

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 873

Nuove norme e vecchie questioni in materia di "silenzio" della Pubblica Amministrazione

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 16 maggio 1995

1. L'introduzione nel nostro ordinamento di nuove norme che riformano il congegno del *silenzio-assenso* (, silenzio-accoglimento, o meglio silenzio positivo) ripropone alla attenzione dei pratici (e talvolta anche a quella dei teorici) i nodi tradizionali di quell'istituto.

Ciò è avvenuto anche a seguito dell'emanazione delle norme contenute negli artt. (2, da una prospettiva generalissima, e) 19 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, e della approvazione del regolamento di attuazione (: D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300, modificato con D.P.R. 9 maggio 1994, n. 407) ¹.

La circostanza che le questioni, così nuovamente (ri)sollevate, sono per la più gran parte "classiche" rende in questa sede: per un verso, più facile rispondere per mezzo di richiami a soluzioni già avanzate; ma, per altro verso, più difficile (se non anche impossibile) rivisitare i fondamenti di quest'ultime.

2. Un primo problema, generale e tradizionale, che si pone con riferimento all'istituto del "silenzio-assenso" è quello della sua qualificazione in termini di atto

¹ In generale si vedano soprattutto M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, (in corso di pubblicazione) Torino, *passim*; A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella L. 241/90 (quaranta anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)* in *Dir. proc. amm.* 1992, p. 655 ss., alle pp. 665 ss.; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, *ibidem*, 1994, p. 22 ss.; ID., *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, *ibidem*, 1993, p. 658 ss., a p. 666 ss.

ovvero di mero fatto². Si tratta di stabilire se il silenzio costituisca il provvedimento ovvero il fatto che legittimi l'adozione di atti procedimentali o processuali. La questione è di diritto positivo e non di teoria generale³; ma sembrano prevalere i casi - soprattutto con riguardo al silenzio negativo - in cui si debba accogliere una ricostruzione del silenzio⁴ in termini di fatto di legittimazione.

La l. 241 del 1990 sembra prevedere sia casi di silenzio-atto che casi di silenzio-fatto.

L'art. 19 prevede, infatti " ... l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio di attività da parte dell'interessato alla pubblica amministrazione competente, attestante l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, eventualmente accompagnata dall'autocertificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate ove previste. In tali casi, spetta all'amministrazione competente, entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre, se del caso, con provvedimento motivato da notificare all'interessato entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti ..."; ed è - a parte gli inestetismi linguistici ("presupposti e requisiti"; "entro e non oltre"; ecc.) - un caso, direi, di silenzio-fatto.

L'art. 20, invece, prevede: "... la domanda di rilascio di un'autorizzazione, licenza, abilitazione ... si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato ..."; ed è un caso, direi, di silenzio-atto (:si parla infatti nello stesso art. 20 di "atto di assenso").

Inutile soggiungere che l'autorizzazione all'acquisto per le persone giuridiche, di cui al libro primo del c.c., ricade tra le fattispecie regolate dall'art. 20 (si veda la tabella C allegata al regolamento di attuazione, e del quale è parte integrante).

3. A quest'ultimo proposito, si deve ancora interpretare la previsione normativa per cui "sussistendone le ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò

² Ci si intende riferire al silenzio reso significativo da una particolare previsione normativa, essendo, evidentemente, il semplice silenzio e cioè l'inerzia necessariamente un fatto.

³ Come già aveva avuto modo di mostrare M.S. GIANNINI nel *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 650.

⁴ Dovuta soprattutto - ma con particolare riguardo al silenzio diniego - a F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*.

sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissato dall'amministrazione stessa".

