

L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a.

Riflessioni di teoria generale a seguito
dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241

di FRANCESCO VOLPE

[ABSTRACT– Lo studio analizza le conseguenze di teoria generale che derivano dall'abrogazione dell'art. 21, comma 2, sull'annullamento del silenzio assenso e della segnalazione certificata di inizio attività. Una volta eliminata la parificazione del regime sanzionatorio della attività posta in essere da chi agisca sulla base di un s.a. o di una s.c.i.a. irregolarmente formati rispetto all'attività di chi agisca senza titolo alcuno, il potere di annullamento delle medesime figure (pur da intendersi in senso improprio, rispetto alla figura di annullamento del provvedimento esplicito), si configura come un atto a pieno titolo costitutivo di effetti giuridici. Essi sono dati dalla eliminazione della qualifica di fatto giuridicamente rilevante, quale fonte indiretta di effetti giuridici, dello stesso s.a. e della s.c.i.a. Ne segue che un s.a. o una s.c.i.a. formati pur in assenza dei presupposti di legittimità del provvedimento esplicito debbono ritenersi in ogni caso efficaci.]

INDICE - SOMMARIO: 1. Impostazione del problema. – 2. I presupposti dell'*annullamento* del s.a. e il giudizio di *prognosi postuma* sulla validità del provvedimento esplicito sostituito dal s.a. – 3. Impossibilità di *annullare* il s.a. per vizi rilevabili solo in presenza di un provvedimento esplicitamente emanato. – 4. Impossibilità di *annullare* il s.a. in ragione di una figura sintomatica di eccesso di potere. – 5. Possibilità di *annullare* il s.a. per il vizio di violazione di legge, nel caso di difetto dei presupposti legali per l'emanazione dell'atto. – 6. Caratteri atipici dell'*annullamento* del s.a. – 7. L'*annullamento* del s.a. come misura volta ad eliminare la rilevanza giuridica dello stesso come fonte indiretta di produzione degli effetti giuridici. – 8. Applicabilità delle medesime conclusioni al caso della s.c.i.a. – 9. Inconciliabilità delle conclusioni raggiunte con il previgente art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241. – 10. Carattere meramente *dichiarativo* dell'*annullamento* del s.a., in considerazione di quanto presupposto dall'art. 21, comma 2, cit. – 11. Conciliabilità del carattere *dichiarativo* del s.a. con l'ipotesi in cui esso fosse stato assunto in sede giurisdizionale. – 12. Inconciliabilità del carattere *dichiarativo* del s.a. con l'ipotesi in cui esso fosse stato assunto in sede di *autotutela*. – 13. L'incerta posizione della giurisprudenza circa l'esistenza o la *invalidità* del s.a. assunto in difetto dei presupposti di *legittimità*. – 14. Problemi funzionali derivanti dalla disciplina dell'art. 21, comma 2, cit. – 15. L'abrogazione dell'art. 21, comma 2, cit. e la resitutzione del carattere costitutivo all'*annullamento* del s.a. – 16. I problemi irrisolti dell'*annullamento* del s.a.

1. — Per effetto dell'art. 6, comma 4, legge 7 agosto 2015, n. 124, è stato abrogato il secondo comma dell'art. 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si tratta, a parere di chi scrive, di un intervento opportuno, che pone termine ad uno dei più gravi problemi di sistemazione teorica, forse per troppo tempo sottovalutati, sia della figura del silenzio assenso sia della segnalazione certificata di inizio attività e che, soprattutto, risolve problemi di inquadramento del loro c.d. *annullamento*.

Nell'introdurre il tema di questo studio, si precisa che l'indagine sarà condotta, almeno nelle sue fasi iniziali, sulla base di pure valutazioni di teoria generale dell'atto amministrativo¹ ed evitando di richiamare quello che la prassi giurisprudenziale ha affermato in proposito. Si cercherà, in altri termini, di impostare l'argomento partendo da un'analisi per quanto più possibile *pura*, salvo poi calarne i risultati nel diritto applicato.

Inoltre, si prenderà in considerazione soprattutto la figura del s.a., lasciando in disparte, per il momento, quella della s.c.i.a. Di quest'ultima si daranno i necessari ragguagli, quando ciò risulterà di volta in volta necessario, dal momento che, per quanto si cercherà di dimostrare, quanto sostenuto al riguardo del primo istituto può, in linea generale, valere anche per il secondo.

Con queste premesse, vale rammentare che, secondo l'art. 20, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, «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* 21-*nonies*».

Il testo della disposizione, quale aggiornato dopo la riforma operata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 80, prevede, in sostanza, che il silenzio assenso possa essere *annullato* (o *revocato*).

2. — L'art. 20, tuttavia, non precisa quali siano i presupposti dell'autoannullamento del silenzio.

Una semplice interpretazione sistematica, condotta sulla base del testo normativo, consente però di proporre una indicazione, almeno in termini generali, circa i casi in cui l'intervento in autotutela dovrebbe essere consentito.

Poiché, infatti, il s.a. sostituisce il provvedimento amministrativo esplicito, è ragionevole affermare che altrettanto valga anche per l'atto che ponga

¹ In tal senso, si ritiene ugualmente utile precisare che le argomentazioni di teoria generale che verranno di seguito sviluppate assumono a proprio presupposto il *sistema* concepito nel proprio precedente studio su *Nome di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004. A tale studio, pertanto, si potrà ritenere operato un rinvio implicito, ogni qual volta le tesi sostenute nel testo dello studio non richiamino altre fonti. Ivi potranno, dunque, reperirsi gli ulteriori richiami di dottrina che potranno essere di utilità per il lettore.

termine ai suoi effetti e ipotizzare, quindi, che l'autoannullamento del silenzio possa avere luogo nei casi in cui, se fosse stato emanato il provvedimento, quest'ultimo si sarebbe rivelato illegittimo.

In altri termini, l'amministrazione, prima di procedere alla caducazione del silenzio, dovrebbe compiere un giudizio di *prognosi postuma* e interrogarsi se il provvedimento sostituito, ove esso fosse stato emanato, si sarebbe rivelato invalido o no. Nel primo caso, l'amministrazione potrebbe autoannullare, nel secondo caso non le sarebbe concesso.

Considerazioni non dissimili avrebbero potuto svolgersi a riguardo delle denuncia di inizio attività e della segnalazione certificata².

