste dalla legge (tra le altre le ipotesi di cui all'art. 20, co. 4)[19]; ovvero se la formazione del silenzio assenso non sia stata ritardata da vicende procedimentali, come l'indizione di una conferenza di servizi di cui lo stesso privato potrebbe non avere avuto notizia.

Si prospetta in primo luogo una situazione di particolare incertezza per il singolo specialmente nell'ipotesi in cui, come ormai ammette l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il silenzio assenso si sia formato in presenza di cause di legittimità, e dunque sia efficace ma illegittimo; il silenzio assenso è in tal

---

con espressa previsione della annullabilità d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies* anche nel caso in cui il "provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20", presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) soltanto in termini di illegittimità dell'atto.

[17] Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746 precisa che "*dai requisiti di validità – il cui difetto* […] *non impedisce il perfezionarsi della fattispecie – va distinta l'ipotesi della radicale inconfigurabilità' giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore*".

[18] Cfr. M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 986, secondo cui "*la semplicità si realizza quando, rispettivamente: a) l'atto o il fatto che costituisce la fonte è individuabile con facilità; b) dalla disposizione o dalla constatazione della regolarità del comportamento è ricavabile in modo chiaro e preciso qual è la norma giuridica da cui derivare la regola del caso*".

[19] Sulle esclusioni del silenzio assenso, si veda L. GIANI, *Articolo 20,* in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione,* Torino, 2005, pp. 413 e ss.

ISSN 2036-7821

caso instabile proprio perché inficiato da cause di invalidità che espongono gli effetti del silenzio a una impugnazione da parte di terzi controinteressati ovvero all'annullamento d'ufficio da parte della stessa amministrazione.
Basti soltanto pensare all'ipotesi del silenzio assenso formatosi su una istanza con la quale siano state rese dichiarazioni mendaci o false attestazioni; ipotesi resa molto controversa a causa del difetto di coordinamento tra il comma 2-bis dell'art. 21-nonies, che, ammettendone l'annullamento d'ufficio anche oltre i dodici mesi, sembra suggerire la possibilità che si formi un silenzio assenso conseguito sulla base di rappresentazioni false o di dichiarazioni mendaci, e il comma 1 dell'art. 21, l. n. 241/1990 che, viceversa, in caso di silenzio assenso ottenuto sulla base di dichiarazioni mendaci e di false attestazioni, esclude "*la conformazione dell'attività e degli effetti a legge o la sanatoria prevista*" anche dall'art. 20[20].
C'è inoltre una generale contraddittorietà propria di un meccanismo di assenso voluto dalla stessa legge e che, però, almeno secondo gli orientamenti giurisprudenziali segnalati, può comunque produrre i suoi effetti anche se contrari alla stessa legge (perché carente dei requisiti e presupposti imposti dalla normativa dell'attività oggetto dell'istanza)[21].
Oltre all'incertezza, sussiste altresì un problema di *stabilità* del silenzio assenso che è tanto più evidente se si effettua un confronto con il provvedimento espresso illegittimo: il silenzio assenso presenta minori garanzie di stabilità rispetto all'ipotesi in cui l'amministrazione abbia concluso il procedimento con provvedimento espresso, posto che in quest'ultima ipotesi, quantomeno secondo il modello consacrato dalla legge, deve ritenersi che il procedimento amministrativo si sia comunque effettivamente svolto in tutte le sue fasi, fino alla fase decisoria, con l'istruttoria che abbia consentito di accertare i fatti, gli interessi e le ragioni giuridiche che sorreggono la decisione amministrativa, illustrati anche nella motivazione, e alla luce di garanzie partecipative. L'istruttoria e la partecipazione, unitamente alla motivazione, dovrebbero garantire una decisione espressa che, anche perché è effettivamente una decisione, sia pure la "migliore" possibile, e che, dunque, pur rimanendo anch'essa pur sempre mutabile, per effetto dell'autotutela, e contendibile,

[20] Sul tema si registrano opinioni differenti. Sembra ammettere la formazione del silenzio assenso M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *www.federalismi.it*, 10/2020, 47. In termini critici sul coordinamento tra le due norme E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 992. La distonia tra le due norme è una mera dimenticanza da parte del legislatore secondo M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, p. 13; Id., *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, p. 189.
[21] In tal senso si veda la perplessità in ordine alla violazione del principio di non-contraddizione segnalata da F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, Napoli, 2024, pp. 199-200.

ISSN 2036-7821

dinanzi al g.a., offre maggiori garanzie di stabilità rispetto al silenzio assenso[22]; silenzio assenso nel quale, invece, la decisione è mancata e nel quale non emerge lo svolgimento di una effettiva istruttoria e partecipazione[23].

Sempre sotto un profilo di incertezza e instabilità, non è, anzi, da sottovalutare che in certi casi, invero tutt'altro che rari, connotati da particolare contraddittorietà, il silenzio assenso si forma dopo che vi sia stato un primo preavviso di rigetto, con un formale ed espresso diniego anticipato dell'istanza che contraddice la decisione dell'amministrazione di accogliere l'istanza[24].

L'incertezza del silenzio assenso non è neppure risolta dalla previsione, introdotta nel comma 8-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990, della inefficacia dell'atto tardivo adottato dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento. L'atto di primo grado tardivo, per legge "inefficace", è infatti pur sempre un atto amministrativo, che per il sol fatto di esistere in forma espressa e provenire da una pubblica amministrazione, ha comunque una sua "riconoscibilità giuridica" e in quanto tale, almeno astrattamente, non può esserne disconosciuta l'esistenza e quindi la possibile idoneità a produrre effetti[25]. È ragionevole pensare, allora, che anche il privato sarà indotto a confidare, più che nel silenzio assenso, nell'esistenza e nella rilevanza giuridica di un atto tardivo di diniego dell'istanza che, pur inefficace per legge, è comunque esistente nella sua forma attizia, in quanto racchiuso in un contenitore documentale, che lo rende idoneo a circolare e ad apparire all'esterno come provvedimento esistente (benché, si ripete, inefficace).

In tale contesto, si comprende come l'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 possa rappresentare uno strumento di grande utilità per il privato proprio sotto il profilo della certezza e della stabilità che difettano nel silenzio assenso; ciò in quanto l'attestazione del silenzio assenso dovrebbe consentire al privato di ottenere e "recuperare" un atto espresso (se si vuole, come si dirà oltre, un "provvedimento") che, certificando l'esistenza del silenzio assenso, mira a creare una "certezza pubblica" che si sostituisce alla incertezza e all'instabilità originarie sottese

---

[22] E quindi è più probabile il riesame del silenzio assenso piuttosto che del provvedimento espresso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 255.

[23] Tema richiamato più di recente anche da C. SILVANO, *La «durezza» del provvedimento amministrativo tra procedimento e processo. Uno studio critico*, Napoli, 2024, p. 25.

[24] Sul tema del silenzio assenso preceduto da preavviso di rigetto cfr. A. CASCONE, *Preavviso di rigetto e silenzio significativo*, in G. Avanzini, P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Tra procedimento e processo. Atti del ciclo di seminari sulle modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo*, Jovene Editore, 2024, 61 e ss.; nonché P. CHIRULLI - S. TUCCILLO, *Il preavviso di rigetto*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2023, 421 e ss.

[25] Parla proprio di "riconoscibilità giuridica" M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit., 181, che cita A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 344, secondo cui «*Quando un atto, viziato nei suoi requisiti, non possa essere ritenuto fatto privato, ma sia in sé atto amministrativo, perché dell'atto abbia i caratteri, per quanto grave sia il vizio che l'affetta, esso esiste appunto come atto amministrativo, dotato almeno dei requisiti per poter essere attribuito alla pubblica amministrazione*».

ISSN 2036-7821

alla formazione del silenzio assenso. Tutto ciò senza tralasciare che, come si esporrà nel prosieguo, la stessa attestazione del silenzio assenso potrebbe anche rivelarsi una misura più dannosa che utile al privato, ove, ad esempio, se ne ammettesse un uso distorto, volto a celare, sotto le mentite spoglie di un'attestazione negativa del silenzio assenso, modalità di diniego (di primo grado) tardivo vietate o esercizio di poteri di autotutela fuori dai limiti consentiti dalla legge; con risultati che finirebbero, più che per chiarire, per confondere ulteriormente i privati, sicuramente poco avvezzi a riconoscere l'esistenza di un silenzio assenso contraddetto da un atto tardivo, sia esso di primo grado, o di autotutela o di attestazione negativa espressa.

3. L'incerto inquadramento dell'attestazione e della sua efficacia. Tra atto ricognitivo e potere produttivo di certezza.

Quanto esposto finora impone di inquadrare correttamente l'attestazione della formazione del silenzio assenso, onde distinguerla dall'atto di primo grado e dai poteri di riesame, specificarne il contenuto e in definitiva chiarire anche la funzione assolta dalla dichiarazione del privato sostitutiva della attestazione che, decorsi dieci giorni, non venga rilasciata dall'amministrazione.

Invero, partendo dal dato normativo, il comma 2 bis dell'art. 20 della legge n. 241/1990 si limita a prevedere che "*nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1*" l'amministrazione debba, su richiesta del privato, rilasciare l'attestazione "*circa il decorso dei termini del procedimento*" e "*pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo*"; solo una volta "*decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*". La norma, dunque, enuncia i termini di un'attività, doverosa (l'amministrazione "è tenuta") e su istanza di parte, che involge l'accertamento degli elementi costitutivi del silenzio assenso e che, decorsi "inutilmente" dieci giorni dalla richiesta, e cioè senza un riscontro da parte dell'amministrazione, "*è sostituita*" da un'autocertificazione del privato.

Si può anzitutto discutere se l'attestazione del silenzio assenso sia un mero "*atto ricognitivo*", privo di valenza decisionale, espressione di una "mera dichiarazione di scienza" e di natura non autoritativa (art. 1, co. 1-bis, l. n. 241/1990), soltanto "strumentale" rispetto a provvedimenti già emanati o a comportamenti dell'amministrazione e non volto a curare direttamente l'interesse pubblico[26]; ovvero

[26] A tale orientamento sembrerebbero aderire G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, p. 294; V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 2, 414; parla di atto ricognitivo anche A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, fasc. 4, pp. 735 e ss.; nello stesso senso anche G. FONDERICO, *Il silenzio assenso, la DIA e la SCIA*, in F. Caringella- R.

ISSN 2036-7821

se al contrario l'attestazione del silenzio assenso possa considerarsi espressione di un potere amministrativo, che sfocia nell'adozione di un provvedimento da qualificarsi per il suo contenuto decisionale e per i suoi effetti vincolanti e potenzialmente lesivi[27].

Ebbene, premesso che solo la "*qualità del provvedimento*"[28] consentirebbe di estenderne il relativo regime, la qualificazione dell'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 è gravida di ricadute applicative. L'attestazione, ove intesa come mero atto interno e ricognitivo, sarebbe sottratta alle regole proprie del provvedimento, che vanno dall'applicazione dei principi e delle regole del procedimento[29], e dunque anche della formazione dell'atto, alla sua validità, alla sua efficacia e ai suoi riflessi in termini di tutela giurisdizionale.

Se, invece, inquadrassimo l'attestazione del silenzio assenso nell'ambito di un potere dichiarativo, produttivo di certezza, o quale atto di "certazione", dovremmo concludere nel senso che l'attestazione produce una "certezza legale", da intendersi come "certezza pubblica" in quanto promanante da un'amministrazione[30], munita di

---

Chieppa – B.G. Mattarella (diretto da), *Diritto amministrativo*, *Attività,* Vol II, Milano, 2025 368; nega natura provvedimentale all'attestazione del silenzio assenso anche M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, cit., p. 49, nota n. 33. Già prima della introduzione per legge dell'attestazione, con riferimento alla possibilità dell'adozione di un atto "*non avente, però, natura costitutiva, bensì meramente ricognitiva del nuovo assetto di interessi venutosi a creare per il tramite del silenzio assenso*" e "*privo di contenuto volitivo, avente natura di dichiarazione di scienza relativa a fatti non contestabili*", cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una apparente semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10/2020, 57-58. Con riferimento più generale alla certificazione, parla, invece, di potere amministrativo M. OCCHIENA, *L'autocertificazione,* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa,* Milano, 2011, p. 741.

[27] Si ricorda che una prima distinzione tra provvedimenti e meri atti amministrativi si può ritrovare in M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo,* in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 157 e ss. e segn. p. 163-165. Sulla alternativa dell'inquadramento dell'attestazione come espressione o meno di un potere dichiarativo in sé autonomamente rilevante, si veda anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1. La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, p. 130, nota n. 183. La dicotomia atto meramente strumentale e atto provvedimentale verrebbe, invece, meno se si aderisse alla dicotomia premessa, cui parrebbe aderire altra parte della dottrina (cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, XX ed., Milano, 2018, p. 380), secondo cui anche ove venga posto in essere l'atto "strumentale" o "dichiarativo" è un potere anche se non "provvedimentale" ma "strumentale" ad altri poteri. Sul tema degli atti ricognitivi si rinvia a R. CARANTA, *Brevi note su atti ricognitivi e giurisdizione del giudice ordinario,* in *Giur. it.*, 1994, p. 245 ss. La nozione di atto avente funzione "ricognitiva" meriterebbe un approfondimento anche operando un rinvio ad altri contesti dell'ordinamento, come quello delle concessioni balneari, ove è stata svolta dalla giurisprudenza una qualificazione, nel caso di specie, della proroga della durata delle concessioni balneari, quale atto ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge; cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, con tutto il dibattito in dottrina che ne è derivato.

[28] Così F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990,* in *Foro amm.-CdS,* 2005, 948

[29] In giurisprudenza si può citare al riguardo TAR Liguria, Sez. I, 14 dicembre 2024, n. 869, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 7, l. n. 241/1990 a un atto qualificato per la sua "*natura meramente ricognitiva*".

[30] Cfr. M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica,* in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959,.p. 782 secondo cui *"(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la piu`grossa e importante provincia delle certezze giuridiche"*. Le certezze pubbliche "*sono dunque il contenuto dell'atto che ha particolare autorevolezza perché promanante da pubbliche autorità, che è il risultato di un acclaramento in senso materiale, e che esterna dei giudizi precettivi o rappresentativi. Esse tuttavia sono volte a fini pratici, cioè sono degli strumenti che si*

ISSN 2036-7821

un'efficacia "preclusiva"[31] tale da impedire ai terzi e anche, a seconda di come si inquadri detta efficacia, addirittura alla stessa amministrazione di assumere che il dato attestato sia diverso da come è rappresentato nello stesso atto[32].
Si tratterebbe dunque di un atto a forte valenza lesiva per i privati, e specialmente per i controinteressati rispetto agli effetti ampliativi prodotti dal silenzio assenso, ai quali verrebbe imposta l'accettazione di una nuova "certezza giuridica" rappresentata nell'attestazione che si sostituisce al preesistente stato di incertezza, in grado di circolare come "realtà legale" anche se prescinde dalla "realtà effettiva"[33].

