

Capitolo 14°

Il procedimento amministrativo – La fase decisoria

14.1. Introduzione.

La fase decisoria è la fase in cui il procedimento amministrativo si conclude. Essa può essere:

- **provvedimentale** laddove si definisce con un provvedimento espresso;
- **negoziata** laddove il procedimento non si conclude con un atto unilaterale (il provvedimento), ma con un accordo cioè un atto in tutto o in parte negoziato;
- **tacita** quando il provvedimento non si conclude con un atto, ma con un fatto, a cui la legge collega la produzione di certi effetti. Questo fatto è dato del decorso di un certo tempo a partire da un momento stabilito dalla legge, senza che l'Amministrazione abbia provveduto, cioè si sia pronunciata con un atto (c.d. **silenzio significativo**).

14.2. La fase decisoria provvedimentoale.

La fase decisoria è provvedimentoale quando si definisce con un provvedimento, con il quale l'Amministrazione competente assume le proprie determinazioni in ordine all'oggetto del procedimento stesso.

Allorquando si tratti di un provvedimento discrezionale (ossia di un potere discrezionale), la P.A. provvede ad effettuare la comparazione tra gli interessi acquisiti e coinvolti nell'azione amministrativa, mentre in presenza di un provvedimento vincolato (ossia di un potere non discrezionale), essa dovrà limitarsi a verificare unicamente la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento.

14.2.1. Gli atti che determinano direttamente o indirettamente il contenuto del provvedimento finale.

Il contenuto del provvedimento finale a volte può dipendere direttamente o indirettamente da altri atti (i quali per tale motivo si fanno rientrare nella fase decisoria).

In particolare, tra gli atti direttamente determinativi del provvedimento finale, rientrano le **deliberazioni preparatorie**, che sono vincolanti quanto al contenuto della deliberazione.

Determinano invece, indirettamente il contenuto del provvedimento finale i seguenti atti:

- **designazioni**: l'indicazione, cioè di uno o più nominativi all'autorità che deve procedere ad una nomina¹;
- **autorizzazioni in funzione di controllo**, con cui la P.A., nell'esercizio della attività discrezionale in funzione preventiva:

¹ Tali atti sono normalmente vincolanti ma possono essere solo parzialmente vincolante, come quando venga designata una terna di nomi fra cui l'autorità competente dovrà poi scegliere il soggetto da nominare.



- provvede alla rimozione del limite legale che si frappone al compimento dell'atto;
- esprime anche il proprio parere circa l'atto che le è stata presentato;
- proposte e pareri vincolanti, di cui già si è detto in precedenza.

14.2.2. L'obbligo di conclusione del procedimento. Il provvedimento espresso

Si ricordi che non è previsto solo l'obbligo di procedere ma anche l'obbligo di conclusione del procedimento, in forza del quale un procedimento aperto deve essere obbligatoriamente portato a termine.

Al riguardo l'art. 2 1° co. l. 241/90, afferma: "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

Da tale articolo si evince, oltre l'obbligo di conclusione del procedimento, anche la regola che ogni procedimento deve concludersi mediante un "provvedimento espresso", cioè un atto (e non un fatto), anche se a contenuto negativo.

Ne consegue quindi che le ipotesi di decisione tacita sono esclusivamente quelle previste dalla legge con norme di stretta interpretazione e insuscettibili di applicazione analogica.

14.2.3. L'obbligo della motivazione (art. 3 1 – 2° co. della l. 241/90).

14.2.3.1. Ambito di applicazione.

Il 1° comma dell'art. 3 della l. 241/1990² afferma che: "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato...".

A sua volta il comma secondo del medesimo articolo specifica che la motivazione non è richiesta per atti normativi (tra i quali rientrano i regolamenti) e per quelli a contenuto generale.

14.2.3.1.1. I regolamenti e gli atti amministrativi generali.

I regolamenti sono atti formalmente amministrativi, in quanto emanati da organi del potere esecutivo, avente forza normativa (sostanzialmente normativi), in quanto contenenti norme destinate a innovare l'ordinamento giuridico.

La migliore, se non l'unica definizione legislativa di "regolamento" la si trova nell'art. 14 del D.P.R. 24-11-1971, n. 1199 (disciplina dei ricorsi amministrativi), che lo definisce come "atto amministrativo generale a contenuto normativo".

Alla luce della definizione data, si rileva che i caratteri generali dei regolamenti sono:

- la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e, quindi, "idoneità di ripetizione nell'applicazione della norma";
- l'astrattezza, intesa come "capacità di regolare una serie infinità di casi";

² Art. 3 co 1 L. 241/90 "Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

- l'innovatività, intesa come “capacità a concorrere a costituire o innovare l'ordinamento giuridico”, ossia ad immettere nuove norme nel tessuto ordinamentale.

È appunto tale ultimo requisito che costituisce il fondamento dell'elemento di differenziazione rispetto agli atti amministrativi generali (atti formalmente e sostanzialmente amministrativi espressione del potere pararegolamentare; vedi par. 6.1.3.4), che pur se caratterizzati dalla indeterminabilità (quanto meno in aprioristica) dei destinatari, sono sprovvisti, però di forza normativa.

A tale, fondamentale elemento differenziatore delle dure figure è da aggiungere l'altro, costituito dal fatto che mentre gli atti generali sono caratterizzati dalla determinabilità a posteriori dei destinatari, i regolamenti invece, sono connotati dalla indeterminabilità anche a posteriori di tali destinatari, che sono, come detto, la generalità dei destinatari.