Se, oggi, detti rilievi non possono formalmente svolgersi a riguardo della moderna s.c.i.a., è proprio perché la stessa legge 7 agosto 2015, n. 124, ha modificato anche il quarto comma dell'art. 19 della legge sul procedimento, sostituendo il potere di *annullamento* – dapprima previsto con riferimento a

²Salvo il fatto, ma vale notarlo solo incidentalmente, che, nei riguardi dell'attuale segnalazione, non è del tutto corretto parlare in termini di alternatività al provvedimento esplicito. Ciò sarebbe stato possibile, a ben vedere, per la denuncia di inizio attività, così come essa era disciplinata dal testo originale della legge sul procedimento. L'art. 19, infatti, in origine stabiliva: «Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui l'esercizio di un'attività privata, subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato all'amministrazione competente». Da qui discendeva l'indiscussa facoltà, per il privato, di chiedere il provvedimento esplicito o di procedere con d.i.a. Che tale facoltà continuasse a spettare risultò dubbio sin dalla successiva riforma dell'art. 19, operata con la legge 24 dicembre 1993, n. 537 («in tutti i casi in cui l'esercizio di un'attività privata sia subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, ad esclusione delle concessioni edilizie e delle autorizzazioni rilasciate ai sensi delle leggi 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, e del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo per il rilascio degli atti stessi, l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio di attività da parte dell'interessato alla pubblica amministrazione competente»). Analogamente, oggi è stabilito a riguardo della s.c.i.a. che ha sostituito, in quasi tutti i casi, la preesistente denuncia. Per questi motivi, l'alternatività della segnalazione, rispetto al provvedimento, deve considerarsi, adesso, del tutto doppiamente ipotetica. Non solo perché, quando la s.c.i.a. è attivata, il provvedimento non è richiesto, ma anche perché essa si pone in sostituzione di un *tipo* di provvedimento che, attualmente, non potrebbe più essere emanato. Particolari considerazioni, che non vale qui approfondire, valgono per il caso dei titoli edilizi, in cui convivono – applicandosi a diverse fattispecie – la comunicazione di inizio attività, la comunicazione certificata, la s.c.i.a., la d.i.a. e il permesso di costruire esplicito.

casi limitati – con un apparentemente diverso potere di sospensione e di divieto dell'attività, esercitabile, questa volta, in via generale³.

Tuttavia, anche il nuovo e generale potere di *divieto*, esercitabile pur dopo la decorrenza del termine di sessanta giorni, è subordinato alla sussistenza delle «condizioni previste dall'art. 21 - *nonies*». Non sembra perciò erraneo ipotizzare che, retrostante al divieto, continui a celarsi un sostanziale potere di autoannullamento, dal momento che identici ne sono i presupposti.

3. — Così impostata la questione, a riguardo dell'annullamento del s.a. (e della s.c.i.a.), occorre a questo punto osservare come il giudizio di *prognosi postuma*, del quale si è appena fatto cenno, si riveli, astrattamente, più limitato – quanto ai casi in cui esso possa condurre a positivi risultati – di quello che è il consueto giudizio sulla legittimità di un provvedimento esplicito.

In effetti, nel caso del s.a., un vero e proprio atto amministrativo non è stato emanato. È anzi postulato che esso sia stato sostituito, ai fini della produzione degli effetti giuridici, da una fattispecie che necessariamente non lo contempla.

Nel segue che la *prognosi postuma*, per definizione, non può riguardare quei rilievi sulla validità che possono prospettarsi solo di fronte ad un atto giuridico concretamente ed esplicitamente emanato.

Più precisamente, va già astrattamente escluso che, ad una data fattispecie di s.a., possa imputarsi il vizio di competenza. Detto vizio, infatti, presuppone che un provvedimento sia stato effettivamente assunto da un organo diverso da quello competente.

Analogamente, verso il s.a. non saranno riferibili quei vizi di violazione di legge che attengono all'atto in sé, quali ad esempio i vizi concernenti il rispetto di una determinata forma, sanzionata con l'illegittimità dell'atto.

Allo stesso modo, è escluso che sul s.a. (o sulla s.c.i.a.) possa riflettersi il vizio derivante dall'assenza della motivazione. Se mai, anzi, è postulato che la motivazione debba necessariamente mancare, quando la funzione di controllo sull'attività dei privati sia esercitata a mezzo del s.a. o della s.c.i.a. In effetti, chi pretendesse che il silenzio (o la s.c.i.a.) sia motivata finirebbe per escludere l'esistenza della figura del silenzio stesso, perché è contraddittorio che un comportamento inerte possa essere *spiegato*.

4. — Quanto all'eccesso di potere - se per esso continuiamo ad intendere il vizio della funzione (vale a dire il vizio che grava sull'atto che non persegue la

³ Art. 19, comma 4, cit.: «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6 - *bis*, l'amministrazione competente adotta *comunque* i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*. Il corsivo è di chi scrive.

propria finalità istituzionale e che è assunto, così, in violazione del principio di nominatività⁴) - anch'esso non sembra imputabile alle fattispecie di s.a. Questo vizio, infatti, sottintende che vi sia stata la volontà di perseguire una funzione diversa da quella propria dell'atto. Nei casi di silenzio, però, non è affatto dimostrato che sussista una reale volontà amministrativa⁵. Nel caso della s.c.i.a. è addirittura escluso che essa sia stata mai provocata.

Scendendo maggiormente nel dettaglio di questo particolare vizio, l'eccesso di potere, quando esso si presenti in forma sintomatica, non sembra riferibile al silenzio assenso e alla s.c.i.a. in virtù di peculiari ragioni.

Stando, almeno, alle impostazioni classiche, le figure sintomatiche altro non esprimerebbero se non un caso in cui è dubbio se l'amministrazione abbia o no rispettato l'autolimita che essa stessa si è imposta nell'esercizio della discrezionalità (pura o tecnica che essa sia) di cui essa è titolare⁶. E poiché al giudice è precluso di sciogliere quel dubbio, in ragione dei limiti sul sindacato del merito amministrativo, nell'incertezza sulla effettiva sussistenza del vizio della funzione si procede ugualmente, quasi per una sorta di *precauzione*, all'annullamento dell'atto.

Tuttavia, nelle ipotesi di vizio sintomatico, il dubbio sul corretto esercizio della funzione esiste in quanto è l'amministrazione stessa a non avere indicato quale sia il risultato della propria valutazione discrezionale: risultato che esprime appunto quell'autolimita che essa è tenuta a rispettare a pena di illegittimità. Se si concorda con questa tesi, sembra lecito concludere che le figure sintomatiche si possono ricondurre tutte ad ipotesi, se non di vera e propria mancanza della motivazione, quanto meno di una sua insufficienza. Perché è appunto con la motivazione che l'amministrazione illustra il risultato della discrezionalità da sé esercitata.

In questo modo, trova conferma l'ipotesi che il silenzio assenso non possa essere annullato per ragioni attinenti ad una figura sintomatica di eccesso di potere, ostandovi l'impossibilità che un comportamento silenzioso sia motivato.

A diverse conclusioni, forse, si potrebbe pervenire per quanto attiene all'eccesso di potere conclamato, definito anche *sviamento di potere*, che ricorre quando l'amministrazione dichiaratamente agisca in difformità dalla funzione del provvedimento. Esso, a ben vedere, può ricorrere in due casi. In un primo caso, esso sussiste quando l'amministrazione, titolare di discrezionalità, agisca

⁴ VOLPE, *Il principio di nominatività*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di Renna e Saitta, Milano, 2012, 349 s.

⁵ Si consideri, tuttavia, in oggetto a quanto affermato, la tesi classica, secondo la quale il vizio della funzione andrebbe accertato in modo oggettivo e indipendentemente dalla reale volontà dell'agente: SANDULLI, A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 588.