---

pongono in essere per facilitare i rapporti tra operatori giuridici […] *con gli atti che le rappresentano non si vuol fornire il vero, ma un'entità che sia quanto più probabilmente vera possibile. E di fatti esse sono verificabili – seppure in modi e gradi diversi – ossia sono, di massima, reversibili: l'atto di certezza somministra un'entità destinata ad essere usata, ma che, se necessario, deve poter essere riaccertata* […] *scopo dell'atto di certezza non è quello di fondare una verità, ma di fornire un'utilità che possa essere accettata, in quanto è plausibile che sia rispondente alla realtà*" (p. 771). Sugli atti produttivi di certezze in generale si rinvia anche a S. GIACCHETTI, *Certificazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, 1 e ss.; A. LIVERANI, *Certificazione I) diritto amministrativo*, postilla di aggiornamento 2006, in Enc. giur., VI, 1988, 1 e ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di*), I sistemi di certificazione tra qualita`e certezza*, Milano, 2006; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, il quale ricostruisce le diverse teorie giuridiche sulle certezze pubbliche (segn. pp. 59 e ss.).

[31] Si recupera la teoria della tripartizione dell'efficacia giuridica, costitutiva, dichiarativa e preclusiva, proposta da A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, Milano, 1951; ID., voce *Accertamento: a) teoria generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 205 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 432 ss.; ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, vol. 1. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, segn. 45 e ss. Per l'A. l'efficacia costitutiva si ha quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente*"; l'efficacia dichiarativa si produce quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma converge, nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente*…" mentre di efficacia preclusiva si parla nei casi in cui " *la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente*". Significativa è per Falzea l'individuazione nell'accertamento di tre momenti essenziali, ovvero a monte una situazione di obiettiva incertezza, un momento intermedio comprensivo di un'attività di chiarificazione della realtà e una fase finale, data dall'atto che ha efficacia preclusiva (A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit, 216-217). Se manca il momento iniziale, dato dalla incertezza, l'atto è meramente dichiarativo, motivato da esigenze di sola riproduzione o rinnovazione o costitutive; se invece manca il momento intermedio, dato dall'attività di chiarificazione, pur con la sostituzione dell'incertezza con una situazione di certezza, l'atto non potrà considerarsi costitutivo anche se a esso assimilabile per presupposto e funzione (p. 216). Ebbene, la teoria di Falzea è stata sottoposta a critiche proprio perché si è ritenuto che la cifra distintiva del provvedimento amministrativo fosse unicamente l'effetto costitutivo (l'effetto "pieno"), consistente nel costituire, modificare ed estinguere situazioni giuridiche soggettive. Vi aderisce M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 219 e ss.; in termini critici cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 37 e ss.

[32] Sull'inquadramento generale della categoria degli atti c.d. di "certazione" si veda E. CASETTA, *op. ult. cit.*, 380. Il tema dell'efficacia vincolante dell'accertamento contenuto nell'atto di certazione porterebbe ancor più lontano perché impone di indagare gli spazi applicativi della efficacia di accertamento di un atto, quale la attestazione, da assumere come atto dichiarativo e sul suo effetto preclusivo e vincolante.

[33] Si può richiamare sempre M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959, che, soffermandosi sugli atti dichiarativi produttivi di "*certezze legali*", distinte in certezze "*ad apprendimento necessario*" e certezze "*ad uso necessario*"; queste ultime vincolano la rappresentazione altrui e appaiono come atti che "*obbligano ad assumere come vincolanti le rappresentazioni che contengono*" (p. 773). La funzione è quella non solo di produrre delle certezze ma soprattutto di consentirne la circolazione ed è emanazione di un "*potere sovrano che ne imponga a tutti i consociati l'accettazione*" e, quindi, diversamente dalle certezze private, soltanto organi dello Stato

ISSN 2036-7821

Stante la sua natura autoritativa, inoltre, l'atto produttivo di certezza giuridica rientrerebbe nella giurisdizione del G.A.

Diversamente, l'attestazione intesa come mero atto strumentale avrebbe una efficacia limitata di tipo interno, nel senso che avrebbe carattere meramente servente rispetto ad altre decisioni amministrative o comunque si limiterebbe a fornire un dato conoscitivo senza offrire un'efficacia preclusiva vincolante e soprattutto non potrebbe incidere in modo lesivo nella sfera dei singoli, i quali potrebbero disattenderne il contenuto di accertamento. L'attestazione del silenzio sarebbe, infatti, una mera reiterazione, nella diversa forma attizia, di un effetto riconducibile a

---

o enti pubblici o eccezionalmente privati esercenti di pubbliche funzioni possono porre in essere certezze pubbliche, e sempre in ipotesi tassativamente indicate (Ibidem). Da notare però che secondo la sistemazione teorica dell'illustre Maestro gli atti amministrativi creativi di certezze pubbliche, di cui pure si esclude la "*natura di provvedimento*", "*hanno come oggetto specifico l'attribuire efficacia di rappresentazione legale ad eventi o a situazioni*" e "*più che accertamenti, essi sono certazioni*" "*e per esse l'imperatività indubbiamente investe la rappresentazione: ciò avviene tuttavia non in quanto questa è accertamento o acquisizione, ma in quanto è il dispositivo stesso dell'atto*"; cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo,* in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 190 secondo cui "*Il provvedimento impone dunque la propria imperatività per ciò che dispone, non per ciò che rappresenta*". Altra parte della dottrina aderisce alla qualificazione degli "*atti ad efficacia preclusiva*" tra i quali includere gli "*atti costitutivi di certezze pubbliche*"; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 423 e p. 450, secondo cui "*detti atti hanno funzione servente di altri atti (o fatti o rapporti) di per se produttivi di effetti; e sono intesi a conferire a questi una particolare qualità giuridica che viene denominata certezza. Essa consiste in ciò, che l'atto (o il fatto o il rapporto) del quale il primo è servente viene considerato, a tutti gli effetti giuridici come avvenuto (storicamente verificatosi nella forma e con il contenuto che presenta), sino a che lo stesso atto di certezza non venga demolito attraverso un particolare procedimento giurisdizionale previsto dalla legge. In questi limiti, gli atti di certezza esplicano effetti preclusivi, e possono essere ascritti agli atti di accertamento in senso tecnico*" (450); l'A. prosegue rilevando che "*vi sono ancora atti di certezza pubblica* […] *connessi* […] *con l'esercizio di funzioni amministrative sostanziali*" e che "*un aspetto certificativo (nel senso di: creativo di certezza giuridica) può essere presente in tutti i provvedimenti amministrativi e anche in atti procedimentali (specie della fase istruttoria) nella parte in cui l'autorità amministrativa competente attesta il verificarsi di fatti avvenuti alla sua presenza, ovvero il contenuto di atti* […] *o documenti* […]"; si rappresenta poi che "*In alcuni casi, l'attestazione di fatti da parte del pubblico ufficiale si identifica con il contenuto proprio dell'atto stesso (ad esempio, ispezione, collaudo, etc.), che può essere a sua volta atto procedimentale ovvero provvedimento. Ma in altri casi il provvedimento, in se stesso a contenuto dispositivo e non conoscitivo-certificativo, può avere anche un contenuto certificativo* […] *Per la parte concernente il contenuto del verbale in quanto tale, esso è atto di certezza (in ordine agli atti e ai fatti che il verbalizzante attesta essere avvenuti nel corso della seduta dell'organo collegiale); mentre per il suo contenuto dispositivo è atto provvedimentale, produttivo degli effetti suoi propri, di carattere costitutivo, nella sfera giuridica di terzi*"; con la conseguenza che "*Il regime giuridico di questi provvedimenti, o atti procedimentali, che hanno anche contenuto di atti di certezza, è* […] *duplice*", poiché "*in quanto provvedimenti, o comunque atti di esercizio di funzioni amministrative in senso sostanziale, essi sono soggetti al regime proprio degli atti amministrativi; e perciò ad esempio, l'impugnazione della deliberazione di organo collegiale per qualsiasi profilo di invalidità segue il regime della tutela proprio dei provvedimenti amministrativi*"; mentre quando "*si intende contestare la veridicità del verbale, occorre seguire il procedimento giurisdizionale della querela di falso, mediante il quale sol tanto può essere demolito il verbale stesso come atto di certezza*"(451). Secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione*, 4a ed., Bologna, 2007, pp. 104 e 105, invece, nell'ambito della categoria degli atti dichiarativi si può distinguere tra atti che "*possono avere rilievo soltanto come presupposto per un atto che produce gli effetti nei confronti dei soggetti terzi*" e atti che possono "*avere un rilievo autonomo e costituire il presupposto per una serie indefinita di atti*"; nella primo gruppo avremo il "verbale" delle attività svolte e dei risultati cui si è pervenuti, nel secondo caso avremo la "attestazione" o il "certificato". Un ulteriore classificazione è poi proposta rispetto ad atti il cui contenuto "può essere contestato dando la prova contraria" e atti che invece "determinano una "certezza legale", cioè il loro contenuto non è contestabile né in via breve né per le vie giurisdizionali ordinarie ma soltanto con lo specifico procedimento giurisdizionale della "querela di falso" (p. 105).

ISSN 2036-7821

un fatto, il silenzio assenso, già esistente e prodotto per legge. Inoltre, anche la natura non autoritativa dell'attestazione, quale atto meramente ricognitivo, potrebbe far dubitare circa l'estensione ad esso della giurisdizione amministrativa.
Se così fosse, tuttavia, la stessa attestazione del silenzio, non producendo nessun effetto preclusivo, ma avendo una valenza meramente interna e ricognitiva, sarebbe pressoché inutile anche per chi la chiede, perché potrebbe essere in qualsiasi momento disattesa dai terzi e dalla stessa amministrazione[34]. Con la conseguenza che nessun privato avrebbe neppure interesse a chiedere il rilascio dell'attestazione del silenzio assenso, preferendo piuttosto sempre azionare la tutela giurisdizionale con un'azione di accertamento dinanzi al G.A. onde ottenere una sentenza che si pronunci sul silenzio assenso con gli effetti propri del giudicato. Sicché, il comma 2-bis dell'art. 20 finirebbe per essere disapplicato in quanto privo di un reale effetto pratico.
Sotto altro profilo, non vi sarebbe neppure interesse dei privati a impugnare un atto meramente ricognitivo che non impone una certezza legale ai consociati[35]. Al contrario, bisognerebbe addirittura ipotizzare che, pur a fronte di un'attestazione sul silenzio assenso rilasciata dall'amministrazione, ma priva di carattere vincolante per la stessa amministrazione e per i terzi, permarrebbe comunque l'interesse a proporre un'azione di accertamento del silenzio assenso. L'azione di accertamento, infatti, avrebbe la finalità di rimuovere definitivamente uno stato di incertezza circa l'accoglimento tacito dell'istanza del privato, che l'attestazione non è in grado di eliminare[36]; il che accadrebbe soprattutto nelle ipotesi in cui, dopo la formazione del

[34] In tal senso G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, cit., p. 291.

[35] E del pari si potrebbe addirittura arrivare a escludere la possibilità di impugnare un diniego da parte dell'amministrazione di rendere l'attestazione circa un silenzio ormai formatosi. Interessante è il precedente di Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2023, n. 9969, che si pronuncia sull'impugnazione del diniego di attestazione emesso da un Comune, rilevando che esso "*rappresenta una errata applicazione del comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed una illegittima limitazione dell'operatività dell'istituto del silenzio-assenso, che producono l'effetto abnorme di frustrare le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'agire amministrativo alla base della stessa disposizione normativa citata, nonché le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche all'origine delle più recenti modifiche apportate ad essa ed alla legge n. 241 del 1990*".

[36] In linea generale sull'ammissibilità dell'azione di accertamento del silenzio assenso, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, si veda P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, fasc. 1, 47 e ss., segn. 65. Sembra, invece, ammettere una tutela di accertamento che accompagni la pretesa all'attestazione, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1. La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, cit., p. 130, nota n. 183. Esclude invece che, a fronte della possibilità di ottenere l'attestazione, permanga interesse all'azione di accertamento dell'avvenuto silenzio assenso, posto che l'azione accertamento può essere esperita solo se la situazione di incertezza non sia rimuovibile altrimenti se non attraverso il rimedio del giudice, A. BERRETTINI, *Azione di mero accertamento, regime del silenzio assenso ed inefficacia provvedimentale: nuova linfa alla tutela dichiarativa nel processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 3, 546 e ss.; del pari ritiene che non ci sia interesse all'azione di accertamento A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, cit., p. 773. Sull'azione di accertamento in generale M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di*

ISSN 2036-7821

silenzio assenso, l'amministrazione, anche eventualmente dopo aver rilasciato l'attestazione del silenzio assenso, andasse a contraddire il precedente atto di attestazione, tardivamente provvedendo con un diniego espresso dell'istanza, che sarebbe comunque inefficace.

Su un piano sostanziale, invece, riconoscendo che l'attestazione è esercizio di un potere a cui è ricollegato un effetto "invasivo" nella sfera giuridica dei privati, ai quali viene imposta l'accettazione della certezza giuridica portata dall'attestazione di un silenzio assenso, ne deriva l'applicazione delle regole del procedimento amministrativo; con ogni difficoltà di assicurare, nel limitato termine di soli dieci giorni entro i quali l'attestazione deve essere rilasciata pena la sua "sostituzione" con l'autocertificazione, oltre a un'istruttoria completa, lo svolgimento di una partecipazione effettiva dei soggetti nei cui confronti l'attestazione produce effetti diretti (principalmente l'istante) e dei controinteressati.

Orbene, la qualificazione dell'attestazione del silenzio assenso come mero atto ricognitivo non convince perché tradisce la stessa finalità per quale è stata introdotta la misura, che è quella di offrire una certezza giuridica in ordine al silenzio assenso e che non avrebbe alcun valore preclusivo se i privati e la stessa amministrazione potessero *ad nutum* disattenderne il contenuto.

Recuperando gli argomenti sviluppati nel solco di un più ampio dibattito teorico circa la ricostruzione, quale categoria autonoma, degli atti amministrativi dichiarativi[37] e di atti produttivi di certezze pubbliche e sull'efficacia preclusiva da ricondurre ad essi, andrebbe piuttosto vagliata la possibilità di definire l'attestazione sulla formazione del silenzio assenso come una vera e propria decisione amministrativa, avente un contenuto *dispositivo*, di creazione di una certezza pubblica-legale, diretta alla cura di un interesse pubblico primario e dunque caratterizzata proprio dalla funzionalizzazione rispetto a quell'interesse.

Detta impostazione si mostra anche coerente con l'idea che vedrebbe nell'attestazione ex art. 20, comma 2-bis, un recupero del potere dell'amministrazione che, non essendo stato esercitato preventivamente, nella sua forma classica di potere costitutivo, poiché sostituito (*rectius* consumato per effetto del) dal silenzio assenso, può comunque essere esercitato in via postuma, sia pure con effetti diversi, *sub specie* di potere dichiarativo-accertativo rispetto a un effetto prodottosi *ex lege*[38].