Essendo fonti normative secondarie, i regolamenti, incontrano una serie di limiti:

- non possono mai derogare o contrastare con la Costituzione, né con i principi in essa contenuti;
- non possono derogare né contrastare con le leggi ordinarie, salvo che sia una legge ad attribuire loro il potere, in un determinato settore e per un determinato caso, di innovare anche nell'ordine legislativo (delegificando la materia);
- non possono mai regolare le materie riservate dalla Costituzione alla legge;
- non possono mai derogare al principio di irretroattività della legge;
- non possono contenere sanzioni penali: per il principio della riserva della legge in materia penale (art. 25 Cost.);
- i regolamenti emanati da autorità inferiori non possono mai contrastare con i regolamenti emanati da autorità gerarchicamente superiori;
- non possono regolare istituti fondamentali dell'ordinamento;
- ed in ultimo essendo atti normativi non necessitano di specificazione motivazione (così come evidenziato in precedenza), in ordine alle regioni che hanno portato a dare determinati contenuti e non altri alle proprie disposizioni³.

14.2.3.2. Il contenuto della motivazione.

La motivazione deve indicare i presupposti di fatto⁴ e le ragioni giuridiche⁵ che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

³ Il carattere non obbligatorio della motivazione non esclude però la sindacabilità degli atti normativi, sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione dei canoni di coerenza logica dell'agire amministrativo.

⁴ Per presupposti di fatto si intendono i supporti fattuali del provvedimento, ossia gli elementi ed i dati di fatto oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dello stesso.

⁵ Le ragioni giuridiche, costituiscono il nucleo della motivazione, sono le argomentazioni giuridiche, i ragionamenti di supporto al provvedimento.



Si ricordi che il comma quarto dell'art. 3 della l. 241/90 fissa, inoltre, la regola che: "In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere".

14.2.3.2.1. Provvedimento espresso in forma semplificata.

L'articolo 1, co. 38, della L. 190/2012, novellato l'art. 2, co. 1, della L. 241/90, ha introdotto la possibilità per le pubbliche amministrazioni di concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata qualora ravvisino "la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda".

La semplificazione consiste nel fatto che la motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

In tal modo, si è inteso fornire gli strumenti per attuare correttamente l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, già sancito dall'articolo 2 della L. 241/90, nei casi in cui si riscontri l'assoluta mancanza dei presupposti per l'avvio della stessa istruttoria, al fine di realizzare un'ulteriore semplificazione ed accelerazione dell'attività amministrativa.

14.2.3.3. Motivazione *ab relationem*.

È ammessa la motivazione *ab relationem*, e cioè la motivazione non risultante dal corpo del provvedimento finale ma dagli precedentemente compiuti nel corso dell'*iter* procedimentale (pareri, proposte, rapporti tecnici).

In relazione a tale ipotesi l'art. 3° co. 1. 241/90 afferma che: "Se le regioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa richiama".

14.2.3.4. Conseguenza della mancata motivazione.

Sono viziati per violazione di legge (in quanto non rispettosi degli obblighi visti in precedenza): I) gli atti carenti della motivazione; II) gli atti che indicano in modo incompleto i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione; III) gli atti motivati *per relationem* che non indichino gli atti da cui risultano le regioni della decisione o che non specifichino i modi per accedere agli stessi. Nel primo caso si parla di carenza di motivazione negli altri due invece si parla di motivazione insufficiente (vedi par. 9.3.3.1.3.2).

Saranno, invece da reputarsi affetti da vizio di eccesso di potere gli atti la cui motivazione sia illogica o contrastante in varie parti, o sia in contrasto col dispositivo. Si parla al riguardo di illogicità e contraddittorietà della motivazione (vedi par. 9.3.3.1.4.)

14.2.4. Competenza.

In base ha quanto disposto il D.Lgs. 29/193, novellato dal D.Lgs. 80/1998, e poi confluito nel D.Lgs 165/2001 (T.U. pubblico impiego) e la L. 127/1997 (per quanto riguarda le autonomie locali), la competenza ad emanare statuizioni è definitivamente passata ai dirigenti.



Rispetto ad tale compito L. 15/2005, ha introdotto, all'art. 6, una importante innovazione: "L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale".

14.2.5. Il provvedimento negativo.

Come sappiamo il procedimento amministrativo può terminare anche con un provvedimento negativo, ossia con un provvedimento di rigetto dell'istanza, il quale al pari del provvedimento positivo deve essere motivato.

Tuttavia è un provvedimento in senso proprio, attraverso il quale si cura l'interesse pubblico e che comunque incide sull'interesse legittimo del richiedente che può impugnarlo.

Il provvedimento negativo esprime la volontà di non produrre dell'Amministrazione, ciò non toglie che l'Amministrazione possa successivamente modificare la sua posizione e provvedere positivamente a fronte di una nuova richiesta.

14.2.5.1. Comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza: il c.d. preavviso di rigetto.

Rispetto all'ipotesi in cui il procedimento termini con un provvedimento negativo, l'art. 10*bis* (così come modificato dalla 120/2020) prevede il c.d. preavviso di rigetto, in base al quale procedimenti ad istanza di parte (ad eccezione delle procedure concorsuali e dei procedimenti previdenziali e assistenziali sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali) il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente gli istanti i motivi che ostano al ricevimento della istanza⁶.

Da parte loro, gli istanti, entro il termine di dieci giorni hanno il diritto di presentare per iscritto osservazioni e documenti utili ad influenzare un diverso esito del procedimento stesso.

Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

È da evidenziare infine come l'art. 10*bis* prevede che "non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione".

14.2.5.1.1. La violazione dell'art. 10*bis*

Così come previsto dall'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 21*octies* L.241/90, un provvedimento negativo adottato senza essere preceduto dal c.d. preavviso di rigetto è

⁶ Tale comunicazione sospende i termini di conclusione del procedimento, che ricomincia a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine per presentare le osservazioni

annullabile sempre e comunque, anche se l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

14.2.6. Pluristrutturata.

Va precisato che la fase decisionale provvedimentale soltanto a volte consta di un solo atto nel quale il procedimento si conclude (monostrutturata); spesso è a sua volta articolata in una pluralità di atti⁷ (pluristrutturata).