⁶ VIPIANA, P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 296 s.).

in modo esplicitamente diverso da ciò che le, manifestate, risultanze discrezionali avevano portato ad individuare come l'azione più opportuna del caso concreto. Questa ipotesi, tuttavia, non è riferibile al caso del silenzio assenso (e della s.c.i.a.), ancora una volta perché tali figure escludono in radice ogni forma di motivazione.

5. — Diversamente, l'eccesso di potere per sviamento ricorre quando l'amministrazione, che in tesi potrebbe agire anche in assenza della titolarità di alcuna forma di discrezionalità⁷, agisca, nonostante difettino i presupposti oggettivi indicati dalla legge per l'emanazione dell'atto.

Già in altra sede⁸, invero, si è cercato di dimostrare che i presupposti assolvono, tra l'altro, alla necessità di far riscontrare implicitamente lo stato di necessità o di bisogno a cui il provvedimento amministrativo è chiamato a porre rimedio. Di talché l'assenza o l'esistenza di tali presupposti indicano, implicitamente, anche se la funzione del provvedimento meriti o no di essere perseguita.

Il provvedimento assunto in difetto dei presupposti, dunque, è anche un provvedimento oggettivamente sviato dalla funzione. E poiché l'esistenza o l'inesistenza dei presupposti attiene ad una realtà *esterna* al provvedimento stesso, il suo *accertamento*, in sede di *prognosi postuma* sulla validità del s.a. o della s.c.i.a., non richiede che l'atto sia stato concretamente emanato

Tuttavia, in questo caso, l'eccesso di potere è fonte di annullamento delle figure sostitutive di provvedimento non in quanto tale: a ciò osta, infatti, l'atteggiamento volontaristico che questo vizio presuppone e a cui si è fatto precedentemente cenno. Se l'eccesso di potere dell'atto assunto in mancanza dei presupposti di legge è in grado di viziare il silenzio assenso, ciò avviene perché in questi casi il vizio viene a sovrapporsi e a cumularsi con il vizio di violazione (oggettiva) di legge⁹.

Infatti, assumere l'atto in assenza del presupposto indica *anche* che l'amministrazione ha violato quella fonte del diritto che ha fissato e imposto il presupposto medesimo.

⁷ NICOSIA, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Potere ed eccesso di potere nell'Attività amministrativa «non discrezionale»*, Napoli, 1991, *passim* e 147 s., 162 s. *Contra*, recentemente, MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2003, 876.; CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 4 s.

⁸ VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, Dir. amm., 2008, 791 s.

⁹ Ci si discosta, dunque, dalla tesi secondo la quale il vizio di violazione di legge avrebbe carattere residuale, rispetto ad entrambi gli altri vizi di legittimità; sul punto, sia consentito di rinviare, per le dovute argomentazioni, a VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 457, in nota.

Di talché – se le cause di annullamento del s.a. o della s.c.i.a. debbono essere riscontrate in vizi che si producono *al di fuori e prima* dell’atto (i fattori incidenti sull’atto che si verifichino posteriormente allo stesso, infatti, non rilevano, stante il noto principio *tempus regit actum*) – se ne trae che le figure sostitutive del provvedimento sono, infine, *annullabili* solo per quei particolari *vizi – accertati* secondo il metodo della *prognosi postuma* a cui si è fatto riferimento – i quali avrebbero gravato l’ipotetico provvedimento esplicito ove esso fosse stato assunto in mancanza dei suoi presupposti di legge.

6. — Così circoscritta l’ipotesi in cui è possibile dar luogo ad interventi caducatori in *autotutela* sul s.a. e sulla s.c.i.a., resta, in ogni caso, da interrogarsi su che cosa significhi, in sede di teoria generale, *annullare* il silenzio. Una tale indagine, se collegata a quella finora condotta, sarà infatti utile al fine di illustrare il rilievo della riforma che viene qui ad essere commentata.

Invero, è ormai traluzio affermare che il silenzio assenso non sia un provvedimento amministrativo, proprio perché esso non è un atto giuridico. *Qui tacet neque dicit neque negat, neque utique fatetur*, viene ripetuto. Il comportamento inerte non chiarisce né se vi sia stata volontà di immettersi nel traffico giuridico né se essa sia mancata. E poiché la volontà è elemento essenziale dell’atto giuridico, quando non sia possibile ascriverla ad un determinato comportamento esso non può ritenersi né atto giuridico né, conseguentemente, provvedimento amministrativo.

In questi casi, perciò, è semplicemente la legge che, quando si verifichi una data fattispecie complessa (a sua volta costituita dalla presentazione dell’istanza e dal decorso di un dato periodo di tempo, senza che l’amministrazione abbia provveduto), produce direttamente gli stessi effetti giuridici che avrebbe prodotto il provvedimento esplicito, se questo fosse stato emanato.

Secondo una ricostruzione che a suo tempo si è inteso sostenere, a proposito della dinamica di produzione degli effetti giuridici, perciò, è la legge stessa ad essere fonte degli effetti sostitutivi di quelli altrimenti prodotti dal provvedimento esplicito. La fattispecie complessa, in presenza della quale la legge concretamente opera, altro non sarebbe se non il fatto giuridico (in senso stretto) che, cagionando l’attivazione dell’efficacia della norma di legge, esprimerebbe, a sua volta, una sorta di fonte indiretta degli effetti stessi¹⁰.

Se si converrà su questa ipotesi ricostruttiva, se ne potranno trarre due conclusioni.

La prima è che il c.d. *annullamento* del silenzio assenso, in un certo senso, si astrae dai problemi della legittimità dell’azione amministrativa.

¹⁰ VOLPE, *Norme di relazione*, 116 s.

Quale che sia il vizio che possa affliggere il provvedimento amministrativo, tutte le forme di illegittimità, infatti, si riassumono in una contrarietà alla legge o, più in generale, alla normativa d'azione. Ma se, nel caso del s.a., gli effetti derivano direttamente dalla legge, allora essi non possono essere considerati come il risultato di una illegittimità (da chiunque compiuta), perché la legge non può violare se stessa¹¹.

Pertanto, l'*annullamento* del s.a., sia pure condotto attraverso il sistema della *prognosi postuma* sopra prospettato, non presuppone un vero e proprio vizio: sia perché manca un comportamento dell'amministrazione a cui riferirlo, sia perché la legge non può contraddirsi.

L'*annullamento* del s.a., dunque, è una misura che, così come il silenzio sostituisce il provvedimento, è chiamata a sua volta a sostituire l'annullamento del vero e proprio provvedimento, perché, in definitiva, il risultato sostanziale non deve mutare: per le stesse ragioni per le quali non deve essere assicurata stabilità agli effetti di un provvedimento viziato, allo stesso modo anche gli effetti legislativamente prodotti nelle fattispecie di silenzio non possono essere indeterminatamente stabili. Da ciò deriva che è lo stesso art. 20, comma 3, cit, a riconoscere all'amministrazione una sorta di *potestà delegata* di far cessare effetti legislativamente prodotti.