Invero, onde valorizzare il suo contenuto precettivo, si potrebbe concentrare

---

adempimento nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2005, pp. 557 e ss. a sostegno della configurabilità di un'azione di accertamento atipica; in seguito sull'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15.

[37] P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996, per una puntuale ricostruzione del dibattito sugli atti dichiarativi (pp. 20 e ss.).

[38] Sul punto si recupera quanto rileva M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., p. 58-59.

ISSN 2036-7821

l'attenzione sulla particolarità del contenuto dell'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n 241/1990: essa racchiude una certificazione in ordine ai fatti attestati (la presentazione da parte del privato di un'istanza, il decorso del termine di conclusione del procedimento senza un provvedimento di diniego espresso e la conseguente formazione del silenzio) che si caratterizza per essere anche il solo e unico contenuto dell'atto di attestazione. Ciò potrebbe suggerire che l'accertamento contenuto nell'attestazione coincide anche con il suo contenuto precettivo, da cui derivano gli effetti tipici di creazione di certezza pubblica-legale.

In tal senso, si dovrebbe sottolineare la distinzione dell'attestazione rispetto a ogni altro provvedimento amministrativo che, in generale, ha sempre un contenuto certificativo, proprio della fase istruttoria procedimentale, in ordine al verificarsi di fatti o sul contenuto di atti o documenti, che si affianca al contenuto dispositivo ed è ad esso strumentale. Nell'attestazione sulla formazione del silenzio assenso, infatti, il contenuto dispositivo dell'atto è esso stesso l'attestazione dei fatti costitutivi del silenzio[39].

Secondo questa ricostruzione, l'attestazione, in altri termini, quando accerta la formazione del silenzio assenso, contestualmente *dispone* anche lo stesso accertamento sull'esistenza del silenzio assenso quale valutazione legale tipica da cui derivano gli effetti voluti dall'art. 20, l. n. 241/1990. L'attestazione non inciderebbe sugli effetti del silenzio assenso, che rimangono tali, non vengono né modificati né rinnovati né confermati, ma creerebbe una nuova certezza in ordine all'esistenza del silenzio; certezza che assume i caratteri della certezza pubblica-legale, che viene imposta ai terzi e alla stessa amministrazione con efficacia preclusiva.

Seguendo il percorso interpretativo appena delineato, l'attestazione, infatti, mira a eliminare un evidente stato di incertezza[40], sotteso al silenzio assenso, rispetto al quale, come si è anticipato, è dubbio non soltanto quali siano i presupposti della sua formazione rispetto all'istanza presentata dal privato (ovvero, come anticipato, i soli requisiti di esistenza o anche i requisiti di validità del silenzio) ma soprattutto se

[39] In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2° ed., Torino, 2010, 452 rileva che "*un aspetto certificativo (nel senso di creativo di certezza pubblica) può essere presente in tutti i provvedimenti amministrativi*" nella parte in cui l'amministrazione attesta il verificarsi di fatti, o il contenuto di atti o documenti; e ricostruisce una distinzione tra atti nei quali il contenuto certificativo, che è anch'esso atto di certezza in ordine ai fatti e agli atti attestati, si affianca al contenuto dispositivo, che è la parte dell'atto "*provvedimentale, produttiva degli effetti suoi propri, di carattere costitutivo, nella sfera giuridica dei terzi*"; ed atti nei quali, invece, il contenuto certificativo, consistente nell'attestazione dei fatti, è il "*contenuto proprio dell'atto stesso*".

[40] Può essere interessante raffrontare la funzione di eliminazione della "incertezza" sottesa agli atti di certazione con quell'effetto di eliminazione di incertezza, che si connota in modo del tutto differente, che autorevole dottrina ha ritenuto che si possa ricollegare in generale al provvedimento amministrativo, con riferimento alla "concretizzazione della possibilità normativa", quale atto che, attuando la "possibilità normativa", "toglie il soggetto privato dall'incertezza di risultato in cui la stessa legge lo ha lasciato" e così "trasforma l'incertezza in certezza"; cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale,* in *Dir. pubbl.*,2010, segn. p. 647.

ISSN 2036-7821

l'istanza è completa ed è idonea a esprimere uno schema minimo idoneo a tradursi in un provvedimento tacito di assenso, se è decorso il termine di conclusione del procedimento, se sussiste un'ipotesi normativa di esclusione del silenzio assenso e se il silenzio assenso non è stato impedito da una precedente decisione espressa o anche soltanto dalla indizione di una conferenza di servizi.

A tal fine può apparire significativo che l'amministrazione, ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, attesta prima che sussiste il "*decorso dei termini del procedimento*" e solo successivamente e in termini consequenziali, "*e pertanto*", rende l'attestazione "*dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi*" dell'articolo 20. Ciò potrebbe confermare che l'amministrazione, quando attesta l'avvenuta formazione del silenzio, non si limita a una operazione di natura meramente logico-intellettiva, di carattere soltanto conoscitivo[41], quale potrebbe essere l'attività svolta nella tipica fase istruttoria procedimentale, volta a verificare gli elementi costitutivi del silenzio assenso. Piuttosto l'amministrazione, quanto attesta ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, *decide* di accertare l'effetto "*dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo* [20]" e dunque di creare un nuovo stato di certezza che si sostituisce all'incertezza originaria del silenzio assenso.

D'altra parte, la stessa amministrazione, benché richiesta dal privato, potrebbe anche *decidere* di non rendere l'attestazione una volta che è decorso il termine di conclusione del procedimento e dopo che, senza il provvedimento espresso, si è ormai formato il silenzio assenso. Ciò perché l'amministrazione, invece di attestare il silenzio assenso, potrebbe anche eventualmente decidere di esercitare il potere di autotutela, espressamente fatto salvo dal comma 3 dell'art. 20 anche dopo la formazione del silenzio assenso, revocando gli effetti silenzio assenso ovvero annullandoli d'ufficio se illegittimi; ovvero -ed è questa un'ipotesi più controversa sulla quale si tornerà oltre- l'amministrazione potrebbe anche più semplicemente decidere di non rendere l'attestazione, lasciando decorrere i dieci giorni dalla richiesta, con il risultato che, ai sensi dello stesso comma 2 bis dell'art. 20, l'attestazione verrebbe comunque sostituita dalla dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000.

I termini di tale ragionamento inducono a prospettare che l'amministrazione, allorché decida di rendere l'attestazione, *decide* anche di risolvere, tramite un'attività di chiarificazione di una realtà dubbia, un precedente stato di incertezza, circa l'esistenza del silenzio assenso, sostituendolo con un nuovo stato di certezza contenuto nell'attestazione[42].

---

[41] Sull'attività conoscitiva dell'amministrazione è imprescindibile il richiamo all'opera di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione,* Torino, 1967.

[42] La struttura potrebbe evocare i tre momenti dell'accertamento con efficacia preclusiva individuati da A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit, 216-217. Altra parte della dottrina si è opposta al riconoscimento in capo al provvedimento amministrativo di un effetto preclusivo, inteso nei termini descritti da Falzea come sottrazione da

ISSN 2036-7821

Secondo tale prospettiva, l'attestazione ha, quindi, come suo unitario *contenuto dispositivo*, proprio la decisione di creazione di una nuova certezza legale, che fonde in sé il contenuto di accertamento compiuto dalla stessa amministrazione, sì da fare del dispositivo di certezza un tutt'uno con l'attività conoscitiva dell'amministrazione.
La particolarità dell'attestazione, rispetto a ogni altro provvedimento amministrativo, consisterebbe proprio nella circostanza che l'attività conoscitiva dell'amministrazione non si rivolge soltanto all'interno del procedimento amministrativo, in termini solo strumentali rispetto alla decisione amministrativa, ma ha una chiara valenza esterna, essendo rivolta a produrre effetti nuovi nell'ordinamento con la creazione di un bene giuridico di fondamentale importanza, qual è la certezza pubblica circa l'avvenuto perfezionamento di una fattispecie legale (il silenzio assenso quale valutazione legale tipica).
Confermerebbe, inoltre, la qualificazione dell'attestazione come esercizio di un potere la circostanza che in una disposizione quale l'art. 36-bis del d.P.R. n. 380 del 2001, t.u. edilizia, che rispetto al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 si pone come *ius specialis* derogatorio, si sia previsto che, a fronte del silenzio assenso sull'istanza di sanatoria semplificata, se l'amministrazione non rilascia l'attestazione, decorsi dieci giorni, il privato può esercitare l'azione avverso il silenzio per ottenere una pronuncia giudiziale circa il dovere dell'amministrazione di provvedere in modo espresso con l'attestazione della formazione del silenzio assenso. È chiaro, infatti, che la previsione dell'azione avverso il silenzio, che non è certo un rimedio di carattere generale applicabile a ogni ipotesi di comportamento inerte della p.a., si giustifica proprio rispetto all'omesso esercizio di un potere amministrativo di rendere l'attestazione e non rispetto all'omesso rilascio di un mero atto ricognitivo[43]

---

contestazione dell'accertamento in esso contenuto, in quanto si afferma che l'accertamento non può comportare la formazione "*di uno stato di certezza intangibile, tale da restare del tutto indifferente alla corrispondenza o meno dei fatti accertati ai fatti reali*" e che l'effetto preclusivo non dal provvedimento come "*atto*" ma dall'eventuale sua inoppugnabilità come "*fatto*"; e per tale ragione, si afferma, resta soltanto l'efficacia dichiarativa, che rimane "*agganciata alla convergenza con lo stato giuridico preesistente*", ossia subordinata alla necessaria corrispondenza tra fatti accertati e fatti realmente sussistenti; e che in ogni caso è "*contrastabile da parte degli interessati che siano in grado di dimostrare l'erroneità dell'accertamento e della valutazione dei fatti fissati nella motivazione del provvedimento*", nel senso che detta efficacia può essere "aggredita" da una reazione, in sede giurisdizionale, o giustiziale, o per effetto del potere di autotutela, e, finanche dopo il decorso del termine di decadenza, oggetto di disapplicazione in sede civile o penale; cfr. M. MONTEDURO, *op. ult. cit.*, pp. 131-132, nota n. 165.

[43] In senso contrario, ammette che si possa proporre azione avverso il silenzio anche rispetto a un mero atto ricognitivo V. DI CAPUA, *op. ult. cit.*, 414; nello stesso senso già la giurisprudenza, prima dell'introduzione per legge del comma 2-bis dell'art. 20, aveva già ammesso che il privato potesse esercitare un'azione avverso il silenzio-inadempimento in relazione alla mancata risposta alla richiesta rivolta all'Amministrazione di rilasciare un documento cartaceo a contenuto ricognitivo del silenzio assenso già formatosi su precedente istanza di permesso di costruire; cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 9 aprile 2019, nn. 4680. Cfr. A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, cit., p. 770, che, invece, individua nella soluzione giurisprudenziale delineata una criticità nell'aver ammesso un'azione avverso il silenzio per compulsare un atto amministrativo atipico, quale quello ricognitivo, che non è un provvedimento amministrativo. In tal senso in giurisprudenza si richiama Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013 n.

ISSN 2036-7821

In tal senso si potrebbe ipotizzare che la decisione amministrativa racchiusa nell'attestazione, sottraendo a contestazione la certezza legale in essa contenuta, sia riconducibile a un potere vincolato diretto alla cura di un interesse pubblico primario[44], da identificarsi proprio nell'esigenza di assicurare coerenza interna all'ordinamento risolvendo i conflitti sottesi alla complessità dei fatti amministrati e delle norme da applicare[45]. Da questa prospettiva, l'attività amministrativa di "attestazione" si caratterizza proprio per la funzionalizzazione all'interesse pubblico perché non è attività puramente ricognitiva di un fatto, il silenzio assenso, ma, quale potere vincolato a un fine pubblico, implica anche un "giudizio critico" sul fatto, volto a verificare che il fatto accertato sia anche adeguato all'interesse pubblico[46].

1754 secondo cui l'introduzione dell'azione avverso il silenzio con l'art. 31 cpa "*non ha inteso stabilire un rimedio di carattere generale e - quindi - esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte dell'amministrazione e sempre ammissibile indipendentemente dalla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ma soltanto un istituto giuridico relativo all'esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa discrezionale*".

[44] V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 121 e ss., secondo cui elemento essenziale della qualificazione del potere è proprio la "*finalizzazione alla cura di interessi altrui, o collettivi, dei quali il soggetto agente non ha la disponibilità (ciò che si traduce in un'esigenza di controllo esterno circa i modi di esercizio del potere)*".

[45] Secondo la ricostruzione di A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi,* in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2005, p. 877-878 "*L'accertamento, in questa ottica, non è allora riguardabile come operazione puramente logico-intellettiva: pur muovendo da una simile base strutturale, esso assume infatti natura propriamente decisionale, poiché rappresenta lo strumento di composizione di un conflitto sociale in atto, e questo alla luce di quella stessa prospettiva funzionalistico-sistemica cui si è accennato all'inizio del discorso, per la quale - si rammenta - la risoluzione dell'incertezza e la conseguente riduzione della complessità sociale rappresentano il compito primario ed irrinunciabile dell'ordinamento. La «certezza» così prodotta, in sintesi, è piuttosto il frutto della dimensione decisionale, che non di quella logico-conoscitiva dell'attività di «accertamento», e sembra discendere immediatamente da un'esigenza interna di coerenza dell'ordinamento giuridico, piuttosto che dalla (come si vedrà, non necessaria) corrispondenza tra accertamento e «realtà»*". Secondo A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi,* Napoli, 2015, p. 21; in sostituzione della nozione di verità che appare gravida di conflitti tra la verità storica e la verità reale, "*scopo del diritto (e dell'operatore del diritto)* […] *non è raggiungere la (inattingibile) «verità», ma produrre ben più tangibili (e sia pur limitate) «certezze», offrendo ai consociati, per il tramite dell'effetto preclusivo, una base di positiva sicurezza circa il riconoscimento intersoggettivo (se si vuole: circa la «stabilità», piuttosto che circa la «verità») di quanto in tal modo definito*".