Nei casi in cui un procedimento debba terminare con una pluralità di atti, tale pluralità strutturale può essere eliminata, e per così ridotta ad unità attraverso l'utilizzo della conferenza di servizi (la quale come detto in precedenza opera non solo nella fase istruttoria ma anche in quella decisoria) le quali possono anche concludersi a volte con accordi di programma (vedi par. 14.3.2.1).

14.3. La fase decisoria negoziata.

La l. 241/90 ha consacrato il principio di contrattualità dell'azione amministrativa, ovvero ha introdotto la possibilità di ricorrere a strumenti convenzionali per la regolazione dei rapporti tra amministratori ed amministrati.

Tanto è vero che l'art. 11 1° co. L. 241/1990, con norma a portata generale, consente all'Amministrazione procedente, in accoglimento di osservazioni e proposte (presentate dai soggetti interessati nell'ambito dell'istruttoria) di concludere, senza arrecare pregiudizio ai diritti dei terzi e comunque perseguendo il pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento (accordi integrativi o procedimentali), ovvero in sostituzione di questo (accordi sostitutivi)⁸.

14.3.1. I contratti di diritto pubblico.

Si ritiene pertanto che in tal modo si è introdotta nel nostro ordinamento la figura del contratto di diritto pubblico, che a differenza del contratto di diritto comune, è finalizzato alla cura di interessi pubblici, in quanto disciplina l'esercizio di pubblici poteri.

14.3.1.1. Disciplina generale.

Per il contratto di diritto pubblico viene predisposta un'apposita disciplina sia in termini sostanziali che di tutela, la quale ha in sé elementi sia delle disciplina negoziale del codice civile sia della disciplina degli atti amministrativi.

In particolare, ai contratti in questione "si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili" (art. 11 2° co. L. 241/90).

14.3.1.1.1. La forma dell'accordo e la motivazione.

L'art. 11 2° co. l. 241/90 prevede che gli accordi in questione "debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti".

⁷ Come avviene per la realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico.

⁸ Al fine di favorire la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi, il responsabile del procedimento, ai sensi del comma 1bis dell'art. 11 L. 241/90, può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.

Si ricordi che, sempre ai sensi del novellato 2° comma dell'art. 11 della L. 241/90 che tali accordi devono essere motivati ai sensi dell'art. 3.

14.3.1.1.2. La necessaria determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento finale.

La L. 15/2005 ha introdotto all'interno dell'art. 11 il comma 4bis il quale afferma che “A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”.

14.3.1.1.3. Il regime della tutela.

L'art 133 D.lgs. 104/2010 sancisce la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della controversie in materia di formazione, conclusione ed esclusione degli accordi integrativi e sostitutivi⁹.

La possibilità di impugnare direttamente l'accordo sussisterà, peraltro solo in tema di accordi sostitutivi, atteso che solo questi si palesano idonei ad incidere direttamente nella sfera giuridica dei terzi.

Ove, invece, si verta in materia di accordi procedurali, aventi carattere non autonomamente produttivo di effetti esterni, il terzo dovrà attendere l'emanazione del provvedimento e, quindi impugnare quest'ultimo, congiuntamente all'accordo relativo.

14.3.1.1.4. Il recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

In precedenza, abbiamo evidenziato che la disciplina dei contratti pubblici, è caratterizzata da elementi propri della disciplina negoziale e da elementi della disciplina degli atti amministrativi.

Al riguardo va detto che il più rilevante innesto (se così può dirsi) della disciplina amministrativa nei rapporti in oggetto, è quella previsto dall'art. 11 4° co. l. 241/90: recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

In particolare, l'articolo in questione afferma che “Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse¹⁰ l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato”.

Appare pertanto chiaro la differenza con il regime negoziale, in quanto il contratto di diritto comune, a differenza del contratto di diritto pubblico, lega comunque le parti (è “legge” per loro) e non consente a qualcuna di esso di esse di sciogliersi unilateralmente dal vincolo, salvo nei casi espressamente previsti (nei quali, per altro, come nel mandato, ciò risponde alla schema causale del negozio).

⁹ Tale tipo di tutela appare una delle principali peculiarità della figura del contratto di diritto pubblico a fronte del contratto di diritto comune.

¹⁰ Il recesso può essere quindi prodotto non per originari vizi di merito dell'accordo (inopportunità *ab origine*) ma per un successivo contrasto venutosi a delineare tra il contenuto di questo (i suoi effetti) e un nuovo assetto degli interessi pubblici in gioco successivamente emerso.

14.3.1.2. Accordi sostitutivi.

L'accordo sostitutivo è una deliberazione concordata (e quindi non è un provvedimento autoritativo), tra l'Amministrazione procedente e il destinatario dell'emanando provvedimento finale, con la quale si chiude l'*iter* procedimentale¹¹.

In altri termini in una a certa fase del procedimento, la legge prevede che l'Amministrazione procedente e i soggetti interessati (quelli nella cui sfera soggettiva gli effetti del provvedimento sono destinati a prodursi) possono concludere tra loro un negozio (che un "contratto di diritto pubblico") produttivo effetti analoghi, a quelli che avrebbe potuto produrre il provvedimento finale. È chiaro quindi che l'accordo sostitutivo è un modulo procedimentale di esercizio del potere alternativo al provvedimento.

14.3.1.2.1. Campo di applicazione.

Attraverso le modifiche apportate dalla L. 11/2/2005 n. 15 all'art. 11 della legge 241/1990 si è provveduto a generalizzare l'uso degli accordi sostitutivi in quanto non è più previsto che alla loro conclusione si possa addivenire nei soli casi previsti dalla legge.

La disposizione è collegata al principio, sancito dal nuovo art. 1**bis** della legge 241/1990, in forza del quale la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato.

14.3.1.2.2. Natura.

L'accordo ha natura negoziale, però se in parte si applica la disciplina negoziale, per altro verso soggiace comunque alla disciplina propria del provvedimento che è stato sostituito. Tanto è vero che l'art. 11 3° co. 1. 241/90 afferma che: "Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per quest'ultimi".