Questa prima conclusione introduce all'esame della seconda, che si concentra sull'oggetto dell'*annullamento*.

Nel caso in cui la misura in esame ricada sul s.a., è difficile parlare di annullamento in senso proprio.

Questo si sostiene non solo perché ivi non sono in gioco questioni di legittimità in senso proprio, ma anche – e soprattutto – perché si ritiene che possa essere annullato solo un atto giuridico e non già un fatto. Invero, solo l'atto giuridico, in quanto esercizio di un potere, si presta ad essere oggetto di una duplice, e necessaria, disciplina, dettata dalle norme di relazione (costitutive del potere, senza però che esse stabiliscano se il relativo esercizio sia o no conforme a legge) e da quelle di azione (a cui è affidato il compito di regolare la conformità dell'atto giuridico al sistema delle norme)¹², sì da poter pervenire ad un giudizio di contemporanea esistenza e invalidità. Al contrario, il fatto giuridico, come espressione della fattispecie giuridicamente presupposta dalla norma, si presta solo ad un giudizio di esistenza o di inesistenza e mai di sua *invalidità*.

7. — Ciò non di meno, non è ugualmente impossibile affermare che anche

¹¹ Sulle conseguenze di tale asserto, in merito alla funzione perseguita con l'*annullamento* del s.a., si rinvia a quanto si sosterrà, nell'ultimo paragrafo di questo studio.

¹² VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 170 s.

un fatto giuridico possa, in un certo (e improprio) senso, essere *annullato*.

Per sostenere un tanto, non è necessario approfondire qual sia la natura del potere di annullamento in generale. Ci si limiterà a far propria quella tradizionale tesi, secondo la quale l'annullamento produrrebbe l'effetto di sottrarre all'atto su cui si dirige una forma di *rilevanza*¹³: più precisamente l'annullamento, secondo questa tesi, produce l'effetto di estinguere, in capo ad un dato fenomeno storicamente verificabile, la *rilevanza* di atto giuridico. È proprio in ragione di questa dinamica che l'atto annullato diventa (meglio: deve ritenersi essere sempre stato) «nullo»¹⁴.

Essendo negato, in virtù dell'annullamento, che un determinato comportamento umano valga quale atto giuridico, esso non potrà neppure avere mai prodotto gli effetti che del medesimo atto sono propri.

L'annullamento, così definito, è dunque una sorta di atto di qualificazione, così come, se si vuole, sono atti di qualificazione i provvedimenti di ammissione reale, che conferiscono qualità a beni o a cose. Più precisamente, esso è un atto di qualificazione che opera in senso negativo, perché non attribuisce nuove qualità, ma sottrae qualità preesistenti, vale a dire, appunto, la *rilevanza* di atto giuridico.

Inteso in questo senso l'annullamento di teoria generale, va confermata l'idea secondo la quale il s.a. non potrebbe mai essere annullato in senso proprio. Non è, infatti, possibile che il s.a. sia oggetto di una misura la quale avrebbe l'effetto di privarlo di una qualità (quella di atto giuridico) di cui esso è da

¹³ CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 32 s.; ID., voce *Annulabilità e annullamento*, Enc. dir., II, Milano, 1958, 496 s.

¹⁴ Se si volesse, dunque, approfondire il tema, si potrebbe sostenere che l'annullamento, attraverso l'operazione estintiva della *rilevanza*, operi come una sorta di retroattiva nullità testuale. Invero, che un dato comportamento umano sia qualificato – e dunque sia rilevante – come atto giuridico è conseguenza del fatto che in esso possa ravvisarsi quell'evento storico in cui si riassume l'esercizio di un potere attribuito ad un determinato soggetto. Tale qualificazione, operata dalla norma attributiva del potere, è compiuta in modo astratto dalla stessa norma attributiva del potere e l'atto annullabile non cessa di essere astrattamente riconducibile a quel genere di *rilevanza*, anche dopo che esso sia stato caducato. Pertanto, non è forse del tutto esatto sostenere che l'annullamento costituisca una sorta di *contra-rius actus* e una sorta di *contro-esercizio* del potere esercitato «in primo grado». Piuttosto, sembra che, annullandosi l'atto, si stabilisca che un comportamento concreto, pur essendo astrattamente ascrivibile alla categoria dell'atto giuridico e pur essendo, dunque, *esistente*, in quanto esso sia stato assunto in violazione delle regole d'azione assume e in quanto sia stato pronunciato l'annullamento stesso, assuma anche il valore di atto nullo, in sovrapposizione al valore, già proprio, di atto esistente. Il che è appunto quanto avviene – in genere – con le nullità testuali, vale a dire con quelle ipotesi in cui un atto, pur potendosi dire esistente (in quanto dotato di tutti gli elementi essenziali affinché lo si possa definire atto giuridico), viene ricondotto in una situazione paragonabile, quanto alle conseguenze giuridiche, a quella dell'atto inesistente.

sempre privo. Solo nei riguardi di quell'entità fattuale che già sia atto può essere compiuta una tale operazione.

Questo non toglie che non sia possibile ipotizzare che il silenzio, pur concepito come fatto giuridico, possa costituire oggetto di un provvedimento di *secondo grado*, *simile* ad un annullamento di teoria generale, senza tuttavia esserlo a tutti gli effetti.

In effetti, le stesse forme di rilevanza giuridica possono essere diverse.

In senso molto lato, è giuridicamente *rilevante* ogni fenomeno storico che abbia una qualsiasi incidenza sulla dinamica di produzione degli effetti giuridici o che abbia incidenza nell'impedirla. Tuttavia, nella stessa dinamica giuridica, la produzione degli effetti giuridici avviene in modo complesso, attraverso la collaborazione – secondo quanto in altra sede già si è cercato di dimostrare¹⁵ – tanto di fatti quanto di atti.

Seguendo questa impostazione, se l'atto giuridico (e, quindi, l'atto amministrativo) è rilevante come fonte *diretta* di produzione giuridica, i fatti in senso stretto operano a tal fine in modo indiretto, perché essi costituiscono, con la loro esistenza, l'evento condizionante l'efficacia (diretta) di altra fonte di produzione giuridica (vale a dire proprio un atto e quale che sia la natura di quest'ultimo: di legge, di sentenza, di provvedimento e, verosimilmente, anche di contratto).

Il rilievo appena esposto porta a suggerire che anche il fatto giuridico – o fattispecie presupposta – abbia una propria rilevanza giuridica, perché senza quello specifico evento storico, normativamente descritto e qualificato, l'atto giuridico che lo presuppone non sarebbe in grado di operare, non essendosi avverata la sua condizione di operatività.

Ne segue che, accanto ad una rilevanza di un certo fenomeno intesa come fonte diretta di produzione degli effetti giuridici, esiste, quanto meno, un'altra forma di rilevanza giuridica, questa volta valevole a descrivere un fenomeno come fonte indiretta di produzione degli effetti.