[46] In tal senso si veda A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)*, in *www.giustizia-insieme.it*, 2021, il quale, partendo dall'analisi della sentenza del Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802, pronunciatasi proprio sulla qualificazione come espressione di un potere vincolato di uno specifico atto amministrativo di certificazione, ha sottolineato il carattere decisivo della finalizzazione all'interesse pubblico che caratterizza il potere vincolato, rilevando come "*quando il potere è vincolato a un fine pubblico, quel potere non è puro riconoscimento di un fatto, ma è giudizio sul fatto, perché verifica che quel fatto sia adeguato all'interesse*" e che "*tutto sembra finire all'interesse di fondo. L'interesse pubblico può essere la causa del potere amministrativo e, dunque, la chiave che spiega la giurisdizione amministrativa, e, infine, la chiave di una ricostruzione teorica del potere. In teoria, infatti, esaminando il modo in cui la legge agisce nel definire l'atto vincolato, quando per esempio essa configura il vincolo determinando i presupposti di fatto, in essi, spesso, inserisce anche un vincolo all'interesse pubblico; in questo caso la legge predetermina il potere, ma non lo "trasforma" in categoria civilistica, ovvero non riduce l'atto amministrativo a un quid proprio del diritto civile. Il potere vincolato resta potere amministrativo, perché la legge conserva il vincolo all'interesse e quindi trasfonde nell'atto l'esigenza che quel vincolo si esprima in un "motivato giudizio critico", come dice la sentenza. Il motivato giudizio critico è l'essenza di ciò che è potere autoritativo: il giudizio*

ISSN 2036-7821

Il contenuto precettivo dell'attestazione spiegherebbe anche gli effetti vincolanti-preclusivi sia per i privati che per la stessa amministrazione. Tali effetti, avendo una portata invasiva nella sfera giuridica dei terzi ai quali è imposto il rispetto della certezza giuridica contenuta nell'attestazione, giustificano l'esigenza avvertita dal legislatore di introdurre per legge una espressa previsione del potere dell'amministrazione di attestare il silenzio, onde rispondere ai canoni di tipicità e nominatività del provvedimento amministrativo imposti dal principio di legalità[47].
Volendo, invece, indagare il tipo di effetto prodotto dall'atto che, se non può inquadrarsi come effetto "costitutivo", in quanto l'attestazione non determina un effetto nuovo e ulteriore e comunque diverso rispetto a quello prodotto dal silenzio assenso, non può neppure essere meramente dichiarativo e dunque solo ricognitivo di un effetto già prodottosi; l'effetto prodotto dall'attestazione dovrebbe piuttosto ritenersi preclusivo[48] nel senso che impedisce di considerare l'oggetto dell'atto diversamente da come viene rappresentato nell'attestazione stessa (la nuova certezza legale descritta nell'attestazione circa la formazione del silenzio assenso si sostituisce all'incertezza originaria e in ogni caso alla certezza preesistente)[49].

---

sull'interesse". In particolare, Cons. giust. amm. reg. Sic., 13 settembre 2021, n. 802 ha rilevato che l'attività dell'amministrazione volta a certificare che un credito vantato da un privato nei confronti dell'amministrazione sia certo, liquido ed esigibile "*non si esaurisce in una mera operazione contabile che culmina nella certificazione del credito, essendo, invece, dal punto di vista logico e semantico, espressione di un motivato giudizio critico*" e "*non si tratta di attività meramente ricognitiva di documentazione, di una manifestazione di scienza e conoscenza i cui presupposti, contenuti ed effetti siano integralmente predeterminati dalla legge, poi- ché sottesi all'emissione del provvedimento in questione sono i poteri di verifica dell'esistenza e regolarità dell'obbligazione, del mancato intervento di cause di estinzione del debito, di modo che la corrispondente posizione dei privati interessati non risulta essere di diritto, in quanto nell'esercizio di tale potestà amministrativa di carattere autoritativo l'amministrazione non agisce iure privatorum, e correlativamente, il privato non è titolare di un diritto soggettivo. La finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria, per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento, caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione, con ogni conseguenza sul criterio del riparto di giurisdizione*".

[47] Già sulla necessità che gli atti di certezza pubblica-legale siano sempre nominati in quanto "*incidono profondamente nelle stesse libertà costituzionali e nell'autonomia privata, in quanto fanno circolare una realtà legale che prescinde dalla realtà effettiva*"; cfr. M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959, p. 780-781; in termini critici, sulla non soggezione degli atti di accertamento, non provvedimentali, ai principi di tipicità e nominatività, cfr. V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*, cit., 411. Sulla qualificazione dei "*certificati*" quali "*atti tipici e nominati*" perché espressione di uno specifico potere dell'amministrazione, diretto a "*mettere in circolazione una certezza giuridica siccome delineata nell'atto di certazione*"; cfr. M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 741.

[48] Recuperando la già citata tripartizione dell'efficacia giuridica proposta da A. FALZEA, ove l'efficacia costitutiva si ha quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente*"; l'efficacia dichiarativa si produce quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma converge, nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente…*" mentre di efficacia preclusiva si parla nei casi in cui " *la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente*".

[49] In tal senso l'attestazione come "*provvedimento autointerpretativo*", che configurerebbe una sorta di provvedimento di secondo grado, a carattere doveroso, con un effetto preclusivo "parziale", nel senso di avere

ISSN 2036-7821

Sul tema, andrebbe intrapreso un nuovo tracciato ricostruttivo che porti a inquadrare l'efficacia dell'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, recuperando proprio quell'effetto preclusivo e vincolante che viene riconosciuto più in generale a ogni provvedimento amministrativo e specialmente all'accertamento in esso contenuto[50]. Se si vuole ricollegare un effetto preclusivo ai provvedimenti nei

effetto preclusivo nei confronti dell'amministrazione che l'ha emanato e nei confronti del privato solo se non impugnato. La differenza starebbe nella circostanza che con l'attestazione non viene accertato e dunque interpretato l'effetto e l'oggetto di un atto dello stesso autore dell'attestazione, ma un effetto direttamente collegato per legge alla fattispecie silenziosa. Sul provvedimento autointerpretativo come atto di certezza pubblica si veda M. S. GIANNINI, voce *Accertamento, diritto costituzionale e amministrativo*, in Enc. Dir., Vol. I, 1958, pag. 226-227, che fa rientrare tra gli atti di certazione proprio l'atto autointerpretativo. Da notare comunque che per Giannini l'effetto preclusivo prodotto dal "provvedimento amministrativo d'accertamento" non può essere assimilato alla sentenza in quanto a differenza della sentenza, che contiene un accertamento "irreversibile", è atto revocabile e "*non si caratterizza per un effetto preclusivo perché, in linea generale, l'effetto in esso è disponibile da parte dell'autorità*", mentre rispetto al negozio di accertamento l'amministrazione non ha il potere di produrre "*effetti preclusivi volontari*", "*d'inventare provvedimenti, al di fuori dei tipi normativi, né ha il potere di raffigurare effetti giuridici volontari, al di fuori dei tipi medesimi*" (pag. 225).

[50] Ove si può parla di effetto dichiarativo "minimo" del provvedimento; cfr. M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica, I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 116 e ss., segn. p. 122, sulla connessione tra effetto dichiarativo e «attestazione della esistenza e consistenza (materiale) e della rilevanza (giuridica) dei fatti nel senso della loro finale corrispondenza alla fattispecie normativa astratta» e (p. 130) ove si rileva come il provvedimento "*vincolerebbe giuridicamente sia l'amministrazione autrice, sia gli interessati* […] a*d attenersi all'accertamento e alla valutazione dei fatti risultanti dalla motivazione del provvedimento*». Sempre sull'effetto di accertamento cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020 , p. 497, che rileva "*La centralità" del momento dichiarativo "idoneo a porsi in una correlazione di ordine funzionale con un effetto corrispondente alla propria consistenza, con un vincolo, in altri termini, avente ad oggetto la realtà rappresentata dal contenuto della decisione (l'effetto di accertamento)*". Secondo altra impostazione teorica, invece, l'accertamento va identificato per la sua "struttura" e non per la sua "efficacia", cfr. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 84 e ss. e 89 e ss., per il quale nell'accertamento va compresa l'intera attività che stabilisce quale debba essere la disciplina giuridica di un caso concreto e che ha la funzione di determinare quale sia la norma concreta "come un momento del processo di attuazione del diritto" e "la funzione pratica dell'accertamento richiede necessariamente che esso sia dotato di forza vincolante"; ove si osserva (pp. 83-84) che l'atto in cui si traduce l'accertamento «*deve considerarsi come intrinsecamente dotato di forza vincolante congruente con il suo carattere assertorio, non come un mero giudizio logico che risulti vincolante solo di riflesso per non potere più essere in futuro rimesso in discussione*»; e che «[d]*al momento che l'individuazione della norma concreta si pone come un momento del processo di attuazione del diritto, la funzione pratica dell'accertamento richiede necessariamente che esso sia dotato di forza vincolante*», la quale rappresenta un dato strutturale dell'accertamento (p. 86). Più in generale sul carattere vincolante del provvedimento per l'amministrazione di veda M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013 p. 199, secondo cui "*il provvedimento vincola lo stesso organo emanante, come dimostra il fatto che, per sottrarvisi, esso deve adottare un nuovo atto. La circostanza che l'atto amministrativo produca effetti anche nei confronti del suo autore si traduce, almeno astrattamente, nella possibilità che da esso derivino vincoli sulla attività di quest'ultimo. Essendo questa attività composta anche da ulteriori atti e provvedimenti, ne deriva logicamente che l'atto precedentemente adottato può condizionare la validità di quelli successivi*". Id., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. – Persona e Amm.*, 2017, I, p. 210. Si richiami sempre in generale altresì A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 80, che ricostruisce una figura di preclusione, prodotta in generale dal potere nel senso di impedirne il riesercizio, propria del *ne bis idem* di carattere *logico* e un altro ordine di preclusione che deriva dalla *regolamentazione normativa della situazione di potere*..

ISSN 2036-7821

quali l'accertamento è strumentale e si affianca a un contenuto dispositivo principale (di tipo costitutivo) del provvedimento, a maggior ragione occorre riconoscere un analogo effetto vincolante all'attestazione, nella quale, si è detto, contenuto accertativo e contenuto dispositivo si fondono e rappresentano un unico momento della decisione di certificazione sull'avvenuta formazione del silenzio assenso[51]. Ciò in quanto, giova ribadirlo, nell'attestazione del silenzio assenso, alla stregua di ogni atto produttivo di certezza pubblica, l'effetto di accertamento è anche l'unico effetto dispositivo, posto che nel procedimento volto all'adozione dell'attestazione la fase di accertamento, normalmente inquadrata nell'istruttoria procedimentale e concentrata nell'attività di acclaramento e verifica dei fatti, non è meramente strumentale a un contenuto dispositivo ma è essa stessa il contenuto dispositivo dell'atto stesso.

In tale prospettiva, dunque, anche la possibilità che l'accertamento contenuto nell'attestazione del silenzio assenso sia soggetto a "contestazione" da parte della stessa amministrazione che l'ha resa, nelle forme del riesame demolitorio, ovvero soggetto a un ricorso giurisdizionale, non dovrebbe valere a impedire di riconoscere un'efficacia preclusiva all'attestazione stessa[52]; non foss'altro perché la possibilità di impugnare o di esercitare autotutela rispetto all'accertamento contenuto nell'attestazione dipende da un profilo soltanto esterno all'effetto e comunque solo eventuale perché collegato alle incognite circa la possibilità che venga o meno proposto un ricorso giurisdizionale o esercitato un potere di riesame della stessa attestazione. Ne deriva che l'effetto di accertamento, contenuto nell'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, non è qualificato diversamente a seconda che sia possibile o meno impugnare l'atto o annullarlo d'ufficio; ma anzi lo stesso effetto si produce nello stesso modo indipendentemente dalla possibilità che venga contestata o meno la validità e quindi anche la stabilità dell'atto da cui deriva[53].

---

[51] Per una ricostruzione in chiave critica, nel senso di escludere che l'effetto preclusivo possa considerarsi carattere distintivo di ogni atto produttivo di certezza, cfr. L. DONATO, *Le autocertifcazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli, 2015, 59 e ss.

[52] Parte della dottrina si è opposta al riconoscimento in capo al provvedimento amministrativo di un effetto preclusivo, inteso nei termini descritti da Falzea come sottrazione da contestazione dell'accertamento in esso contenuto, in quanto si afferma che l'accertamento non può comportare la formazione "*di uno stato di certezza intangibile, tale da restare del tutto indifferente alla corrispondenza o meno dei fatti accertati ai fatti reali*" e che l'effetto preclusivo deriva non dal provvedimento come "*atto*" ma dall'eventuale sua inoppugnabilità come "*fatto*"; e per tale ragione, si afferma, resta soltanto l'efficacia dichiarativa, che rimane "*agganciata alla convergenza con lo stato giuridico preesistente*", ossia subordinata alla necessaria corrispondenza tra fatti accertati e fatti realmente sussistenti; e che in ogni caso è "*contrastabile da parte degli interessati che siano in grado di dimostrare l'erroneità dell'accertamento e della valutazione dei fatti fissati nella motivazione del provvedimento*", nel senso che detta efficacia può essere "aggredita" da una reazione, in sede giurisdizionale, o giustiziale, o per effetto del potere di autotutela, e, finanche dopo il decorso del termine di decadenza, oggetto di disapplicazione in sede civile o penale; cfr. M. MONTEDURO, *op. ult. cit.*, pag. 131-132, nota n. 165.

[53] Sul punto vale l'insegnamento di G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 111, che considera errato ritenere "*che la precarietà costituisca una modalità dell'effetto, idonea a definirlo o a qualificarlo, mentre essa indica soltanto la possibilità di un limite*

ISSN 2036-7821

Al contrario, confermerebbe il carattere vincolante dell'attestazione la circostanza che essa, al pari di ogni provvedimento, non potrebbe essere rimossa dalla stessa amministrazione senza limiti ma pur sempre nel rispetto dei presupposti, invero progressivamente resi dal legislatore sempre più rigidi e restrittivi, di esercizio dell'autotutela[54]. Sicché, in una prospettiva funzionale, proprio al fine di restituire una concreta utilità allo strumento, potrebbe essere recuperata una nozione di effetto preclusivo creato dall'attestazione alla stregua di quella che autorevole dottrina ha definito come "certezza-stabilità", in quanto diretta ad affermare una realtà giuridica, ossia la formazione del silenzio assenso, che può sussistere indipendentemente dalla "realtà" dei fatti accertati; e che mira dunque a conseguire in ogni caso la stabilità del rapporto giuridico (il silenzio assenso) così definito, e che, pertanto, può anche prescindere dalla stessa veridicità-correttezza dell'accertamento (e quindi anche prescindendo dalla conformità o non conformità della situazione accertata rispetto a quella "reale")[55].

Tutto ciò consentirebbe di concludere che l'attestazione del silenzio assenso non sia un mero atto ricognitivo, a valenza solo interna, ma si possa qualificare come un provvedimento di tipo accertativo, avente efficacia esterna e preclusiva, che consente

---

temporale all'esistenza dell'effetto medesimo […] *L'effetto, cioè, non può essere definito o qualificato da un fatto esterno ad esso, quale è l'annullamento, sia pure considerato in prospettiva, come possibilità di annullamento o precarietà o annullabilità* […] *In sintesi, l'identità di effetti tra atto imperfetto (sanabile) ed atto perfetto costituisce una regola generale degli atti giuridici, imposta dalle stesse ragioni di economia e di certezza giuridica che stanno a fondamento della sanatoria*". Cfr. anche pag. 183, ove si legge che "*la possibilità dell'invalidazione, incombente sull'effetto giuridico prodotto dall'atto annullabile, non incide sul contenuto dell'effetto, ma solo ne segna un'ipotetica prospettiva temporale: essa allude ad un eventuale fatto risolutivo (invalidativo), esterno all'effetto medesimo*". Sul tema dell'atto viziato, il quale produce effetti uguali a quelli dell'atto valido, si veda M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 12 e ss.