Ciò comporta evidentemente, che l'accordo pur perfezionato come fattispecie alla stipulazione dell'atto scritto (e la volontà negoziale delle parti private cristallizzata e irretrattabile) non acquista efficacia se non una volta superata la fase di controllo.

14.3.1.3. Accordi integrativi o procedimentali.

Gli accordi integrativi o procedimentali vengono conclusi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento.

L'accordo integrativo, tuttavia, non è in grado di produrre gli effetti con esso "negoziati": il suo contenuto deve essere versato nel provvedimento dell'Amministrazione. Quest'ultimo resta l'atto che definisce la fattispecie procedimentale e produce gli effetti.

14.3.1.3.1. Gli effetti interinali dell'accordo.

L'accordo produce però effetti interinali (sino all'adozione del provvedimento) tra le parti, che restano legate, almeno in certi limiti, a quanto pattuito.

Il privato lo è senz'altro e completamente, sempre che il provvedimento sia adottato nei tempi pattuiti (e comunque, è da ritenere, in tempi ragionevoli).

¹¹ I casi di accordi sostitutivi nel nostro ordinamento sono pochi, l'unico caso che presenta particolare rilievo è quello degli accordi nei procedimenti espropriativi per la cessione volontaria, da parte del privato, delle aree da espropriare (quello sull'indennità è accordo integrativo).

Ma in certi limiti lo è anche l'Amministrazione la quale è tenuta ad adottare il provvedimento nei tempi e con le modalità pattuite: ma in tal caso si tratta di un obbligo avente ad oggetto l'esercizio di un potere che può essere tutelato nei limiti consentiti (ricorso al giudice amministrativo per la dichiarazione dell'obbligo di provvedere, secondo lo schema che s'è visto a proposito del silenzio); e non certo secondo lo schema dell'art. 2932 c.c. (obbligo di concludere un contratto); che si applica all'Amministrazione ma soltanto quando essa opera nell'ambito di rapporti di diritto comune.

Al di là di questi effetti interinali, l'accordo in sé non produce effetti sostanziali circa l'assetto degli interessi cui è inteso e che potrà essere definito solo con il provvedimento.

14.3.1.3.2. Regime del provvedimento.

Il provvedimento, una volta adottato e divenuto efficace, si presenta, come fattispecie, sottoposto a un doppio regime.

Infatti, per una parte del suo contenuto, quella negoziata, esso è soggetto alla disciplina dell'accordo, per l'altra parte esso è soggetto alla disciplina del provvedimento.

E così, circa la validità, la parte della fattispecie coperta dal contenuto dell'accordo segue il regime di quello, e quindi la disciplina del codice in tema di invalidità negoziale: solo una volta accertata la sussistenza di una di tali cause di invalidità nell'accordo, può essere annullato, per questa parte, il provvedimento, secondo la sua disciplina.

Mentre per il resto la fattispecie è valida o invalida secondo la disciplina degli atti amministrativi (e se ne può predicare l'incompetenza, l'eccesso di potere, ecc.). Circa l'efficacia (e l'eventuale esecutorietà: infra) essa è quella propria del provvedimento.

14.3.2. Accordi tra amministrazioni

L'art. 15 della legge 241/90 contempla ancora l'ipotesi degli accordi tra le Amministrazioni pubbliche, che esse possono concludere per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune¹².

Si ricordi che a partire dal 30 giugno 2014 gli accordi fra pubbliche amministrazioni sono sottoscritti con firma digitale e con firma elettronica avanzata¹³.

14.3.2.1. Accordi di programma

La principale figura legislativamente prevista di questi accordi tra Amministrazioni è il c.d. **accordo di programma**.

¹² Va precisato che l'art. 15, afferma che tali accordi possono essere stipulati "anche al di fuori delle ipotesi previsti dall'articolo 14", cioè anche al di fuori della conferenza di servizi. Ciò significa che anche la conferenza di servizi può dare luogo ad accordi con medesime conseguenze: in ordine alla disciplina applicabile, sempre che vi sia il consenso espresso di tutte le Amministrazioni interessate.

¹³ Art. 15 comma 2bis: "A fare data dal 30 giugno 2014 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente".

Gli accordi di programma costituiscono uno strumento di coordinamento tra le amministrazioni interessate alla programmazione e realizzazione di opere o interventi che coinvolgono più livelli di governo (statale, regionale, provinciale e comunale).

Con gli accordi di programma le pubbliche amministrazioni coinvolte concordano e coordinano le rispettive azioni ottenendo un duplice risultato: scavalcare i limiti legislativamente imposti alla propria competenza, integrando la stessa con le competenze delle altre amministrazioni interessate, e concludere rapidamente il procedimento il cui ordinario svolgimento avrebbe richiesto l'espletamento di una pluralità di subprocedimenti.

A tal fine tutte le Amministrazioni interessate vengono convocate ad esprimere sulla proposta di accordo il loro consenso unanime; in mancanza di quest'ultimo l'accordo non si perfeziona¹⁴.

14.4. La fase decisoria tacita: il silenzio della pubblica amministrazione.

14.4.1. Premessa: nozione di silenzio e le sue varie forme

In generale si parla di silenzio della pubblica amministrazione ogniqualvolta una P.A. non emana un atto amministrativo che gli è stato richiesto o che una norma giuridica gli imponga di emettere.