Questa seconda rilevanza, in definitiva, altro non è se non la descrizione normativa della fattispecie presupposta dall'atto giuridico. Essa stessa è, a modo suo, un effetto giuridico e, in quanto tale, così come essa viene prodotta dal diritto (attraverso la descrizione normativa della fattispecie), allo stesso modo può essere eliminata in virtù di un successivo intervento.

Ragionando in questi termini, si può così opinare che il c.d. *annullamento* del s.a. altro non sia se non un atto con cui si priva una determinata fattispecie (quella silenziosa) del valore di fatto giuridico in senso stretto.

Una volta *annullato* il silenzio, esso perde il valore di fonte indiretta del diritto e preclude così alla norma di legge che lo presuppone di produrre i medesimi effetti che avrebbe costituito il provvedimento esplicito.

¹⁵ VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 118 s.

In sintesi, l'*annullamento* del s.a. sarebbe, secondo la tesi che qui si propone, un atto con il quale si priva un fatto giuridico del rilievo di fonte indiretta del diritto, sulla base di presupposti corrispondenti a quelli che, secondo un giudizio di *prognosi postuma*, avrebbero condotto all'annullabilità del provvedimento amministrativo, se esso fosse stato espressamente emanato.

Ciò che distinguerebbe, dunque, l'*annullamento* del silenzio da quello tradizionale, e di teoria generale, del provvedimento amministrativo sarebbe l'oggetto, vale a dire il tipo di rilevanza giuridica che viene fatta cadere: di fonte diretta in un caso; di fonte indiretta nell'altro. A ciò aggiungansi, quale ulteriore elemento distintivo, i diversi presupposti dei due annullamenti. Nell'ipotesi di annullamento dell'atto esplicito, essi coinciderebbero con il difetto dei presupposti di legittimità del medesimo atto; nell'ipotesi di *annullamento* del s.a., i presupposti della misura di *secondo grado* sarebbero dati dal difetto dei presupposti di legittimità dell'ipotetico provvedimento silenziosamente sostituito, immaginandosi ciò che sarebbe avvenuto se quest'ultimo fosse stato emanato.

8. — Considerazioni non dissimili possono, a questo punto, svolgersi per la s.c.i.a., pur con le distinzioni dovute al fatto che, oggi, l'art. 19 della legge sul procedimento, si esprime in termini di divieto e non di annullamento.

Come nell'ipotesi di s.a., anche nel caso della s.c.i.a. manca un atto amministrativo a cui riferire la produzione degli effetti giuridici favorevoli al privato interessato; come per il s.a., è alla legge che deve imputarsi la produzione degli stessi effetti giuridici che avrebbe prodotto l'atto amministrativo esplicito, se questo fosse stato emanato.

Le due ipotesi vengono a distinguersi in virtù della fattispecie presupposta, dal momento che, nel caso della s.c.i.a., essa non è data dalla presentazione di un'istanza provvedimentoale e dal decorso del tempo, quanto dalla mera produzione della comunicazione di inizio attività, compiuta dal privato.

Anche tale comunicazione, tuttavia, opera quale fatto giuridico in senso stretto e non quale atto.

Se, infatti, il diritto di compiere l'attività fosse nella disponibilità diretta del privato, non avrebbe alcun senso che quegli sia tenuto a costituirlo in capo sé, attraverso la comunicazione all'amministrazione. È più convincente, perciò, sostenere che sia la legge a produrre gli effetti e che la comunicazione si limiti a provocare l'efficacia in concreto della legge stessa¹⁶.

¹⁶ Questa sembrerebbe essere anche la tesi, ancorché forse non del tutto linearmente sostenuta nel corso di tutto l'arco motivazionale della sentenza, da Cons. di Stato, Ad. Pl, 29 luglio 2011, n. 15, secondo la quale «il fondamento giuridico diretto dell'attività privata nella legge e non in un apposito titolo costitutivo, sia esso rappresentato dall'intervento dell'amministrazione o dalla denuncia stessa come atto di auto-amministrazione integrante esercizio privato di pubbliche funzioni (cd. "d.i.a. vestita in forma amministrativa")».

Se, dunque, anche la s.c.i.a. vale quale fatto giuridico in senso stretto, giacché essa integra la fattispecie presupposta dalla legge ai fini dell'attivazione dell'efficacia di quest'ultima, il suo annullamento finisce per valere, secondo la tesi qui proposta e, ancora una volta, quale misura idonea a privare la stessa segnalazione dell'efficacia di fonte indiretta di produzione giuridica.

Quel che cambia, rispetto al s.a., è il fatto storico oggetto di tale rilevanza. Il *meccanismo* giuridico per mezzo del quale la s.c.i.a. opera, tuttavia, è lo stesso.

9. — La tesi sin qui illustrata circa la natura dell'*annullamento* degli strumenti sostitutivi del provvedimento favorevole esplicito, prima della riforma dell'agosto 2015, si scontrava, tuttavia, con un dato testuale.

Esso era dato, appunto, dall'art. 21, comma 2, della legge sul procedimento.

Esso stabiliva: «Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente».

Ora, sulla base di quanto si è cercato di dimostrare, può ipotizzarsi che l'*illegittimità* della s.c.i.a. o del s.a. possa essere pronunciata solo quando le due fattispecie si formino senza che, in concreto, ricorrano i presupposti giuridici dell'ipotetico provvedimento sostituito, perché solo il difetto dei presupposti di legge, in quanto attiene a incidenze esterne al provvedimento, può essere colto anche quando l'atto non sia stato emanato.

Se ne deduce, così, che la fattispecie descritta dal secondo comma dell'art. 21 finiva per sovrapporsi e per coincidere esattamente con quella che consentiva l'annullamento degli strumenti alternativi. In altri termini, il s.a. (e lo stesso valeva per la s.c.i.a.) poteva (e può) essere annullato in tutti i casi, e solo nei casi, in cui trovava applicazione l'art. 21, comma 2. Anch'esso, infatti, si riferiva al caso in cui gli strumenti alternativi al provvedimento si fossero formati «in mancanza dei requisiti richiesti».

Si osserverà, tuttavia, che l'art. 21, comma 2, descriveva la condotta del privato - che avesse agito in forza di un s.a. o di una s.c.i.a. in tal modo formati - in termini di illiceità. Più precisamente, essendone stato parificato il regime sanzionatorio, l'art. 21, comma 2, qualificava tali condotte illecite nello stesso modo con cui viene considerata illiceità l'attività di chi agisca senza titolo alcuno.

E poiché il titolo, indipendentemente dal fatto che esso sia costituito dal provvedimento esplicito o dagli strumenti atti a sostituirlo, conferisce il diritto di tenere una data attività (sì da renderla lecita), se ne deduce che, sulla

scorta dell'art. 21, comma 2, nel caso di s.a. o di s.c.i.a. formati in mancanza dei presupposti di legittimità dell'alternativo provvedimento, non veniva a imputarsi, in capo al privato, alcun diritto.

Se il diritto di porre in essere l'attività si fosse prodotto, infatti, non si sarebbe potuto definire la sua condotta come illecita, perché non è illecito il comportamento di chi agisce nell'esercizio di un proprio diritto.