[54] A tal riguardo, si può richiamare la stessa dottrina che ripudia l'effetto preclusivo del provvedimento (come effetto dell'atto e non del fatto-inoppugnabilità), riconoscendo "*che gli effetti giuridici del provvedimento si producano innanzitutto nella sfera giuridica dell'amministrazione adottante è ovvia conseguenza del principio generale secondo cui l'atto giuridico unilaterale produce effetti quanto meno nella sfera giuridica del suo autore* […] *Il vincolo (nel senso di auto-vincolo) a carico dell'amministrazione che sorge a seguito dell'adozione del provvedimento amministrativo è confermato anche dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies della L. 241/1990, i quali consentono alla p.a. di sciogliersi dagli effetti del provvedimento ma non liberamente né ad nutum, bensì solo in presenza di precisi presupposti e nel rispetto di limiti sostantivi e garanzie procedurali: il che conferma la vincolatività del provvedimento anche per il suo autore, posto che, ove quest'ultimo non fosse autovincolato dal proprio decisum, potrebbe cancellare o mutare senza alcun limite quanto meno i provvedimenti che non abbiano consolidato vantaggi, ma solo creato svantaggi per i privati*"; così M. MONTEDURO, *Provvedimento e interpretazione autentica*, cit., pag. 63, nota n. 33.

[55] Secondo la nota distinzione tra certezza-stabilità e certezza-affidamento, ove si ha "«certezza» nel senso tradizionale, intesa come stabilità sociale di qualificazioni e rapporti giuridici" e "certezza intesa come affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone e/o di beni della vita"; distinzione elaborata da A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, cit., 867 e ss.; Id., *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, p. 23. Rispetto alla certezza stabilità la veridicità dell'accertamento non è condizione di operatività della certezza ricadente su rapporti giuridici (come avviene rispetto al meccanismo con cui opera la cosa giudicata sostanziale); è evidente la differenza con la "certezza-affidamento" ove, invece, quel che interessa è sempre l'effettiva rispondenza al vero dell'accertamento.

ISSN 2036-7821

un recupero *ex post* di quella certezza che lo strumento di semplificazione (il silenzio assenso), eliminando il provvedimento espresso, non è in grado di assicurare.

4. L'attestazione sulla formazione del silenzio assenso nei rapporti con i poteri di primo grado e di secondo grado.

Da tali premesse deriva la necessità di indagare i rapporti sussistenti tra l'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20 e gli altri poteri amministrativi, di primo grado e di riesame.

Una volta formatosi il silenzio assenso, l'amministrazione non è più titolare di un potere di primo grado, ormai consumatosi, ma, se si segue l'impostazione poc'anzi delineata, l'unico potere di primo grado di cui è titolare è il potere di attestazione circa la formazione del silenzio assenso.

L'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 ha previsto espressamente l'inefficacia dell'atto tardivo adottato dopo la formazione del silenzio assenso; e al riguardo si può ampiamente dibattere circa le qualificazioni del regime di invalidità da riconoscere all'atto tardivo, sull'estensione dei poteri di autotutela *post silentium* agli effetti del silenzio assenso ovvero circoscritti soltanto all'atto tardivo, e ancora sul tema della consumazione del potere di primo grado.

Sicché, il silenzio assenso impedisce di riesercitare il potere di primo grado; e ciò vale in ogni caso anche ove si voglia riconoscere, secondo una tesi esposta in dottrina, che il potere di primo grado non si sia consumato per effetto del silenzio assenso, ma soltanto "spento", e quindi sia rimasto momentaneamente sospeso a causa dell'esistenza del silenzio assenso, pronto a "riaccendersi" e quindi a essere riesercitato non appena gli effetti del silenzio assenso dovessero essere rimossi tramite i poteri di autotutela[56].

Ciò posto, perfezionatosi il silenzio assenso, la distinzione tra attestazione della formazione del silenzio assenso e potere di primo grado va tenuta ben chiara proprio perché è concreto il rischio di confusione tra i due poteri.

Nella prassi, infatti, può facilmente verificarsi che, sotto le mentite spoglie di un diniego di attestazione della formazione del silenzio assenso, l'amministrazione adotti in realtà un atto tardivo di diniego dell'istanza; atto tardivo che potrebbe pure intervenire laddove l'amministrazione, sotto una falsa auto-qualificazione dell'atto come autotutela, esercitasse, in concreto, un potere di primo grado[57]. Per quanto possa risultare nella prassi difficile distinguere tra i diversi poteri, almeno in linea

[56] Secondo la suggestiva ricostruzione di G. GALLONE, *Tempo e potere: alcune considerazioni attorno al comma 8-bis dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Il dir. dell'econ.*, 2025, 1, p. 29.

[57] Su tali situazioni "connotate da forte ambiguità" cfr. P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, cit., p. 62. Le medesime perplessità circa le difficoltà di distinguere tra atto tardivo e attestazione sono espresse anche da G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, cit., p. 296.

ISSN 2036-7821

generale, si dovrebbe considerare che con l'attestazione l'amministrazione verifica, in primo luogo, l'esistenza di un'istanza munita del *minimum* di elementi necessari a consentire all'amministrazione di pronunciarsi sulla stessa, e quindi idonea a far sì che si formi il silenzio; e, in secondo luogo, il decorso del termine di conclusione del procedimento senza una decisione espressa. Difettano, invece, nell'attestazione sulla formazione del silenzio quei profili valutativi rispetto ai fatti e agli interessi amministrati, che sono presenti nell'esercizio dei poteri di primo e che vengono recuperati nell'esercizio dei poteri di secondo grado[58].

Sotto altro profilo, l'attestazione va ben distinta dal potere di primo grado e correttamente qualificata proprio rispetto agli effetti del silenzio, che l'attestazione accerta come verificatisi. L'attestazione, dunque non può confondersi con un (tardivo) titolo abilitativo né sono ad essa imputabili autonomi effetti autorizzatori, i quali rimangono invece riconducibili esclusivamente al silenzio assenso[59].

Va precisato che l'attestazione della formazione del silenzio assenso non può valere come un atto di "conferma propria" degli effetti del silenzio assenso.

A tal riguardo, in un contesto normativo diverso da quello attuale, è stato da una parte della dottrina sostenuto che l'atto tardivo di accoglimento dell'istanza possa valere come un atto "meramente confermativo" degli effetti del silenzio assenso[60].

Invero, sul tema la giurisprudenza ha avuto modo di specificare che il provvedimento espresso, che reitera gli effetti del silenzio assenso, non costituisce atto meramente confermativo di quest'ultimo, in quanto presuppone l'esperimento di un'autonoma istruttoria, i cui risultati confluiscono nella motivazione del provvedimento espresso[61].

Ebbene, ammettere la possibilità di una conferma degli effetti del silenzio assenso risulta, in generale, difficile se si afferma che, dopo la formazione del silenzio assenso, l'amministrazione abbia ormai consumato il suo potere di provvedere in forma espressa, tranne che con i poteri di autotutela di cui agli artt. 21-quinquies e

---

[58] In tal senso, si legga espressamente Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309, secondo cui "*Nell'ipotesi di silenzio-assenso, viceversa, si è ritenuto che l'inerente potere di autotutela assorba in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, ma che l'Amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare. La funzione sollecitatoria a cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non può, infatti, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (art. 97 cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa. Pertanto, si è detto (ex aliis Tar Campania, Napoli, 10 settembre 2010 n. 17398) in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante*".

[59] In termini E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, cit., p. 187.

[60] E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 680.

[61] Così già Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2013, n. 4507.

ISSN 2036-7821

21-nonies espressamente contemplati dal comma 3 dell'art. 20[62]; sia se si riconosce che, tollerando un atto di conferma del silenzio assenso, si legittimerebbe anche il comportamento dell'amministrazione che ha violato l'obbligo di provvedere[63]. La conferma, oltretutto, porterebbe anche un effetto sostitutivo degli effetti del silenzio assenso, che è poi anche la ragione della riapertura dei termini per impugnare l'atto confermativo[64].

Ammettendo che un atto amministrativo possa tardivamente confermare gli effetti del silenzio assenso, da una parte, si consentirebbe la riapertura dei termini di impugnazione avverso l'atto stesso, dall'altra parte, si posticiperebbero i termini per esercitare i poteri di autotutela, e specialmente il potere di annullamento d'ufficio.

L'attestazione sulla formazione del silenzio, invece, non può valere come conferma e non si sostituisce al titolo abilitativo tacito[65], ma, come si è anticipato, si limita ad accertarne la formazione, pur producendo un effetto di certezza legale circa l'esistenza degli effetti ampliativi propri del silenzio assenso.

Ciò posto, alla luce dell'art. 2, comma 8-bis, dovremmo concludere che è inefficace ogni determinazione tardiva che non sia esercizio dei poteri di autotutela, espressamente fatti salvi dal comma terzo dell'art. 20, ovvero che non sia la stessa attestazione del silenzio assenso prevista dal comma 2-bis dell'art. 20. Di conseguenza, va esclusa la conferma del silenzio assenso, come va altresì considerato inefficace anche ogni atto tardivo finanche di segno positivo che intervenga quando sia ormai decorso il termine di conclusione del procedimento e si sia ormai

---

[62] Sul tema in giurisprudenza *ex multis* Cons. Stato, sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854. In dottrina si tende ad affermare che con il silenzio assenso il potere dell'amministrazione si consuma; cfr. in tal senso *ex multis* G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, cit., p. 16; *contra* si veda già la tesi di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 179, secondo cui il silenzio assenso non cancella il dovere di provvedere.

[63] Appare decisamente minoritario l'orientamento secondo cui a seguito della formazione del silenzio assenso il decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non consuma il potere della Amministrazione di provvedere; cfr. Cons. Stato, sez. VII, 11 maggio 2023, n. 4769; si veda altresì TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 febbraio 2019, n. 358, che però riconosce che "*Il provvedimento espresso, tardivamente intervenuto, cancella quindi il silenzio, sia se formatosi in senso negativo che positivo, poiché non è ammissibile che la P.A. si pronunci al solo fine di confermare il silenzio mantenuto, legittimando un comportamento che viola l'obbligo di provvedere*". Nel diverso contesto del silenzio diniego sull'istanza di accesso agli atti, si è sostenuto che "*il decorso del predetto termine non consuma il potere della P.A. di provvedere sull'istanza di accesso agli atti, mantenendo la P.A. il potere di emanare un diniego, o anche un accoglimento, espresso e motivato: un diniego esplicito, infatti, pur se rilasciato dopo la formazione del c.d. silenzio diniego di cui al succitato art. 25, comma 4, costituisce un atto di conferma a carattere rinnovativo, che modifica la realtà giuridica e che deve essere specificamente impugnato*"; cfr. Cons. Stato, sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854.

[64] Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746; TAR, Milano, Sez. IV, 8 marzo 2019, n. 499. In dottrina, si veda L. MAZZAROLLI, *Gli atti amministrativi di conferma*, Padova, 1964, 49-50. In termini critici rispetto alla ricostruzione della conferma in senso proprio come sostituzione dell'atto riesaminato si veda N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 123. Cfr. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 40

[65] Cfr. E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, fasc. 5, p. 1264.

ISSN 2036-7821

perfezionato il silenzio assenso[66].

Alla luce del comma 3 dell'art. 20, rimane, piuttosto, da chiedersi quali poteri di autotutela siano ammessi e come si relazionano rispetto all'attestazione di cui al comma 2-bis.

L'attestazione, si è detto, deve avere un'efficacia vincolante rispetto alla certezza creata in ordine all'esistenza del silenzio assenso. Ciò ovviamente non significa che l'amministrazione che ha reso l'attestazione sul silenzio assenso non possa successivamente decidere di revocare o annullare d'ufficio lo stesso silenzio assenso, trattandosi di poteri espressamente richiamati dal comma 3 dell'art. 20[67]. L'attestazione, del resto, accerta l'esistenza del silenzio assenso ma non la sua legittimità[68]; specialmente una volta ammesso che il silenzio assenso si formi nonostante la sussistenza di cause di illegittimità. Si tratta quindi di un effetto vincolante di tipo debole, anche considerata l'impossibilità di trapiantare sull'atto amministrativo, e tantomeno sul silenzio assenso, canoni di immutabilità e intangibilità propri di altre categorie come il giudicato o il contratto[69].

Tuttavia, l'amministrazione nel decidere di annullare d'ufficio non potrà *ad nutum* disattendere l'esito dell'attestazione, anche solo perché da essa sono derivati effetti di consolidamento del legittimo affidamento in capo al singolo circa la formazione del

---

[66] In tal senso espressamente P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, cit., p. 60, che ravvisa il rischio per l'istante che un atto tardivo di assenso possa spostare in avanti i termini per l'impugnazione e per l'esercizio dell'autotutela. Allo stesso modo può ritenersi inefficace anche quel "titolo autorizzatorio documentale", cui fa riferimento la giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019, n. 10227, in *www.giustizia-amministrativa.it*) che parlava di obbligo dell'amministrazione di adottare, dopo la formazione del silenzio assenso, tale atto, anche prima della previsione dell'attestazione; il "titolo autorizzatorio documentale" tuttavia, rispetto all'attestazione rischia di identificarsi piuttosto in un provvedimento tardivo di segno positivo, che consentirebbe di riaprire i termine di impugnazione e di autotutela.

[67] *Contra* l'idea formulata da M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit., 183-184, che sostiene che, secondo una lettura restrittiva del "fermo restando" previsto subito dopo la previsione dell'inefficacia dell'atto tardivo, sostiene che i poteri di secondo grado sarebbero ammessi solo rispetto all'atto tardivo, con la conseguenza che sarebbe ammessa solo la possibilità di eliminare l'atto espresso emesso fuori termine.

[68] Nello stesso senso anche B. MERCURIO – C. CAPPABIANCA, *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*, in Nuove Autonomie, 1-2/2024, p. 199

[69] Categoria del giudicato proposta con il termine corrente di *Rechtskraft* anche per l'atto amministrativo dalle riflessioni della giuspubblicistica di lingua tedesca nel tardo ottocento e agli inizi del novecento. Il riferimento è alla nota teoria dell'affermazione della "forza di diritto" anche rispetto all'atto amministrativo, nel contesto di una più generale teoria unitaria di tutti gli atti del pubblico potere, senza distinzioni tra amministrazione e giurisdizione, il cui principale fautore è Adolf Merkl, nella nota opera A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987, 327 e ss. In dottrina, nel senso dell'impossibilità di riferire all'atto amministrativo la teorica della cosa giudicata materiale M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo,* cit., 187. Si potrebbe suggerire, in una prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione o di un'ipotesi di attestazione che renda definitivi e sottratti al riesame gli effetti del silenzio assenso o di una fattispecie di autotutela doverosa, che imponga all'amministrazione di riesaminare una volta per tutte, con effetto demolitorio o conservativo, il silenzio assenso.