In particolare, il silenzio può manifestarsi ogniqualvolta:

1. la P.A. procedente non conclude il procedimento con un provvedimento espresso;
2. la P.A., in veste di organo consultivo o tecnico, non emana, nel corso della fase istruttoria, quegli atti preparatori e strumentali che gli sono stati richiesti dalla P.A. procedente. A seconda degli effetti che tale :
 - **silenzio facoltativo**: qualora la p.a. richiedente ha il potere di continuare il procedimento nonostante l'atto richiesto non sia stato emanato nei tempi previsti (si ha ad esempio silenzio facoltativo quando non viene emesso un parere obbligatorio);
 - **silenzio devolutivo**: qualora la p.a. richiedente a seguito del silenzio, è tenuto ad inoltrare la richiesta ad altra p.a. amministrazione, in altri termini non può continuare il procedimento nonostante l'atto richiesto non sia stato emanato nei tempi previsti (si ha ad esempio silenzio devolutivo quando non viene emessa una valutazione tecnica)
3. la P.A. non rilascia atti di assenso, concerti o nulla osta comunque denominati, che gli sono stati richiesti dalla P.A. procedente per l'emanazione del provvedimento finale pluristrutturato (**silenzio tra pubbliche amministrazioni**).

Le ipotesi 1 e 3 si manifestano nel corso della fase decisoria, l'ipotesi 2 nel corso della fase istruttoria.

¹⁴ Gli accordi di programma hanno natura negoziale, ciò da intendersi nel limitato senso che ad essi si applicano le norme della l. proc. amm. per gli accordi sostitutivi di provvedimenti (l'art. 15 2° co. l. 241/90 afferma che: "Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, comma 2 e 3").

14.4.2. Il silenzio che si manifesta allo scadere del termine di conclusione del procedimento

Se allo scadere del termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione procedente non conclude il procedimento attraverso un provvedimento espresso (così come previsto dall'art. 2 1° co. l. 241/90) si configura il fenomeno del silenzio¹⁵.

A seconda se l'ordinamento gli attribuisca o meno un significato, il silenzio può essere significativo o non significativo.

14.4.2.1. Il silenzio significativo.

Il silenzio significativo o qualificato si manifesta nell'ipotesi in cui una apposita norma giuridica attribuisce ad esso la produzione di determinati effetti giuridici: ciò accade propriamente nei casi c.d. di silenzio assenso e di silenzio rigetto.

Si parla anche di silenzio provvedimento perché acquisisce, per l'appunto, il valore di un provvedimento.

In altri termini, nel caso di silenzio significativo, possiamo parlare di fase decisoria tacita, in quanto il procedimento invece di concludersi con un provvedimento espresso, si conclude con un fatto, il silenzio per l'appunto.

14.4.2.1.1. Il silenzio significativo che ha il valore di un provvedimento positivo: il silenzio assenso.

14.4.2.1.1.1. Nozione.

Nei casi di silenzio assenso, la legge stabilisce che a fronte di una istanza del soggetto interessato presentata nelle forme e con le modalità prescritte e accompagnata dalla documentazione richiesta, il trascorrere di un certo tempo prefissato (termine di conclusione del procedimento), dal momento (formalizzato) di presentazione dell'istanza al competente ufficio, senza che l'Amministrazione abbia provveduto o abbia adottato atti interruttivi ammessi, produce sul piano giuridico l'accoglimento dell'istanza stessa; in altri termini in questo caso il silenzio ha il valore di un provvedimento positivo.

Va evidenziato, che in questo caso, e solo questo in caso, il "silenzio" acquisisce senz'altro un contenuto decisorio, contenuto che viene identificato dalla legge con il contenuto dell'istanza quale determinato dallo stesso interessato.

E che il silenzio in tale ipotesi acquisisca il valore di un vero e proprio provvedimento, lo dimostra anche il fatto che qualora l'amministrazione si accorga che il silenzio assenso si sia illegittimamente formato l'amministrazione può (art. 20 3° co.¹⁶):

- annullare d'ufficio l'atto di assenso illegittimamente formato (e non semplicemente emanare un atto negativo) sussistendone ragioni di pubblico interesse salvo che,

¹⁵ Va evidenziato che la giurisprudenza ha affermato il principio in base al quale, nella procedura di formazione del silenzio, non basta ad escludere o interrompere l'inerzia il fatto dell'avvenuto svolgimento di qualche pur effettiva attività istruttoria da parte della pubblica amministrazione, quando la durata di questa si sia prolungata in maniera abnorme, in violazione del dovere di concludere (in modo espresso) ogni procedimento amministrativo, secondo quanto previsto dalla legge 241/90.

¹⁶ Art. 20 3° co: "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies."

ove possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissato dall'Amministrazione medesima;

- revocare l'atto di assenso quando in base ad una nuova valutazione degli interessi risulta inficiato da vizi di merito.

D'altronde l'amministrazione, dopo la formazione del silenzio assenso, non potrà neanche emanare un provvedimento negativo, in quanto tale atto risulterebbe inefficace così come previsto dall'art. 2 comma 8bis della L. 241/90.

14.4.2.1.1.2. Ambito di applicazione.

È ovvio che si tratta di un meccanismo che non può essere adottato se non in procedimenti ad istanza di parte (in particolare si verifica per le istanze dirette ad ottenere provvedimenti autorizzativi)¹⁷.

Dopo l'emanazione della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo si è avuto un sostanziale ampliamento delle già numerose ipotesi di silenzio-assenso. Oggi con l'introduzione del nuovo art. 20, comma 1, da parte della legge L. 80/2005, vi è una sostanziale generalizzazione dell'istituto: "Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato"¹⁸.

Attesa l'ampiezza della formulazione legislativa, si deve ritenere che l'articolo *de quo* abbia prodotto una radicale trasformazione dell'istituto del silenzio-assenso: mentre, infatti, in passato esso aveva carattere eccezionale e si applicava in forza di disposizioni specifiche, aventi carattere derogatorio ed insuscettibili di estensione analogica, con l'entrata in vigore del nuovo art. 20, l'istituto in questione ha assunto carattere generale.