La conclusione del ragionamento, a questo punto, emerge con facilità. Sulla scorta di quanto osservato, si doveva concludere che la s.c.i.a. o il s.a. formati in assenza dei presupposti di legge non erano affatto in grado di produrre la costituzione di un nuovo diritto; il che è spiegabile solo opinando che, in assenza dei presupposti di legittimità del provvedimento così sostituito, le relative fattispecie non potevano dirsi completate¹⁷.

Tra gli elementi essenziali della fattispecie, dunque, dovevano annoverarsi anche i presupposti di legittimità del provvedimento sostituito, perché solo sussistendo tali presupposti si sarebbe potuto sostenere che la condotta del privato era lecita e quindi assunta con il conforto di un costituito diritto.

La ricaduta dei presupposti di *legittimità* nell'insieme degli elementi essenziali della fattispecie silenziosa – conclusione dalla quale l'art. 21, comma 2, cit. non consentiva di discostarsi – finiva, però, per produrre conseguenze non meno evidenti sulla natura del c.d. *annullamento* degli strumenti alternativi al provvedimento.

Quanto argomentato, in ragione di un'indagine condotta sui soli artt. 19 e 20 della legge sul procedimento, in merito all'*annullamento* come atto in grado di privare il s.a. (o la s.c.i.a.) della rilevanza di fonte indiretta di effetti giuridici (e, attraverso tale dequalificazione, in grado di cagionare l'inefficacia *ex tunc* dello strumento alternativo) non poteva più essere fondatamente sostenuto, perché non si sarebbe potuto privare una fattispecie di una rilevanza che quella fattispecie non possedeva fin dall'inizio, essendosi formati in assenza di tutti i suoi elementi essenziali.

Allo stesso modo, l'*annullamento* in esame non poteva dirsi neppure determinativo dell'inefficacia degli strumenti alternativi, perché al pari della rilevanza (di fonte indiretta), anche l'inefficacia del s.a. o della s.c.i.a. doveva ritenersi sin dall'inizio mancante.

10. — Le conclusioni così tratteggiate, a loro volta, si dimostravano foriere di non pochi problemi di carattere sistematico, a parere di chi scrive irrisolte

¹⁷ Ancorché non sia forse necessario esplicitarlo, quanto affermato nel testo è, ancora una volta, conseguenza della circostanza che il s.a. e la s.c.i.a. sono fatti giuridici e non atti. In quanto tali, essi non sono subordinati a termini o a condizioni di efficacia; di talché la mancata produzione degli effetti che (indirettamente) concorrono a creare può essere ascritta, solamente, alla mancata esistenza del fatto idoneo a generarli.

sino alla riforma dell'agosto 2015.

In effetti, una volta sottratta all'*annullamento* del s.a. o della s.c.i.a. ogni forma di efficacia costitutiva, esso finiva per acquisire un valore puramente dichiarativo. Esso avrebbe avuto la funzione di confermare l'inesistenza di effetti che, quando pure l'*annullamento* non fosse stato assunto, dovevano ritenersi comunque non sorti.

L'atto giuridico dichiarativo, d'altro canto, esprime un concetto in se stesso assai incerto e, se si vuole, persino contraddittorio con la definizione stessa di atto giuridico, una volta che si postuli che esso indichi l'esercizio di un potere, cioè di una forza, almeno astrattamente, idonea a concorrere alla produzione diretta di effetti giuridici. Un atto che, neppure astrattamente, possa dirsi portatore di tale idoneità almeno astratta, assai difficilmente può essere definito atto giuridico in senso proprio.

11. — Ciò non di meno il carattere *dichiarativo* dell'annullamento del s.a. o della s.c.i.a. poteva essere conservato quando ad assumerlo fosse stato il giudice, su iniziativa di un terzo, che si fosse preteso danneggiato dall'incertezza sulla sussistenza della fattispecie silenziosa formatasi su impulso di altro soggetto istante.

Nel caso dell'*annullamento* del s.a. ad opera del giudice, tuttavia, un effetto giuridico nuovo vi sarebbe pur sempre stato, nonostante il carattere sostanzialmente dichiarativo della pronuncia. Esso andava verosimilmente ravvisato negli effetti dell'accertamento giurisdizionale, insieme all'idoneità di tale accertamento di formare la cosa giudicata sostanziale sull'esistenza o sull'inesistenza del silenzio.

Del tutto coerentemente, pertanto, l'art. 133 c.p.a. (secondo la formulazione conseguente alla novella introdotta con il d. lgs. 15 novembre 2011, n. 195) faceva rientrare «le controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241» nel novero delle materie di giurisdizione esclusiva. In effetti, il giudice, *annullando* il s.a. formatosi in difetto dei presupposti di *legittimità*, in realtà accertava l'inesistenza del silenzio stesso; indi, in forza della giurisdizione esclusiva, egli era potenzialmente in grado di spingere il suo accertamento anche sino all'inesistenza degli effetti, cioè dei diritti, altrimenti ascrivibili alla fattispecie silenziosa.

Con il che – se ben s'intende – non mancavano di suscitarsi ulteriori perplessità, legate alla tenuta costituzionale del sistema, che forse si poneva in contrasto con la tipicizzazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva indicata dall'art. 103 Cost. Invero, il s.a. assenso è figura di applicazione generale, mentre ad essere eccezionale è il silenzio inadempimento. La giurisdizione esclusiva sul s.a., dunque, è, in un certo senso, giurisdizione generale su tutti i diritti

che possono essere prodotti da tale figura, indipendentemente dalla materia in cui si versi.

12. — La possibilità di concepire l'*annullamento* alla stregua di una pronuncia dichiarativa incontrava, tuttavia, maggiori ostacoli, quando ad assumerlo non fosse stato il giudice, ma la stessa amministrazione, in sede di *autotutela*.

Le pronuncie dell'amministrazione, infatti, non sono idonee a formare il giudicato. Di talché, secondo un profilo di teoria generale, appariva assai arduo stabilire quale fosse il valore e la natura dell'*autoannullamento*.

In un certo senso, se si vuole, l'*autoannullamento* costituiva una sorta di *chiarimento* sull'inefficacia del silenzio; tuttavia, esso non sembrava produrre alcuna modificazione giuridica.

Quanto, poi, all'*autoannullamento* della s.c.i.a. – anch'esso fatto oggetto di ripetuti interventi del legislatore (oltre che di un'animata e preventiva discussione giurisprudenziale) – la possibilità di pervenire ad una ricostruzione sistematica era non meno difficile. Stante il combinato disposto dell'art. 19, comma 6 - *ter*, legge 7 agosto 1990, n. 241, con l'art. 133, lett. a), n. 3, c.p.a., era ragionevole sostenere che la mancata eccitazione del potere di *autoannullamento* costituisse una sorta di preclusione alla tutela del terzo, al quale spettava (e tuttora spetta) l'azione contro il silenzio inadempimento per la mancata pronuncia¹⁸.

Tuttavia l'efficacia preclusiva del mancato esperimento del procedimento in *autotutela* non era in grado, ugualmente, di spiegare quali fossero la natura e l'efficacia dell'*autoannullamento*, una volta pronunciato.