Sorvolo sull'uso non italiano del suffisso "ne"; e mi limito ad osservare che l'esercizio del potere di annullamento dell'atto formatosi attraverso il silenzio è subordinato alla circostanza che l'atto sia "illegittimo". Sembrerebbe, quindi, che ci si riferisca ai casi in cui la domanda (prevista dall'art. 20) non era stata ritualmente proposta, ovvero dichiarava "presupposti e requisiti" falsi (e si veda lo stesso precepto ripetuto nell'art. 21, comma I); altrimenti il potere di annullamento, seppure in presenza di ragioni di pubblico interesse, non potrebbe essere azionato. Il che già mi sembra potere fugare il timore celato nel quesito volto a conoscere "con quali mezzi si possa tutelare l'interesse della persona giuridica e dei terzi che avessero legittimamente contratto con quest'ultima sulla base di un legittimo silenzio-assenso"; quesito invero contraddittorio, perché se il provvedimento di silenzio-assenso si è formato legittimamente non c'è un potere di annullamento della P.A., se viceversa si è formato illegittimamente non c'è nessun mezzo che possa e debba tutelare l'interesse della persona giuridica e dei terzi.

Inoltre deve ricordarsi come parte della dottrina, nel commentare la norma in questione, ha inteso ricondurla al generale potere di autotutela della P. A. (e non alla semplice funzione di controllo successivo); sottolineando, però, dell'autotutela il nuovo ed emergente carattere tendenzialmente conservativo dell'attività intrapresa dal privato, nel senso cioè che ogni provvedimento espresso di annullamento dovrebbe essere preceduto sia da un "tentativo di ottenere la «conformazione» dell'attività intrapresa alla normativa vigente e riguardante i requisiti ed i presupposti richiesti", che dalle "opportune valutazioni in proposito" (una sorta di onere di motivazione, a quanto è dato capire, sull'interesse specifico all'annullamento) ⁵.

Resta, infine e comunque, il rimedio risarcitorio nei confronti della persona giuridica per il terzo che avesse concluso un contratto in buona fede con quest'ultima a seguito di un silenzio-assenso poi annullato.

4. Altra questione tradizionale - ma oramai almeno nella pratica risolta - è quella della documentabilità del "silenzio". A tale riguardo soccorrono, infatti, almeno queste tecniche: *a)* certificazione della amministrazione competente di avere ricevuto istanza dal privato in certa data e di non avere espressamente provveduto fino a cert'altra data; *b)* allegazione dell'istante di documentazione idonea a com-

⁵ Così A. PAJNO, *op. cit.*, spec. p. 54.

provare l'avvenuta presentazione della domanda alla P.A. e autocertificazione, resa dallo stesso istante, in cui si affermi non avere l'amministrazione provveduto.

5. Ovviamente, per produrre i suoi effetti il silenzio della P.A. deve decorrere da una presentazione di domanda del privato fatta alla amministrazione competente.

Con specifico riguardo al procedimento autorizzatorio di "acquisti di immobili ... da parte delle persone giuridiche" si chiede se l'autorità competente sia il "ministero" (degli interni) ovvero "il prefetto, territorialmente competente ai sensi dell'art. 5 delle disposizioni di attuazione del c.c.".

In vero, non sembra che ministero e prefettura possano costituire - almeno ai fini di un questione di "competenza" a ricevere una domanda - due amministrazioni distinte, essendo la seconda una articolazione territoriale della prima. In altri termini, la istanza sarebbe comunque validamente presentata; restando poi un onere di quella (ripeto, medesima) branca della P. A. di trasmetterla agli uffici (centrali o periferici, non importa) competenti.

Tuttavia, da un punto di vista pratico, non si può non aggiungere il consiglio di indirizzare ("a scanso di equivoci e per non sbagliare", si direbbe avvocatescamente) copie della stessa istanza sia alla amministrazione centrale che alla prefettura competente per territorio.

6. Si pone, infine, un problema di carattere "intertemporale": se, sopravvenendo un regime di "silenzio-assenso" prima non previsto per una certa attività amministrativa, il "congegno" sia da ritenersi applicabile anche con riguardo alle domande (o istanze) presentate prima della entrata in vigore del nuovo regime.

E' ovvio che in nessun modo può pensarsi che il meccanismo del silenzio assenso si applichi, facendo decorrere il termine per provvedere dalla data di presentazione della domanda; plausibile invece, anche se non certa, la soluzione che comincia a far decorrere il termine per provvedere da parte della P.A. dalla entrata in vigore dell'atto normativo, che introduce il meccanismo del silenzio assenso.

Mario Stella Richter jr

(Riproduzione riservata)