ISSN 2036-7821

silenzio assenso, di cui occorrerà evidentemente tener conto[70]. Ciò anche alla luce dei principi di collaborazione e di buona fede che informano i rapporti tra cittadini e amministrazione (art. 1, co. 2-bis, l. n. 241/1990)[71].

In tal senso l'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, proprio perché diretta a garantire certezza sull'esistenza del silenzio assenso, potrebbe portare dei risultati di consolidamento del legittimo affidamento maturato dal privato circa la stabilità degli effetti del silenzio assenso. Il rilascio dell'attestazione, infatti, rappresenta comunque l'esito di una decisione dell'amministrazione che, pur potendo riesaminare e revocare o annullare d'ufficio gli effetti del silenzio assenso, ove ne abbia ravvisato l'illegittimità e/o la contrarietà all'interesse pubblico, ha, almeno nelle more, preferito rilasciare l'attestazione; ovviamente riservandosi la possibilità di autotutela fintanto che ve ne siano i presupposti e i termini. Da ciò il privato potrebbe anche aver maturato il legittimo affidamento che l'amministrazione intenda conservare gli effetti del silenzio assenso.

Non è da escludere, però, che l'amministrazione, proprio perché richiesta dal privato di rilasciare l'attestazione ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, si accorga di una causa di invalidità che inficia il silenzio assenso e decida di esercitare un potere di riesame per la rimozione del vizio; ciò, in linea generale, sia nel caso in cui l'amministrazione abbia reso l'attestazione, sia nell'ipotesi in cui non abbia provveduto e, inutilmente decorsi dieci giorni, il privato abbia sostituito l'attestazione con la propria autocertificazione, come previsto dal comma 2-bis dell'art. 20[72].

---

[70] *Contra* R. CAROCCIA, *Attuale conformazione e confini dell'istituto del silenzio assenso dopo il d.l. 31 maggio 2021 n. 77*, cit., p. 116. In generale, si condivide l'opinione secondo cui, quando manca un provvedimento espresso, in ragione della mancanza di una motivazione sulla fondatezza dell'istanza, il legittimo affidamento del privato circa la stabilità degli effetti del silenzio assenso rispetto all'esercizio del potere di riesame è più "debole" rispetto alla situazione che sarebbe deriva se fosse stato adottato il provvedimento espresso; cfr. in tal senso W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20,* in Bartolini, Fantini, Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, p. 492.

[71] Può apparire in tal senso significativo che la stessa relazione illustrativa al d.l. semplificazioni 2021 abbia sottolineato che le modifiche al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 fossero dirette a "dare garanzia al legittimo affidamento del privato".

[72] Nel caso in cui sia stata rilasciata, dopo aver annullato d'ufficio gli effetti del silenzio assenso, l'amministrazione potrebbe annullare d'ufficio anche l'attestazione del silenzio assenso e v'è da chiedersi se, ai fini dell'applicazione del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-nonies, comma 1, l. n. 241/1990, l'attestazione possa farsi rientrare anch'essa nella nozione di "provvedimenti di autorizzazione" o "attributivi di vantaggi economici", aderendo a un indirizzo giurisprudenziale che parrebbe aver esteso la categoria anche a provvedimenti non strettamente qualificabili in senso tradizionale come autorizzazioni (come l'attestato di libera circolazione di un bene culturale; argomento che deriva da Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2024, n. 8296). Si potrebbe, in buona sostanza, sostenere che anche l'attestazione della formazione del silenzio assenso, rimuovendo l'incertezza originaria sull'esistenza del silenzio assenso, produce un effetto ampliativo della sfera giuridica dell'istante. In dottrina, sulla forza espansiva della locuzione -contenuta nell'art. 21-nonies- "*provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici*", riferibile a tutte le tipologie di atti satisfattivi di interessi legittimi

ISSN 2036-7821

A tal riguardo, rispetto al legittimo affidamento, si potrebbe considerare diversamente la posizione dell'istante privato a seconda che l'attestazione sia stata chiesta e ottenuta prima o dopo che l'amministrazione abbia già avviato e comunicato l'avvio del procedimento volto all'annullamento d'ufficio.
Dall'altra parte, è pur vero che lo stesso privato, specialmente se consapevole dell'esistenza di ragioni di illegittimità che inficiano il silenzio assenso, proprio per evitare di sollecitare un riesame da parte dell'amministrazione, potrebbe preferire attendere che siano scaduti i termini per l'annullamento d'ufficio del silenzio assenso, per poi chiedere successivamente l'attestazione ex art. 20, co. 2-bis, l. n. 241/1990, soltanto quando non sia più possibile l'annullamento d'ufficio per decorso dei dodici mesi. In tal senso, in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere utile estendere il contenuto dell'attestazione anche rispetto all'accertamento dell'eventuale già maturato decorso del termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio del silenzio. Nel qual caso dovremmo avere un'attestazione di "definitiva" formazione del silenzio assenso, ormai non più soggetta quantomeno all'annullamento d'ufficio.
È invero altresì possibile che l'amministrazione decida anche di convalidare il silenzio assenso. La convalida del silenzio assenso -silenzio assenso che "equivale" a un provvedimento espresso- sembrerebbe ammessa sia dal comma 3 dell'art. 20, che richiama indistintamente l'art. 21-nonies, e quindi anche il comma 2 sulla convalida, sia dall'art. 21, che nell'escludere la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista nelle ipotesi di silenzio assenso formatosi su dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ammetterebbe implicitamente la possibilità di una convalida in tutti gli altri casi[73]. Alla convalida del silenzio assenso seguirebbero ovviamente effetti di consolidamento e stabilizzazione del silenzio assenso, connessi oltre che alla rimozione della causa di invalidità che inficiava l'istanza assentita *per silentium*, anche a un recupero postumo della funzione amministrazione, e quindi a una ponderazione effettiva, benché tardiva, degli interessi in gioco, originariamente mancata nel procedimento di primo grado proprio a causa della inerzia dell'amministrazione.

5. L'attestazione "sostituita" dalla dichiarazione del privato resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000: criticità e soluzioni interpretative.

Suscita, invece, numerose perplessità la previsione dell'art. 20, comma 2-bis, secondo cui decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, senza che l'amministrazione abbia reso l'attestazione, essa è "sostituita" dalla dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000. Si tratta della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà

pretensivi dei richiedenti, si veda già R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.federalismi.it*, 23/2017, p. 7.

[73] Sul tema sia consentito un rinvio a A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida,* Torino, 2024, pp. 186 e ss.

ISSN 2036-7821

che, ai sensi dell'art. 1 lett. h) del d.PR. n. 445/2000, si qualifica come il documento sottoscritto dall'interessato, concernente stati, qualità personali e fatti, che siano a diretta conoscenza di questi.

Al di là delle criticità che la dottrina ha già avuto modo di evidenziare e che riguardano principalmente lo spostamento in capo al privato delle responsabilità connesse al rendere una dichiarazione sostitutiva che dovesse ritenersi non veritiera – il che rende lo strumento dell'attestazione-autocertificazione del silenzio più che uno strumento di garanzia e di certezza una "trappola"[74]- ci si può interrogare sul valore della dichiarazione del privato in chiave "sostitutiva" dell'attestazione e dunque anche sul ruolo che è chiamato a svolgere il privato nel rendere la sua dichiarazione.

Ciò anche al fine di verificare che effetti e che utilizzo può avere la dichiarazione sostitutiva, specialmente se confrontati con l'attestazione espressa, e onde poi valutare se, a fronte della possibilità di autocertificare, il privato possa avere ancora interesse ad avvalersi di altri rimedi processuali, come l'azione di accertamento del silenzio assenso ovvero l'azione avverso il silenzio diretta a compulsare l'amministrazione a rilasciare un titolo abilitativo espresso.

In un più generale inquadramento delle autocertificazioni, anche la dichiarazione sostitutiva prevista dal comma 2-bis dell'art. 20 appare sorretta tanto dalla componente di semplificazione quanto dalla componente collaborativa sottese all'istituto dell'autocertificazione. Da una parte, a uno strumento che già si prefigge finalità di semplificazione, quale è il silenzio assenso, se ne aggiunge un'ulteriore, anch'esso tradizionalmente inquadrato nel solco degli istituti di semplificazione, che è l'autocertificazione in funzione sostitutiva dell'attestazione del silenzio; dall'altra parte, nell'ottica di un rafforzamento dei principi di collaborazione e della buona fede, di cui l'attestazione del silenzio assenso è espressione, la stessa dichiarazione sostitutiva può essere la chiave per spostare sui privati, secondo il paradigma proprio dell'auto-responsabilità, funzioni nuove di produzione di certezze pubbliche; funzioni soggette pur sempre al controllo amministrativo, che, ove rimanessero in "monopolio" esclusivo del soggetto pubblico[75], rischierebbero di aggravare eccessivamente i compiti della stessa amministrazione senza offrire le

[74] Così M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022; Id., *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021. Già sulle difficoltà di ridurre all'alternativa secca vero/falso, una rappresentazione che potrebbe contenere errori circa la valutazione e la ricostruzione di un quadro normativo (errori perfettamente compatibili e possibili in considerazione della complessità e contraddittorietà delle norme), si veda sempre M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, p. 188.

[75] Espressione che si ritrova in G. GARDINI, *Autocertificazione*, in *D. disc. pubbl.*, agg., Torino, 2005, 110

ISSN 2036-7821

garanzie di certezza cui aspira il privato[76].

Orbene, con la dichiarazione sostitutiva di cui al comma 2-bis dell'art. 20, il privato, sostituendosi all'amministrazione, è chiamato ad "*autoprodursi*" una "*certezza*" sulla formazione del silenzio assenso che è diretta a circolare nei rapporti con i terzi e con la stessa amministrazione. La norma è, infatti, chiara nel prevedere che l'attestazione è "sostituita" con la dichiarazione del privato resa ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445 del 2000.

Se così è, la dichiarazione del privato "si sostituisce" nel senso di assolvere alla medesima funzione ricognitiva o di produzione di certezza pubblica, a seconda delle tesi sulla qualificazione dell'atto sostituito, normalmente spettante all'amministrazione con l'attestazione; con la conseguenza che la dichiarazione del privato finisce per equivalere all'attestazione resa dall'amministrazione. Se così non fosse, in disparte il dato testuale della norma che riferisce di una "sostituzione" del privato all'amministrazione, si dovrebbe riconoscere la completa inutilità dell'istituto dell'autocertificazione prevista dal comma 2-bis, al quale dovrebbe essere riconosciuta una valenza diversa e comunque inferiore rispetto all'attestazione.

Diversamente, solo ammettendo che la dichiarazione sostitutiva del privato equivalga ad ogni effetto all'attestazione, anche sul fronte processuale, si può escludere l'interesse a ricorrere del privato nel proporre un'azione di accertamento del silenzio assenso; azione che si ritiene ammissibile soltanto in via residuale e in assenza di altri strumenti di tutela allorché quindi una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente[77]. Così come rimane discutibile se, ammettendo la sostituzione della certificazione e quindi anche effetti di definitiva consumazione del potere di attestazione, sia proponibile un'azione avverso il silenzio per far accertare l'obbligo dell'amministrazione di attestare l'avvenuta formazione del silenzio assenso; specialmente considerando che, in altri contesti normativi, come il comma 6 dell'art. 36-bis del t.u. edilizia, si è avvertita invece espressamente la necessità di prevedere, decorsi dieci giorni senza il rilascio dell'attestazione, in luogo dell'autocertificazione, la possibilità di proporre azione avverso il silenzio[78].

---

[76] Può tornare utile la nozione di "certezze liquide" formulata da L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli, 2015 p. 222, che prospetta la possibilità che le dichiarazioni sostitutive siano idonee a produrre esse stesse "certezze", nella prospettiva che l'individuo possa essere chiamato a produrre da sé il bene (e dunque la certezza) di cui necessita. Cfr. A. LIVERANI, *Certificazione I) diritto amministrativo*, postilla di aggiornamento 2006, in Enc. giur., VI, 1988, secondo cui la funzione di certificazione non è più appannaggio dei pubblici poteri.

[77] Così già la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 29 luglio 2011 n. 15.

[78] Secondo quanto prevede il comma 6 dell'art. 36-bis t.u. edilizia, "*l'amministrazione è tenuta a rilasciare, in via telematica, su richiesta del privato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e dell'intervenuta formazione dei titoli abilitativi. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'istante può esercitare l'azione prevista dall'articolo 31 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".

ISSN 2036-7821

Se, dunque, si ipotizza che l'attestazione del silenzio assenso è un potere e non un mero atto ricognitivo, bisognerebbe anche percorrere una soluzione interpretativa che porti a riconoscere al privato la medesima funzione pubblica spettante all'amministrazione di produzione di certezza legale, come prima prospettata[79]. Occorrerebbe altresì assumere che, decorsi dieci giorni dalla richiesta, si consumi il potere dell'amministrazione di provvedere con l'attestazione, nel senso di non poter tornare a decidere attestando la mancata formazione del silenzio assenso, anche perché, diversamente, in caso di sopravvivenza del potere di attestazione, si arriverebbe ad avere due poteri, uno in mano pubblica, l'altro in via sostitutiva esercitato dal privato, che logicamente oltre che giuridicamente non possono convivere[80]. Con il rischio, tuttavia, che l'amministrazione, nel breve tempo di dieci giorni a disposizione, si affretti a rendere un'attestazione negativa del silenzio assenso soltanto per evitare la sostituzione dell'attestazione con la dichiarazione resa dal privato ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.

Secondo questa possibile soluzione teorica, tuttavia, si giungerebbe alla conclusione per cui, tramite la dichiarazione sostitutiva dell'attestazione del silenzio assenso, il privato sia chiamato non solo a svolgere una mera attività cognitiva in sostituzione dell'amministrazione[81], limitata alla fase dell'istruttoria procedimentale e strumentale

[79] Una siffatta sostituzione del privato risulta evidentemente inconcepibile in un sistema nel quale, in forza di un sistema monopolistico di gestione della certezza pubblica, si ammette che "*alle dichiarazioni di scienza redatte e sottoscritte da soggetti privati, per contro, non sembra potersi ricondurre alcun effetto preclusivo, dal momento che a costoro non è attribuito un potere di acclaramento o certificativo*"; cfr. G. GARDINI, *op. ult. cit.*, 110.