La generalizzazione del silenzio assenso, tuttavia non coinvolge tutta la casistica provvedimentale. In particolare, secondo la disciplina del 4 comma del nuovo art. 20 della l. 241/90, il silenzio assenso non si applica:

- agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità;

¹⁷ D'altra parte, i procedimenti di silenzio assenso sono diffusi anche al di fuori dell'Amministrazione attiva, ad esempio, nell'ambito dell'attività di controllo, dove il decorso del tempo produce l'effetto di conferire piena efficacia all'atto sottoposto a controllo (c.d. *silenzi o approvazioni*).

¹⁸ Va precisato che in relazione ai procedimenti che possono terminare con un silenzio assenso la L. 69/2009 ha modificato il co 5 dell'art. 20 della L. 241/1990 prevedendo l'applicazione degli articoli 2, comma 7, e 10bis (concernenti rispettivamente, la sospensione dei termini di conclusione del procedimento nel caso in cui sia necessario acquisire valutazioni di organi e enti esposti, o certificazioni relative a fatti, stati o qualità di cui l'amministrazione procedente non abbia l'attestazione o che non siano direttamente acquisibili presso altre amministrazione, nonché il preavviso di rigetto).

- ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali;
- ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza;
- nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

14.4.2.1.1.3. Tutela.

Le controversie in materia di silenzio assenso sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

14.4.2.1.2. Il silenzio significativo che ha il valore di un provvedimento negativo: il silenzio rigetto.

Inoltre, vi sono casi in cui la legge conferisce all'inerzia della P.A. il significato di un provvedimento negativo, in particolare: di una reiezione di una istanza; oppure di un rigetto di un ricorso volto a promuovere un procedimento di secondo grado (c.d. *silenzio rigetto*¹⁹).

14.4.2.1.2.1. Natura.

Va precisato che in questi casi il silenzio, a differenza del silenzio assenso non ha contenuto decisorio, così come non ha carattere decisorio il c.d. provvedimento negativo.

In altri termini il silenzio rigetto, analogamente a ciò che avviene per il provvedimento negativo, esprime la volontà di non produrre dell'Amministrazione. Ciò non esclude comunque che l'Amministrazione possa successivamente modificare la sua posizione e provvedere positivamente a fronte di una nuova richiesta.

Tale facoltà invece non è prevista qualora si formi un silenzio assenso, in quanto quest'ultimo, come sappiamo, ha contenuto decisorio (contenuto che si identifica con il contenuto dell'istanza quale determinato dal soggetto richiedente), cioè crea, modifica o crea una situazione giuridica.

14.4.2.2. Il silenzio non significativo: il silenzio inadempimento o rifiuto.

Il silenzio è non significativo quando la legge dispone che il fatto del trascorre del tempo oltre un certo termine, a partire da una iniziativa procedimentale, senza che l'Amministrazione abbia provveduto, non abbia un particolare significato: cosicché si verifica un vero e proprio inadempimento da parte della P.A. (c.d. *silenzio inadempimento o rifiuto*).

¹⁹ Un tipico caso di silenzio rigetto è quello previsto dall'art. 6 della legge sui ricorsi amministrativi, il quale afferma che: "Decorsi il termine di 90 giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso ordinario all'autorità giurisdizionale competente o quello straordinario al Presidente della Repubblica".

In altri termini si ha silenzio inadempimento, nell'ipotesi in cui non vi è una norma che qualifica le conseguenze del comportamento inerte della pubblica amministrazione²⁰.

Tuttavia, a seguito della riforma della l. 241/90 e in particolare con la riformulazione dell'art. 20 operata dalla l. 80/2005, appare oggi sostenibile affermare che non esiste più il silenzio inadempimento, perché tutti i tipi di silenzio sono stati ormai disciplinati dal legislatore²¹.

14.4.2.2.1. Natura.

Il silenzio inadempimento, così come il silenzio rigetto, non ha contenuto decisorio, in quanto da esso non si evince nessun esercizio del potere. Da ciò discendono due conseguenze

Anzitutto, dal fatto dello scadere del termine non deriva alcuna definizione della situazione soggettiva dell'interessato, il quale quindi non ha l'onere, ma la facoltà (liberamente esercitabile al proseguimento del procedimento), di impugnare il “silenzio” nei termini decadenziali previsti dalla legge.

In secondo luogo, dal fatto dello scadere di detto termine non consegue l'esaurirsi del potere dell'Amministrazione nel caso concreto (il potere, infatti, non è stato esercitato) la quale quindi, indipendentemente dal fatto se l'interessato abbia adito o meno il giudice amministrativo, avrà sempre l'obbligo di provvedere espressamente.

14.4.2.2.2. Tutela.

Il comma 8 dell'art. 2 della l. 241/90 - modificato dal D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e successivamente dall'art. 1, co. 1, D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con Legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35. – afferma che “La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti”.

La disciplina originariamente contenuta nell'art. 2, comma 8 L. 241/1990, che prevedeva il ricorso giurisdizionale contro il silenzio della pubblica amministrazione inadempiente, è oggi confluita nell'art. 31 D.Lgs. 104/2010, recante il Codice del processo amministrativo, che prevede che, decorsi i termini di conclusione del procedimento, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo della P.A. di provvedere.

L'azione può essere proposta “fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno della scadenza dei termini di conclusione del procedimento”.

²⁰ L'istituto del silenzio-inadempimento è propriamente costruito con riferimento ai procedimenti di iniziativa di parte, come rimedio alla tutela di interessi pretensivi a fronte dei quali può configurarsi un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione. Pertanto, l'inerzia nei procedimenti d'ufficio non integra gli estremi del silenzio inadempimento (anche se la questione resta perplessa).

²¹ Pertanto, allo stato normativo attuale, residua la figura del silenzio inadempimento solo quando si versi in ipotesi nelle quali non si può applicare l'istituto della S.C.I.A. di cui all'art. 19 della l. 241/90 o non può trovare applicazione il silenzio assenso generalizzato.

È chiaro, del resto, che anche una volta scaduto il suddetto termine di un anno, l'interessato può presentare un'ulteriore istanza volta ad ottenere il provvedimento richiesto, sempre che ne sussistano i presupposti.