13. — Le difficoltà sistematiche portate dal secondo comma dell'art. 21 della legge sul procedimento erano, dunque, senza alcun dubbio assai consistenti.

Scendendo dall'analisi teorica a quella applicata, la giurisprudenza, perciò, ha talora negato che il difetto dei presupposti di legittimità del provvedimento esplicito, quale sostituito dal contegno inerte, potesse incidere sull'esistenza del s.a. Se così fosse stato – è stato osservato in qualche caso – «non vi sarebbe [stato] alcun effetto di snellimento dell'azione amministrativa» e i titolari dell'interesse pretensivo al rilascio di titoli abilitativi sarebbero restati «esposti alle ordinarie misure repressive, previste per attività avviate senza alcun titolo, pur avendo posto in essere attività tali in forza di un assenso tacito, codificato dalla legge stessa»¹⁹.

¹⁸ Così, almeno, dopo la riforma portata all'art. 133, dal d. lgs. 15 novembre 2011, n. 195, che sul punto si è adeguato alle indicazioni rese dalla pronuncia Cons. di Stato, Ad. Pl., 29 luglio 2011, n. 15.

¹⁹ Ad esempio, Cons. di Stato, VI, 16 settembre 2011, n. 5165.

In altre ipotesi, più frequenti, i giudici amministrativi sembravano avere introdotto una distinzione tra presupposti di *validità* e presupposti di *esistenza* della figura. Perciò, il tacito accoglimento dell'istanza provvedimentale si sarebbe verificato purché in presenza di requisiti «minimali» della fattispecie, quali, ad esempio, quelli concernenti la legittimazione del richiedente, la corretta individuazione dell'oggetto del provvedere, la competenza dell'ente chiamato a pronunciarsi²⁰. Detti requisiti – ed essi soli – avrebbero dunque inciso, con la loro assenza, sull'inesistenza della figura sostitutiva di provvedimento. Il difetto degli altri requisiti di legge, invece, non avrebbe cagionato altro, se non l'*invalidità*.

Tocca riconoscere, però, che questo indirizzo si dimostrava empirico e di difficile applicazione, proprio perché la distinzione così introdotta – tra presupposti di esistenza e presupposti di *validità* – non trovava fondamento nella legge.

Non stupisce, quindi, che un altro indirizzo giurisprudenziale (pur formalmente dichiarando di ispirarsi a quello appena richiamato) avesse ampliato la categoria dei requisiti di esistenza, facendovi ricadere anche il fatto che l'istanza fosse assistita «da tutte le condizioni e i presupposti richiesti dalla legge» oltre alla circostanza che l'interessato avesse reso, nella medesima istanza procedimentale, dichiarazioni veritiere²¹.

²⁰ Così, Cons. di Stato, VI, 21 settembre 2010, n. 7012. Il tentativo, allora, operato dal giudice non era privo di una certa raffinatezza argomentativa. In effetti, affermare che alcuni presupposti incidano sull'esistenza del silenzio assenso non in qualità di presupposti di legittimità del sostituito provvedimento, ma in quanto elementi integrativi della domanda provvedimentale pare essere affermazione corretta. Che l'istanza del privato abbia carattere costitutivo ed essenziale nella formazione del s.a. è tesi che non sembra contestabile; di talché quando la domanda, perché incompleta, non possa dirsi inesistente, certamente non esisterebbe neppure il s.a. Laddove la tesi non convince è dove essa sembra sostenere che accanto ai requisiti di esistenza (perché incidenti sull'esistenza stessa della domanda) si potessero distinguersi requisiti di validità e ciò proprio in ragione di quanto previsto dall'art. 21, comma 2, cit.

²¹ Cons. di Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 876; Cons. di Stato, VI, 30 dicembre 2014, n. 6423. L'ipotizzata mancata perfezione del silenzio assenso, nel caso di dichiarazioni mendaci del privato, è riconducibile, verosimilmente, a due circostanze. Da un lato, concorre il fatto che, in materia di silenzio assenso, è ancora molto frequente che il giudice amministrativo si pronunci sulle domande di condono edilizio, *ex art.* 35, legge 28 febbraio 1985, n. 47. Tale disposizione è stata integrata, successivamente, dall'art. 39, legge 23 dicembre 1994, n. 724, il quale, a sua volta ha previsto che la domanda di sanatoria venisse integrata da una dichiarazione sostitutiva di notorietà (art. 4, legge 4 gennaio 1968, n. 15) attestante la veridicità dei fatti dichiarati. Una seconda circostanza che ha condotto a dare particolare rilievo alle dichiarazioni mendaci è, probabilmente, da ravvisarsi nel primo comma dell'art. 21, legge 7 agosto 1990, n. 241 (tuttora in vigore), secondo il quale «con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la

14. — Accanto alle incertezze della giurisprudenza, nel determinare il regime della *validità* del silenzio-assenso, l'art. 21, comma 2, poneva, infine, non irrilevanti problemi circa la stessa funzionalità dell'istituto del silenzio assenso.

È stato osservato che gli istituti di semplificazione avrebbero dato ingresso ad una sorta di *autoamministrazione* dei privati²². Ciò comporta che le responsabilità del controllo, sulla possibilità di dar luogo all'attività soggetta a controllo amministrativo, si trasferiscono dall'ente pubblico all'amministrato, il quale è chiamato ad operare, egli stesso, la verifica sulla regolarità della propria istanza o della segnalazione certificata. In questi casi, pertanto, il *controllo* amministrativo si svolge non più in una sede preventiva (rispetto al compimento dell'attività stessa), ma solo in un momento successivo ed eventuale, attraverso il ricorso ai rimedi del divieto (per la s.c.i.a.) o, appunto, dell'*annullamento*.

Questo fatto induce da solo a dubitare dell'effettiva rilevanza semplificatrice degli istituti sostitutivi del provvedimento favorevole. Tale rilevanza, peraltro, risultava ancor più sminuita per il caso in cui, in assenza dei presupposti di *legittimità*, si fosse dovuto concludere che il s.a. o la s.c.i.a. non si fossero formati, con conseguente immediata illiceità dell'attività posta in essere dal privato. Illiceità che, per di più, era sprovvista della protezione che, in sede di esercizio dei poteri di autotutela, era data dalla necessità di valutare la sussistenza dell'interesse pubblico all'adozione dell'atto *di secondo grado* oltre che dall'eventuale *convalescenza*, per decorso di un non più ragionevole periodo di tempo.