[80] Un effetto di consumazione del potere, sulla falsariga di un potere da esercitarsi *one shot*, non risulterebbe neppure del tutto incoerente rispetto ad altre soluzioni normative introdotte dallo stesso legislatore della semplificazione, come l'art. 10-bis, che hanno introdotto effetti di definitivo esaurimento del potere nei procedimenti ad istanza di parte (in tal senso G.A. PRIMERANO, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 157 ss.; P. CHIRULLI, *"The anatomy of administrative law": suggestioni di una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 646 ss; *contra* M. RICCIARDO CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 6 aprile 2022. Sull'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, così come da ultimo modificato, si vedano anche M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con il d.l. n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020)*, in *giustamm*, 2020, 11; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. Econ.*, 2021, 2, 1; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, 3, 573 e ss.; S. BOCCHINI, *Preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1, 149 e ss.; M. TRIMARCHI, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Dir. e proc. amm*, 2022, 2, 415 e ss.; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 20 giugno 2022; M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 1, 33 e ss.; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595 e ss.; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 2, 533 e ss.; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 29 e ss.

[81] Sul tema E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011, p. 279 secondo cui "*Il ruolo cognitivo riconosciuto ai privati risponde a più esigenze di semplificazione e trova la sua giustificazione razionale nella "vicinanza alla prova": complessivamente si definisce un modello nel quale le garanzie*

ISSN 2036-7821

alla decisione amministrativa[82], ma a esercitare in via sostitutiva anche la medesima attività dispositiva-decisionale di creazione della certezza legale, diretta alla circolazione nei rapporti con i terzi, che altrimenti competerebbe al soggetto pubblico.

La difficoltà, dunque, non è soltanto nello spostare in capo al privato l'attività conoscitiva ma nel riconoscere al singolo uno spazio decisionale nuovo, rispetto alla creazione della certezza pubblica sulla formazione del silenzio, con tutte le perplessità connesse alla non imparzialità del privato che rimane portatore di interessi confliggenti con quelli pubblici, specie quando si tratta di autocertificare l'esistenza di un effetto ampliativo rinveniente dal silenzio assenso. Con una dichiarazione sostitutiva pienamente assimilata all'attestazione, però, il privato si troverebbe a svolgere una funzione non soltanto dichiarativa, ossia di mera rappresentazione di un fatto, già accertato da altro atto amministrativo, ma anche, in via sostitutiva rispetto all'amministrazione, la medesima funzione preclusiva sottesa alla creazione di quella (nuova) certezza circa un fatto omissivo, il silenzio assenso, che avrebbe dovuto essere assolta dall'attestazione ex art. 20, co. 2-bis, l. n. 241/1990.

La previsione di una dichiarazione, da rendersi ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000, quindi, potrebbe mal conciliarsi con l'esercizio in via sostitutiva da parte di un privato di un potere accertativo di un effetto favorevole, di cui pure abbia "diretta conoscenza", da prodursi in capo allo stesso soggetto che rende la dichiarazione sostitutiva.

Ciò posto, per una piena assimilazione della dichiarazione sostitutiva all'attestazione si potrebbe tentare di estendere l'applicazione del medesimo regime giuridico applicabile all'attestazione che viene sostituita.

Sul punto possono esprimersi plurime perplessità ed è anzi ragionevole aspettarsi un

---

tradizionalmente riposte nell'istruttoria pubblica sono progressivamente (presuntivamente) fornite dall'autoresponsabilità privata, il che è espressione anche ad un diverso rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino".

[82] In tal senso si riconosce che la dichiarazione sostitutiva di certificati possa essere idonea a costituire il fatto da cui nasce per l'amministrazione la conoscenza giuridica del dato dichiarato; compete all'amministrazione decidere se acquisire d'ufficio quanto dichiarato dal privato ovvero accettare la dichiarazione sostitutiva del privato e porla a base della propria decisione; in termini L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., pp. 111-112. Parla di "presunzione di veridicità" della autocertificazione, salve le diverse risultanze dell'attività di verifica deputata all'amministrazione, E. CARLONI, *op. ult. cit.*, 279. Nello stesso già P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione*, Roma, 2005, 282, il quale sostiene però che alle dichiarazioni sostitutive va data soltanto un "valore probatorio procedimentale", in quanto non creano certezze e non possono circolare al di fuori del procedimento entro cui sono state prodotte e la loro funzione è limitata ai rapporti con l'amministrazione (pp. 283-284). Cfr. anche G. ARENA, *"Autocertificazioni" e amministrazione per interessi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, I, 1988, p. 51, che, partendo da una diversa premessa secondo cui "*le certificazioni (e quindi anche la autocertificazioni) non «creano» la qualità giuridica della certezza ma si limitano a rappresentarla ed a porla in circolazione per uso della collettività"* e che *"la certezza è una «realtà» che esiste già nel mondo giuridico"*, conclude nel senso di ritenere possibile che un soggetto privato possa rappresentare detta certezza all'esterno e porla in circolazione, mediante l'autocertificazione che è atto "*meramente dichiarativo di un dato che è già stato qualificato da un altro atto giuridico*" (p. 52).

ISSN 2036-7821

atteggiamento di ritrosia da parte dello stesso privato nel riconoscere e accettare che la propria dichiarazione, che è pur sempre una dichiarazione di parte unilaterale, possa davvero equivalere al "documento cartaceo" attestante l'esistenza di un atto amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica.

Invero, in un'ottica processuale, già dovrebbe escludersi che la dichiarazione sostitutiva, quale atto a formazione privata unilaterale, possa produrre effetti probatori rispetto alle deduzioni della parte da cui proviene (nel nostro caso sull'esistenza stessa del silenzio)[83]; ciò diversamente dall'attestazione, cui si potrebbe invece ricollegare efficacia di piena prova fino a querela di falso. Come pure dovrebbe escludersi nel processo amministrativo l'ingresso di una dichiarazione sostitutiva o di un'autocertificazione, sia pure sull'esistenza del silenzio assenso, proveniente da un terzo che rischierebbe di diventare un modo surrettizio per introdurre nel giudizio una prova testimoniale non autorizzata[84]. Sicché, salva la valenza quale mero indizio, sempre unitamente ad altri elementi gravi, precisi e concordanti, la dichiarazione del privato ex art. 47 d.P.R. n. 447/2000 finirebbe per avere una funzione probatoria, per vero limitata e soltanto eventuale, esclusivamente in via mediata e facendo leva su altre regole processuali, come il principio di non contestazione richiamato dall'art. 64, co. 2, c.p.a.[85], in forza del quale il fatto (silenzio assenso) rappresentato dall'autocertificazione potrebbe essere posto a fondamento della decisione del giudice in quanto fatto "*non specificatamente contestato dalle parti costituite*"[86]; ovvero la dichiarazione sostitutiva del privato potrebbe valere a giustificare l'esercizio di poteri istruttori officiosi da parte del giudice amministrazione, che proprio in ragione dell'introduzione del fatto rappresentato nella dichiarazione del privato sostitutiva, potrebbe chiedere all'amministrazione di rendere chiarimenti o documenti in ordine all'esistenza del silenzio assenso oppure potrebbe ordinare una verificazione sul punto.

Ciò posto rimane la difficoltà di conciliare l'utilizzo dell'attestazione, inquadrabile come "certificazione", con il generale divieto di utilizzare certificati nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione, previsto dall'art. 40, d.P.R. n. 445/2000, secondo cui le certificazioni, e quindi anche l'attestazione del silenzio assenso

[83] Così si veda in giurisprudenza Cassazione civile, Sezioni Unite 29 maggio 2014, n. 12065.

[84] In tal senso si veda Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2018, n. 3143.

[85] Sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, si vedano F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.; G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1142 ss.; E. ROMANO, *La 'non contestazione' nel processo amministrativo*, Torino, 2016; F. GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

[86] Suggerisce una valenza probatoria delle autocertificazioni, rispetto alla capacità di introdurre fatti nel giudizio rispetto ai quali è possibile valutare il comportamento tenuto dalle parti nei cui confronti la dichiarazione è resa (e quindi anche la non contestazione), L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., p. 225-226, nota n. 7.

ISSN 2036-7821

rilasciata dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti è valida e utilizzabile solo nei rapporti tra privati; mentre nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47. Sicché nei rapporti con la stessa amministrazione, varrebbe quanto previsto dall'art. 43 d.P.R. n. 445/2000 secondo cui le amministrazioni, che non possono accettare certificati, o acquisiscono d'ufficio le informazioni oggetto della dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 47-nel nostro caso sostitutiva della stessa attestazione-oppure sono tenute ad accettare la dichiarazione sostitutiva del privato. Da qui si potrebbe addirittura ipotizzare che l'attestazione espressa sul silenzio assenso possa essere utilizzata esclusivamente nell'ambito di negoziazioni interprivatistiche e con il sistema creditizio.

Da un diverso angolo visuale, aderendo a una soluzione interpretativa più estrema, nei rapporti con la pubblica amministrazione si potrebbe pure tentare di prospettare il carattere definitivo e vincolante dell'autocertificazione che - salvi i poteri di autotutela che potrebbero portare all'annullamento d'ufficio del silenzio assenso determinando la caducazione in via derivata anche degli effetti dell'autocertificazione - dovrebbe essere tenuta sempre ad accettare la dichiarazione sostitutiva considerandola come veritiera. Detta soluzione consentirebbe, da un lato, il reale risultato di semplificazione perseguito dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, perché l'amministrazione non sarebbe ulteriormente e nuovamente gravata dal dover controllare la veridicità dell'autocertificazione; e dall'altro lato, darebbe all'autocertificazione una reale utilità concreta perché non potrebbe essere messa in discussione dall'amministrazione.

Se, invero, si ritiene che l'amministrazione, decorsi dieci giorni dalla richiesta del privato, abbia consumato il potere di attestare (e quindi anche non attestare) il silenzio assenso, per riconoscere effetti vincolanti all'autocertificazione si dovrebbe ipotizzare l'esclusione anche dei poteri di verifica e controllo diretti a confutare la dichiarazione sostitutiva che in generale sono previsti dal d.P.R. n. 445/2000 (in particolare dagli artt. 43 e 71). In altri termini, seguendo questo percorso argomentativo, l'amministrazione, non potendo più rendere l'attestazione circa la formazione del silenzio assenso, da intendersi definitivamente sostituita dalla dichiarazione resa dal privato ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000, non potrebbe più né, ai sensi dell'art. 43 d.P.R. n. 445/2000, acquisire d'ufficio un documento, l'attestazione del silenzio assenso (che non potrebbe più rendere la stessa amministrazione considerata la definitiva consumazione del relativo potere); né, ai sensi dell'art. 71 d.P.R. n. 445/2000, potrebbe più effettuare controlli sulla veridicità della dichiarazione sostitutiva (in via definitiva) dell'attestazione. Detta soluzione, tuttavia, in assenza del controllo di cui agli artt. 43 e art. 71, rischierebbe di sottrarre

ISSN 2036-7821

la stessa dichiarazione sostitutiva alla "sanzione" della decadenza dei benefici prevista dall'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, ove fosse "non veritiera" o "mendace"[87]. Soluzione che, specialmente nell'ipotesi di falsa dichiarazione dolosa, finirebbe per contraddire la stessa finalità dell'autocertificazione che, quando sostitutiva dell'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, è quella di tutelare l'affidamento del privato circa la formazione del silenzio assenso soltanto in quanto tale affidamento sia sorto in buona fede e non quando sia frutto di condotte del privato dolose o dovute a colpa grave.

Invero, su tutte le questioni sinora delineate il comma 2-bis dell'art. 20 l. n. 241/1990 non prevede nulla.

Si potrebbe, piuttosto, far leva sul generale principio di legittimo affidamento e dunque sui principi di collaborazione e di buona fede, rafforzati nella loro valenza applicativa anche dall'auto responsabilità assunta dal privato nel rendere l'autocertificazione con tutte le responsabilità anche penali che ne possono derivare; ciò senza considerare anche il "danno da incertezza" che il privato rischierebbe di subire a causa di un'amministrazione che non renda l'attestazione e, di contro, si rifiuti anche di accettare come vincolante la dichiarazione sostitutiva del singolo[88].

Tanto potrebbe consentire di tributare alla dichiarazione sostitutiva dell'attestazione ex comma 2-bis dell'art. 20, un effetto vincolante nei confronti dell'amministrazione che sarebbe tenuta a considerare come accertato il silenzio assenso, non perché attestato ma perché "autocertificato" dal singolo, che assume la responsabilità della propria dichiarazione sostitutiva e ripone affidamento sulla certezza circa la formazione del silenzio assenso che ne deriva; detto effetto rimarrebbe pur sempre molto "debole" se si riconosce comunque all'amministrazione la possibilità di disattendere l'autocertificazione, quantomeno tramite i poteri di autotutela caducatoria degli effetti del silenzio assenso o tramite la decadenza ex art. 75 d.P.R. n. 445/2000 consentendo all'amministrazione di verificare la non veridicità del silenzio assenso autocertificato, specialmente quando l'autocertificazione non sia stata resa

[87] Sulle criticità della norma si veda M.A. SANDULLI, *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera"*, cit.; M. A. Sandulli, *La "trappola" dell'art. 264 del d.l. 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020. Si rammenta che secondo la giurisprudenza l'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000 prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante nel caso in cui si accerti la non veridicità di quanto descritto nella dichiarazione sostitutiva; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 gennaio 2021, n. 49.

[88] Su tali aspetti, sia consentito un rinvio a A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida,* cit., p. 82 e p. 123. Si tratterebbe del danno che il singolo subisce a causa della incertezza circa la formazione del silenzio assenso, a causa della quale decida di non intraprendere un'attività economica che si sarebbe verificata fruttuosa, perdendo quindi occasioni di guadagno. Sul danno da incertezza cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale,* cit., 655.

ISSN 2036-7821

dal privato in buona fede[89].

Del pari, nei rapporti con i soggetti privati è presumibile ritenere che la dichiarazione sostitutiva del privato si riveli inutile se si ammette che i privati possono sempre pretendere un'attestazione espressa e non sono obbligati a prestare affidamento in ordine all'autocertificazione resa da un altro privato sulla formazione del silenzio assenso[90]. Onde recuperare un'efficacia vincolante alla dichiarazione sostitutiva dell'attestazione del silenzio assenso, si potrebbe però far leva sulla modifica che ha riguardato l'art. 2, del d.P.R. n. 445/2000, che non del tutto casualmente è stata introdotta proprio dal d.l. semplificazioni n. 76/2020, conv. in l. n. 120 del 2020. In detta norma, l'eliminazione dell'inciso "*che vi consentono*", riferito ai privati nei cui confronti sono rese le autocertificazioni, sembrerebbe aver esteso il regime di produzione delle dichiarazioni sostitutive nei rapporti con i privati, ora tenuti ad accettare le dichiarazioni sostitutive anche se non "*vi consentono*"[91].