In relazione ai poteri del giudice, il legislatore, ha previsto che lo stesso può (direttamente) pronunciare sulla fondatezza della pretesa dell'interessato fatta valere in giudizio, ma solo qualora in relazione alla stessa non sia necessario l'esercizio di alcuna attività discrezionale.

La pronuncia del giudice sulla fondatezza, può avvenire, infatti, quando si tratti di attività vincolata ovvero quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

14.4.3. Il c.d. silenzio tra amministrazioni.

Il nuovo art. 17*bis* (introdotto dalla L. 124 del 2015 e novellato dalla L. 120/2020) disciplina il c.d. silenzio tra amministrazioni, ossia il silenzio applicabile per la formazione e l'acquisizione di atti endoprocedimentali tra le amministrazioni pubbliche.

Quindi a differenza del silenzio provvedimentale ex art. 20, che si forma quando l'amministrazione non conclude il procedimento con un provvedimento espresso, il c.d. silenzio tra amministrazioni si manifesta allorché la p.a. procedente terminata l'istruttoria²² richieda e non ottenga da altre amministrazioni, assensi, concerti o nulla osta comunque denominati, necessari per l'emanazione del provvedimento finale²³.

In particolare, l'art. 17*bis* prevede che in tutti i casi in cui è richiesta l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi, tali atti si intendono acquisiti ove le amministrazioni che debbono renderli non provvedano nel termine di trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento.

Ricapitolando dunque il silenzio ex art.17*bis* è un silenzio che spiega i suoi effetti all'interno del procedimento, tanto è vero che si parla di silenzio endoprocedimentale, e non all'esterno nei confronti del destinatario del provvedimento finale.

Sulla disciplina del silenzio ex art 17*bis* il Consiglio di Stato si è espresso con parere in data 13 luglio 2016 elaborato da un'apposita commissione speciale.

14.4.3.1. Finalità dell'istituto

L'istituto in esame è volto a semplificare i rapporti tra soggetti pubblici, e non – direttamente – quelli con i privati.

²² Il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'articolo 17*bis* fa riferimento ad atti da acquisire nella fase decisoria dopo che l'istruttoria si è chiusa. Solo a seguito delle risultanze dell'istruttoria all'amministrazione procedente è consentita l'elaborazione dello schema di provvedimento sul quale l'amministrazione interpellata esprimerà il suo consenso.

²³ Un'altra differenza tra il silenzio ex art. 20 e il silenzio ex art. 17*bis* risiede nel fatto che quest'ultimo, a differenza del primo, si rivolge anche alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili.

Quest'ultimi sono invece soggetti ad altre discipline di semplificazione, in primo luogo quelle sulla conferenza di servizi e sulla SCIA, e sul silenzio assenso provvedimento di cui all'art. 20 L. 241/90).

14.4.3.2. Presupposti

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la norma contenuta nell'articolo 17bis richiede che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria ossia entrambe siano titolari di una funzione decisoria.

Il silenzio-assenso non opera nei casi in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse ma per quello del privato (destinatario finale dell'atto) il quale abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico.

In particolare, il Consiglio di Stato ha specificato che il silenzio assenso non possa operare nei casi in cui un'amministrazione ha un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'Amministrazione unica decidente).

14.4.3.3. Campo di applicazione soggettivo

Il Consiglio di Stato ha chiarito che l'istituto del silenzio ex art. 17bis si applica a:

- Regioni a statuto ordinario e speciale ed enti locali²⁴;
- Organi politici²⁵;
- Autorità indipendenti²⁶;

²⁴ L'applicazione alle Regioni ed enti locali discende da: I) Articolo 117, secondo comma, lettera m): "Lo Stato ha legislazione esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" L'attività amministrativa è qualificabile come "prestazione" in merito alla quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale al fine di porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite; II) Articolo 29, comma 2ter, della Legge 241/90: "Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano". Il Consiglio di Stato ha, inoltre, richiamato l'attenzione in ordine all'opportunità di intensificare, in attuazione del principio di leale collaborazione, ogni forma di coordinamento istituzionale diretto a garantire l'omogenea applicazione delle nuove regole di semplificazione, nel rispetto dell'autonomia organizzativa delle Regioni e degli enti locali. La normativa si applica anche alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome. Come già affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 203/2012) in tema di SCIA l'estensione dell'applicazione del nuovo istituto del silenzio assenso discende direttamente dall'articolo 117, secondo comma, lettera m) che "postula tutele necessariamente uniformi su tutto il territorio nazionale e tale risultato non può essere assicurato dalla Regione, ancorché ad autonomia differenziata, la cui potestà legislativa è pur sempre circoscritta all'ambito territoriale".

²⁵ Il silenzio assenso si applica anche agli organi politici (es. Ministro) sia quando essi adottano atti amministrativi o normativi, sia quando sono chiamati ad esprimere concerti, assensi o nulla osta comunque denominati nell'ambito di procedimenti per l'adozione di atti amministrativi o normativi di competenza di altre Amministrazioni. La norma prevista nell'articolo 17bis fa, infatti, riferimento ai "procedimenti per l'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi" e non alla natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza. Vi rientrano anche gli organi politici regionali nel rispetto, comunque, di eventuali norme speciali statutarie che siano incompatibili con tale istituto.

²⁶ Il silenzio assenso si applica anche alle Autorità indipendenti (es. ANAC). È stato evidenziato che non emergono ragioni di incompatibilità per la particolare autonomia di cui godono in quanto una diversa conclusione risulterebbe in contrasto con la natura amministrativa ormai ad esse pacificamente riconosciuta. La

- Gestori di beni e servizi pubblici²⁷.