Come è risaputo, ciò comportava che, nelle fattispecie di s.a., il cittadino, pur dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento, spesso si astenesse dall'esercitare l'attività, non potendo confidare sulla liceità della stessa.

sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dell'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato». A ben vedere, tuttavia, le dichiarazioni mendaci – secondo l'art. 21 – non espongono chi le produca alle stesse sanzioni che erano previste dal secondo comma: vale a dire le sanzioni di chi compie un'attività soggetta a regime di diritto amministrativo, senza averne titolo. Il primo comma dell'art. 21, invece, sanziona le dichiarazioni mendaci precludendo la possibilità di rimediare al s.a. o alla s.c.i.a. mal formati e assoggettando chi le compie alle pene previste per il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico. Pertanto, sembra doversi sostenere che le dichiarazioni mendaci non avessero un particolare rilievo, quanto alla formazione del s.a., rispetto all'inesistenza dei presupposti che vengono, loro tramite, inveritariamente dichiarati come sussistenti. Viceversa pare che, mancando i presupposti di *legittimità* e sussistendo anche le dichiarazioni mendaci, alle sanzioni previste dal secondo comma, dovessero aggiungersi le conseguenze ulteriori previste dal primo.

²² FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1997, 139 s.

15. — Oggi si può verosimilmente affermare che questi problemi sistematici, insieme alle incertezze giurisprudenziali e alle difficoltà funzionali appena rammentate, siano venuti meno, in ragione dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241.

Poiché non può più affermarsi che, nei casi di s.c.i.a. e di s.a., chi agisca, mancando i requisiti di *legittimità* delle figure sostitutive di provvedimento, sia esposto alle stesse sanzioni previste per chi agisca senza titolo alcuno, è consequenziale sostenere, infatti, che i medesimi requisiti e presupposti siano usciti dal novero degli elementi essenziali e costitutivi di dette figure.

Secondo la costruzione che sopra è stata proposta, la loro assenza, dunque, si riduce ad essere quella di fattore che consente il legittimo esercizio del potere di autotutela. Quest'ultimo (se si vorrà conclusivamente di sintetizzare i risultati raggiunti dalla medesima costruzione) si sostanzia in un atto eliminativo della fonte di rilevanza indiretta di produzione giuridica che è propria della s.c.i.a. o del s.a., intesi quali fatti giuridici in senso stretto o, seguendo una diversa terminologia, come fattispecie giuridica presupposta per l'efficacia della legge. Perciò, la stessa s.c.i.a. e lo stesso s.a., in quanto esistenti, pur in mancanza dei presupposti di legittimità, sono in grado di consentire alla legge di produrre gli effetti provvedimentali, esattamente come avviene quando i presupposti esistono.

16. — Con tutto ciò, non ogni problema sistematico, inerente le complesse figure del s.a. e della s.c.i.a., può ritenersi risolto.

Di uno, ugualmente di un certo rilievo, si vuole dar cenno.

Una volta affermato che il s.a. e la s.c.i.a. non sono un provvedimento, ma sono un fatto giuridico in senso stretto e una volta affermato che gli effetti abilitativi sono prodotti direttamente dalla legge, indipendentemente dal fatto che sussistano o no i presupposti di legittimità del provvedimento esplicito che viene ad essere così sostituito, non è difficile comprendere qual sia la vera natura del loro *annullamento*.

La mancanza dell'atto amministrativo esplicito non descrive solo un diverso modo di produzione degli effetti giuridici abilitativi.

La medesima circostanza, infatti, sottintende anche che, ivi, manca un qualsiasi comportamento dell'amministrazione valutabile in termini di illegittimità o di illegittimità in senso proprio. Difetta, cioè, la possibilità di ravvisare un contegno dell'amministrazione al quale riferire un giudizio di approvazione o di riprovazione da parte dell'ordinamento.

Secondo quanto è già stato anticipato, poiché gli effetti del s.a. e della s.c.i.a. derivano direttamente dalla legge, si deve escludere, di per sé, che quella

produzione giuridica sia antiggiuridica. Perché non può essere illegittimo ciò che deriva dalla legge stessa.

Ne deriva che che l'*annullamento* della s.c.i.a. non è conseguenza di alcuna valutazione sull'illegittimità del fatto o dei suoi effetti.

Se così è, si deve allora concludere che il medesimo *annullamento* è sempre esercizio di c.d. amministrazione attiva, a sua volta da ravvisarsi nel fatto che è la legge stessa ad operare a favore dell'amministrazione una sorta di sostanziale *delega*, affinché possano cadere gli effetti già prodotti dalla legge stessa, quando questi non avrebbero potuto venire legittimamente in essere, se fosse stato emanato un provvedimento esplicito.

In effetti, affermare che l'*annullamento* agisce eliminando il rilievo di fonte indiretta degli effetti giuridici di un dato fenomeno storico è cosa che si limita a spiegare il funzionamento dell'istituto, ma non la sua funzione.

Tale conclusione, se non crea particolari difficoltà di inquadramento quando a pronunciare l'*annullamento* sia l'amministrazione, si rivela problematica quando la misura sia il risultato di una pronuncia del giudice amministrativo.

I rilievi in merito all'inesistenza di un vero e proprio comportamento anti-giuridico dell'amministrazione valgono, infatti, anche in questo secondo caso, cosicché non può sostenersi che il giudice, quando sia investito di una domanda di un tal senso, sia chiamato a ripristinare la legalità violata.

Ciò suggerisce che anche il giudice, quando pronuncia l'*annullamento* del s.a., eserciti una funzione, sostanzialmente, di amministrazione attiva, sia pure sul presupposto di un'introdotta lite.

Di talché, vi è da interrogarsi se, nel caso, il giudice non sia titolare, oltre che della giurisdizione esclusiva, anche di una sorta di giurisdizione di merito, essendo in grado di sostituirsi in una funzione derogatoria della legge assegnata all'amministrazione. Vi è da interrogarsi, altresì, sull'opportunità di una previsione di legge che – consentendo al giudice di *annullare* – introduca, in concreto, un'ulteriore eccezione al principio di divisione dei Poteri dello Stato²³.

²³ Una soluzione, eventualmente da valutarsi, potrebbe essere quella di introdurre, anche per il caso del s.a., un sistema di tutela giurisdizionale simile a quello attualmente vigente nei confronti della s.c.i.a. Il che si potrebbe attuare prevedendo che il soggetto terzo, il quale sia risultato leso dal s.a. *illegittimo*, abbia l'onere, entro un precostituito termine di decadenza, di chiedere all'amministrazione di *autoannullare* il silenzio stesso, con l'implicito presupposto che, nei riguardi di tale domanda, la stessa autorità amministrativa abbia il dovere di rendere risposta e che, nel prendere la decisione, essa sia chiamata a sindacare la mera *illegittimità* del silenzio, senza dar rilievo ad eventuali interessi pubblici o privati contrapposti. Con la conseguenza che, ove l'amministrazione non provveda sulla domanda di *annullamento*, risulterà esperibile l'azione sul silenzio; ove, invece, essa risponda negando illegittimamente la misura richiesta, si potrà esperire l'ordinaria tutela di annullamento del diniego.

Benché la riforma dell'agosto del 2015 non abbia contribuito a chiarire questi ulteriori aspetti, non di meno non ne vanno sottovalutati i riflessi positivi, giacché essa ha contribuito a por fine ad altri, non meno gravi, problemi, potenzialmente forieri d'incertezza nell'applicazione del diritto.

Della qual cosa – una volta tanto – al legislatore occorre rendere merito.