Se così fosse, i privati, anche che non "vi consentono", sarebbero tenuti ad accettare la dichiarazione sostitutiva resa dall'istante ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, nel nostro caso attestante la formazione del silenzio assenso. Gli stessi privati, tuttavia, che sono soggetti terzi rispetto all'istante, potrebbero comunque chiedere all'amministrazione, ai sensi del comma 4 dell'art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000, una "*conferma scritta*" della corrispondenza tra quanto dichiarato dall'istante, nella sua dichiarazione sostitutiva, e quanto risulta all'amministrazione circa la formazione del silenzio assenso, sulla base delle "*risultanze dei dati* […] *custoditi*" dalla stessa amministrazione. Di modo che, l'amministrazione, onde verificare e rendere conferma scritta al privato terzo circa l'esistenza del silenzio assenso, potrebbe esercitare comunque un controllo sulla veridicità dell'autocertificazione sostituiva

[89] Ciò anche al fine di evitare comportamenti opportunistici del privato che faccia leva sul mero decorso del termine per rendere l'attestazione al fine di rendere un'autocertificazione sulla formazione del silenzio assenso, anche quando l'istante abbia reso dichiarazioni false o mendaci.

[90] Cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., p. 54.

[91] In tal senso cfr. G. CASONI, *I soggetti privati sono tenuti a ricevere le dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà. Ma possono continuare a richiedere certificati al cittadino?*, in *Lo Stato civ. ital.*, fasc. 12, 2020, p. 54, secondo cui dall'eliminazione dell'inciso "che vi consentono" deriverebbe che i privati sono ora tenuti ad accettare le dichiarazioni sostitutive. A oggi, l'art. 2, del d.P.R. n. 445/2000 prevede infatti che "*Le norme del presente testo unico disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione; disciplinano altresí la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza, e ai privati*"; quindi anche ai privati che non vi consentono". Da notare che l'eliminazione dell'inciso "che vi consentono" riferito ai privati ha riguardato anche l'art. 71, co. 4, d.P.R. n. 445/2000. Sul tema si veda S. ESPOSITO, *Errori formali e validità delle dichiarazioni sostitutive*, in *Ambientediritto*, 4/2024, p. 17. Parla già espressamente di "obbligo" e non più di facoltà di accettare l'autocertificazione o la dichiarazione sostitutiva A. GIURICKOVIC DATO, *L'inattuazione dei principi "autocertificazione" e "decertificazione" tra digitalizzazione ed emergenza*, in *Ceridap*, 3/2021, p. 77.

ISSN 2036-7821

dell'attestazione del silenzio assenso resa dall'istante[92].
Inoltre, si dovrebbe ammettere che, anche all'esito della modifica dell'art. 2 del d.P.R. n. 445 del 2000, al soggetto terzo privato, pur tenuto ad accettare l'autocertificazione, non sia in generale vietato chiedere certificati ad altri soggetti privati; nel nostro caso l'attestazione sulla formazione del silenzio assenso chiesta all'istante che dichiari di poter vantare un effetto ampliativo derivante dalla sua autocertificazione ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990. La previsione, che è rimasta invariata, contenuta nell'art. 40 del d.P.R. n. 445/2000 prevede, infatti, ancora la possibilità di utilizzare i certificati "*solo nei rapporti tra privati*".
Di conseguenza il soggetto terzo privato potrebbe anche decidere di non accontentarsi della dichiarazione sostitutiva resa dall'istante e chiedere (anche) lui all'amministrazione di rendere l'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20. E proprio in tale ipotesi, non è escluso, ed è anzi altamente probabile, che la stessa amministrazione, che è già rimasta inerte rispetto alla richiesta di attestazione del silenzio assenso formulata dall'istante, non renda l'attestazione sul silenzio assenso neppure nei confronti del soggetto privato, questa volta distinto dall'istante, che pure è un soggetto terzo rispetto al procedimento conclusosi con il silenzio assenso.
Ciò suggerisce di tentare un'alternativa ricostruzione interpretativa.
Se, infatti, si ammette che, decorsi dieci giorni dalla richiesta di attestazione, si consumi una volta per tutte il potere di rendere l'attestazione da parte dell'amministrazione, consentendone la "sostituzione" soltanto con l'autocertificazione del singolo, il soggetto terzo privato, nei cui confronti è prodotta l'autocertificazione, non potrebbe più chiedere all'istante di dargli l'attestazione sulla formazione del silenzio assenso, proprio perché detta attestazione non potrebbe più essere emessa neppure da parte dell'amministrazione; e quindi sarebbe costretto, anche se "non vi consente", ad accettare l'autocertificazione del privato, senza poter chiedere il medesimo certificato all'amministrazione, salvo poi contare sul controllo da parte dell'amministrazione circa la veridicità dell'autocertificazione e, dunque, sulla conferma scritta, nel nostro caso del silenzio assenso, prevista ai sensi del comma 4 dell'art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000. Anche sul punto, tuttavia, deve ribadirsi, né l'art. 20 comma 2-bis l. n. 241/1990 né il d.P.R. n. 445 del 2000 prevedono disposizioni chiare.

6. Considerazioni conclusive.

[92] Secondo il comma 4 dell'art. 71 del d.P.R., infatti, "*qualora il controllo riguardi dichiarazioni sostitutive presentate ai privati [che vi consentono] di cui all'articolo 2, l'amministrazione competente per il rilascio della relativa certificazione è tenuta a fornire, su richiesta del soggetto privato corredata dal consenso del dichiarante, conferma scritta, anche attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici, della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei dati da essa custoditi*"; è significativo che anche nel comma 4 dell'art. 71 del d.P.R. sia stato eliminato l'inciso "che vi consentono" immediatamente dopo la parola "privati".

ISSN 2036-7821

All'esito dell'analisi compiuta si possono svolgere talune considerazioni di sintesi.
Nonostante i tentativi interpretativi e ricostruttivi tesi a riconoscere, per quanto possibile, una utilità dell'istituto previsto dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, la ricerca sviluppata sembrerebbe confermare che lo strumento dell'attestazione del silenzio assenso da strumento di certezza (pubblica) può facilmente evolvere in fonte di ulteriori incertezze che si aggiungono a quelle che già caratterizzano il silenzio assenso.
La necessità di ottenere un "documento" che attesti la produzione dell'effetto ampliativo per il singolo, nella logica della semplificazione "a tutti i costi"[93], si spiega in un contesto che vuole l'azione amministrativa sempre più orientata al mito della stabilità e soprattutto della certezza con finalità funzionali al "mercato"[94].
Lo strumento dell'attestazione del silenzio assenso, combinato con l'autocertificazione, tuttavia, conferma che ciò che davvero "semplifica" non è allora il silenzio assenso che, ferme restando le contradditorie e variabili interpretazioni del caso, soltanto "potrebbe" equivalere (non è mai detto con certezza che equivalga) all'assenso riconducibile a un atto espresso; ciò che davvero "semplifica" è, invece, sempre e soltanto il provvedimento espresso, adottato in modo chiaro e in tempi certi, che, sotto un profilo per l'appunto di certezza, oltre che di stabilità, appare dunque preferibile al silenzio assenso[95]. Tant'è che parte della dottrina, proprio

[93] Sul tema, si veda *ex multis* A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, fasc. 4, 699 e ss.

[94] In tema Cfr. A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. Rallo-A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31 e ss., e segn. 34, secondo il quale "*È, infatti, del tutto giustificato il fastidio che il ceto politico, ma più in general la Comunità nazionale, manifesta nei confronti dell'incapacità delle Amministrazioni pubbliche di provvedere tempestivamente e di provvedere con soluzioni dotate di stabilità nel tempo. Nell'inerzia o nella lentezza delle decisioni pubbliche e nella loro costante instabilità si individua non a torto una delle principali ragioni di ostacolo alla crescita economica, allo sviluppo dell'iniziativa privata, all'attrazione degli investimenti anche stranieri*"; cfr. anche M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 321 e ss.; F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2021, 6, 772 e ss.

[95] In termini M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, p. 175, secondo cui "*un provvedimento chiaro, adottato in tempi certi, semplifica molto di più di uno stallo che "potrebbe" (vi è sempre il rischio di interpretazioni divergenti) significare atto di assenso*". In termini analoghi, già A. TRAVI, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in G. Sala - G. Sciullo (a cura di), *Procedimento e pubblici servizi nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, p. 6, secondo cui proprio in ragione del rischio di "contrapposizione" con l'amministrazione che potrebbe sostenere l'erroneità del modello adottato dal privato, il privato è indotto a preferire, rispetto al modello semplificatorio, il regime amministrativo "più gravoso". Si comprende quanto rileva M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., p. 61, che, proprio dubitando circa la reale funzione di semplificazione sottesa al silenzio assenso, suggerisce *de iure condendo* la possibilità di modificare l'art. 20, l. n. 241/1990, rendendo il silenzio assenso istituto a carattere facoltativo, dando al privato la possibilità di rinunciare *ab initio* al regime del silenzio assenso, preferendo l'opzione per il regime del provvedimento espresso. Come rileva F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, cit., pag. 157-158 proprio dalla qualificazione del silenzio assenso come rimedio all'inerzia dell'amministrazione per evitare nocumento al soggetto privato

ISSN 2036-7821

dubitando della reale funzione di semplificazione sottesa al silenzio assenso, ha addirittura prospettato *de iure condendo* la possibilità di modificare l'art. 20, l. n. 241/1990, rendendo il silenzio assenso istituto a carattere facoltativo, dando al privato la possibilità di rinunciare *ab initio* al regime del silenzio assenso, con facoltà di opzione per il regime del provvedimento espresso.

Del resto, si è avuto modo di illustrare, anche una volta formatosi il silenzio assenso, il tentativo di "recuperare" il provvedimento espresso introducendo l'attestazione del silenzio significativo potrebbe essere foriero di criticità ulteriori, parte delle quali si è tentato di rappresentare nella presente ricerca. Ciò anche perché l'art. 20, comma 2-bis, l. n. 241/1990, oltre a "burocratizzare" e reintrodurre un'ulteriore attività amministrativa, laddove proprio il silenzio assenso aveva inteso eliminarla, non chiarisce neppure gli effetti della stessa attestazione del silenzio assenso, della funzione e dell'ambito applicativo della sua sostituzione con la dichiarazione sostitutiva e delle ricadute applicative sul piano sostanziale e processuale che ne derivano. È facile allora assecondare quelle ricostruzioni che prendono atto della inutilità, se non addirittura della dannosità, dello strumento dell'attestazione previsto dal comma 2-bis dell'art. 20; attestazione che, va detto, non è stata neppure prevista per altre forme di silenzio significativo, come il silenzio diniego, per il quale pure si potrebbero porre le stesse esigenze di certezza documentale alla base di ogni forma di silenzio significativo.

Da un diverso angolo visuale, invece, si potrebbe tentare una diversa ricostruzione che riconosce all'attestazione un'utilità reale o che, se si vuole, giustifica lo strumento in ragione di un'esigenza, non soltanto del privato che necessita di un documento espresso abilitante, ma anche di una migliore cura dell'interesse pubblico sottesa all'attestazione del silenzio assenso. Tale prospettiva impone di ravvisare nella richiesta di attestazione del silenzio la funzione propria del paradigma della c.d. amministrazione "riflessiva"[96]; di quell'amministrazione che torna a "riflettere" sui propri procedimenti ancorché conclusi con silenzio assenso e che, dunque, pur non essendosi pronunciata in modo espresso lasciando che si formasse il silenzio assenso, è chiamata comunque a rivedere il procedimento amministrativo conclusosi con il

---

dovrebbe derivare la possibilità per quest'ultimo di decidere se avvalersene o meno. *Contra* B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 173, ritiene che l'equivalenza tra gli effetti del silenzio e gli effetti tipici dell'atto amministrativo sono posti in modo tale che il regime del silenzio assenso si impone alle parti senza possibilità di sottrarvisi e che "*Da una parte, l'amministrazione deve subire, allo scadere del termine, la sottrazione del potere di provvedere nel caso concreto* […] *D'altra parte, il privato non potrebbe scegliere di attendere l'autorizzazione espressa o il diniego dell'amministrazione, nonostante possa avervi concreto interesse. Anch'egli, pertanto, «subisce» il regime del silenzio-assenso*".

[96] Cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, segn. 166 e ss. che, nel particolare contesto del riesame delle decisioni ambientali, rileva come "*Nella logica del rischio, quindi, non già il singolo procedimento ma tutti i procedimenti di rilascio, rinnovo e riesame, non separabili tra loro in modo netto, costituiscono la forma di una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo. Ciò secondo un* continuum *che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e secondo grado*"

ISSN 2036-7821

silenzio assenso, valutando, se del caso, e *decidendo* di attestare il silenzio assenso ovvero, ove ve ne siano i presupposti, *decidendo* di esercitare un potere di riesame degli effetti del silenzio assenso, non soltanto con effetti demolitori ma anche con esiti conservativi. Da qui, come anticipato, la funzionalità dell'attestazione quale strumento non solo di garanzia del privato istante ma anche di migliore soddisfazione dell'interesse pubblico.

Partendo da tale diverso angolo visuale, tramite l'attestazione del silenzio assenso, come si è detto inquadrata nel solco di una vera e propria *decisione* amministrativa, si può recuperare la centralità del potere dell'amministrazione che, nonostante sia stato sostituito nei suoi effetti "costitutivi" in conseguenza della formazione del silenzio assenso, può ancora essere esercitato, sia pure in via postuma, dopo il silenzio assenso, con gli effetti di tipo dichiarativo-accertativo (e preclusivo) riconducibili all'attestazione del silenzio assenso. Nella medesima prospettiva, dunque, l'attestazione del silenzio assenso ha anche il beneficio di anticipare e di riservare alla sede procedimentale ogni accertamento circa l'avvenuta formazione del silenzio assenso che, altrimenti, in assenza di un provvedimento a ciò deputato, verrebbe inevitabilmente spostato nel processo amministrativo, con le già richiamate azioni di accertamento e avverso il silenzio[97]. Il che, in definitiva, consente di apprezzare lo strumento dell'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, nella logica secondo cui, per una migliore cura dell'interesse pubblico, è sempre preferibile che sia l'amministrazione chiamata a "giudicare amministrando" (tramite un potere produttivo di certezza pubblica) se si è prodotto, sia pure *per silentium*, l'effetto ampliativo della sfera giuridica del privato, e non sia invece il giudice amministrativo chiamato ad "amministrare giudicando"[98] e dunque ad accertare che si siano prodotti gli effetti del silenzio assenso.

[97] In tal senso si può avere una sorta di procedimentalizzazione della tutela dichiarativa da attuarsi nel processo amministrativo; ciò coerentemente con la funzione "sostitutiva" del processo assolta dagli atti di certazione cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo,* Milano, 1969, 277, secondo cui "*gli atti certezza pubblica sono destinati ad una circolazione giuridica in diritto sostanziale, anzi sono per loro natura strumenti che corrono paralleli al processo, in quanto pongono, al pari di questo, certezze autoritative. Essi cioè, lungi dall'essere preordinati al processo* […] *sono in certa misura sostitutivi del processo, il quale entra in opera non per utilizzarli, ma per distruggerli, quando venga contestata la loro coincidenza con la realtà* […] *il processo non è l'ambito entro cui si producono gli effetti dell'atto di certezza, ma è uno strumento di verificazione della certezza, che può sfociare in uno strumento di riconferma o di annullamento del contenuto dell'atto*".

[98] Riprendendo l'espressione del titolo del saggio di A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, cit.

ISSN 2036-7821