Inoltre, il meccanismo del silenzio assenso è applicabile anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili ovvero alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

14.4.3.4. Campo di applicazione oggettivo

La norma contenuta nell'articolo 17bis si applica ai procedimenti diretti all'emanazione di:

- provvedimenti e atti normativi;
- provvedimenti amministrativi.

È stato chiarito che la norma si applica “a ogni procedimento (anche eventualmente d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento nei rapporti con il privato destinatario degli effetti”.

L'articolo 17bis trova, pertanto, applicazione solo ai procedimenti caratterizzati da una **decisione pluristrutturata** e, quindi, nei soli casi in cui l'atto da acquisire abbia valenza co-decisoria.

La norma è, secondo il Consiglio di Stato, applicabile anche ai pareri vincolanti e non a quelli puramente consultivi che, invece, rimangono assoggettati alla disciplina prevista negli articoli 16 e 17 della Legge 241/90 che disciplinano l'attività consultiva delle pubbliche amministrazioni.

Si ricordi infine che il silenzio ex art. 17bis non si applica nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi (es. VIA, autorizzazione ordinario alle emissioni in atmosfera, riconoscimento di stabilimenti alimentari).

14.4.3.5. Procedimento di formazione del silenzio

I passaggi per la formazione del silenzio sono i seguenti:

1. l'amministrazione procedente, terminata l'istruttoria, elabora uno schema di provvedimento e lo trasmette, corredato della relativa documentazione, alle amministrazioni e ai gestori di beni o servizi pubblici che per legge devono rilasciare atti di assenso, di concerto o nulla osta comunque denominati, affinché possa essere emesso il provvedimento finale (pluristrutturato);
2. entro trenta giorni le amministrazioni dovranno rispondere. Il termine è di 90 giorni se si tratta di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili ovvero alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini (a

nuova disposizione è applicabile sia nella parte in cui prevede il termine di trenta giorni per rendere (o ricevere) l'assenso, sia nella parte in cui prevede il silenzio-assenso in caso di inerzia.

²⁷ Per il Consiglio di Stato appare preferibile la tesi secondo cui la norma si applica ai gestori di beni e servizi pubblici anche quando siano titolari del procedimento e debbano acquisire l'assenso di altre amministrazioni e non solo quando siano chiamati a dare l'assenso nell'ambito di procedimenti di altre Amministrazioni. A favore di tale conclusione risiede il riferimento alla nozione “oggettiva” e “funzionale” di pubblica Amministrazione, in virtù della quale si considera pubblica amministrazione ogni soggetto che, a prescindere dalla veste formale-soggettiva, sia tenuto ad osservare, nello svolgimento di determinate attività o funzioni, i principi del procedimento amministrativo.

meno che disposizione di legge o i DPCM di cui all'art. 2 della L. 241/90 non prevedano termini diversi);

3. il termine precedente è interrotto qualora una delle amministrazioni interpellate (o la stessa amministrazione proponente) rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento²⁸. Dopo di ciò non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini (in altre parole il termine può essere interrotto una sola volta);
4. decorsi i termini precedenti senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito²⁹.

14.4.3.6. I rimedi delle amministrazioni silenti

Dopo 30 giorni o il diverso termine previsto per le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili (90 gg) si forma il silenzio assenso.

Per il Consiglio di Stato il termine ha natura perentoria e, quindi, alla sua scadenza viene meno il potere dell'amministrazione che non si è pronunciata di impedire l'adozione finale del provvedimento.

Una volta formato il silenzio assenso (ma prima dell'adozione formale del provvedimento) all'amministrazione è data solo la possibilità di segnalare le eventuali ragioni di illegittimità ma la decisione ultima sull'adozione del provvedimento finale spetta all'amministrazione procedente la quale, a seguito della segnalazione, può anche decidere di dissentire.

Successivamente all'adozione del provvedimento finale (adottato sulla base del silenzio-assenso dell'Amministrazione interpellata), l'autotutela soggiace alla regola del *contrarius actus*, ovvero "l'eventuale esercizio del potere di riesame in autotutela deve seguire il medesimo procedimento d'emanazione dell'atto che si intende rimuovere o modificare".

14.4.3.7. Il rapporto con la conferenza dei servizi decisoria

Secondo il parere del Consiglio di Stato, il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa tra la conferenza dei servizi decisoria e il silenzio tra pubbliche amministrazioni, è quello secondo cui l'art. 17-bis trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi (così come indicato nella relazione illustrativa della nuova disciplina della conferenza dei servizi).

Inoltre, suggerisce in alternativa, al fine di estendere l'ambito applicativo dell'art. 17-bis, la soluzione secondo cui il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis operi sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e prevenga la necessità di convocare la conferenza di servizi. Quest'ultima andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate, e

²⁸ In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

²⁹ Qualora l'assenso, il concerto o il nulla osta, sia emesso dopo la scadenza del termine non avrà efficacia così come previsto dall'art. 2 comma 8bis della L. 241/90.

avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della conferenza appositamente convocata.

14.4.3.8. La disciplina delle proposte introdotta dalla L. 120/2020

La L. 120/2020 ha introdotto nell'art. 17 bis anche un'apposita disciplina per le proposte³⁰ (questa volta non applicabile anche alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili) affermando che:

- quando per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quelle competente ad adottare l'atto, la proposta stessa è trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte di quest'ultima amministrazione;
- qualora la proposta non sia trasmessa in tale termine, l'amministrazione competente può comunque procedere. In tal caso, lo schema del provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisire l'assenso (assenso che sarà sottoposto alla disciplina del silenzio previsto dallo stesso art. 17bis).

³⁰ Si ricordi che le proposte sono manifestazioni di giudizio dell'organo propulsivo circa il contenuto da dare all'atto. Possono essere facoltative o obbligatorie a seconda che l'autorità possa o meno provvedere anche in mancanza della proposta; possono inoltre essere vincolanti, non vincolanti o conformi (quando l'autorità che si attiva, se vuole provvedere, non può che farlo in conformità della proposta).