GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

«*In interpretatione non fit claritas*»: sulla duplice (anzi triplice) esegesi pretoria in materia di silenzio assenso ex art. 17 *bis* l. n. 241/1990 e parere paesaggistico soprintendentizio

Nota a T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 02 novembre 2022, n. 2896

di **Gianluigi Delle Cave**

18 gennaio 2023

Sommario: 1. La vicenda – 2. Le questioni: caratteristiche del parere soprintendentizio e silenzio assenso tra P.A. – 3. Il primo orientamento pretorio: sulla inapplicabilità "assoluta" del silenzio assenso – 3.1. *(Segue)* il parere soprintendentizio alla prova (negativa) del silenzio assenso tra P.A. – 4. Il secondo orientamento: gli ostacoli "procedimentali" all'applicazione dell'art. 17 *bis* – 5. Il terzo orientamento: applicabilità del silenzio assenso "senza lacci e lacciuoli" – 6. Conclusioni

1. La vicenda

La *querelle* sull'annosa questione dell'applicabilità dell'istituto del c.d. "silenzio assenso" tra amministrazioni, di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio"), non accenna a terminare.

Costituiscono espressione di tale – attualissima – disputa pretoria (ma anche dottrinale) pure alcune recenti pronunce, in commento, dei giudici amministrativi campani (*i.e.* T.A.R. Napoli**[1]** e T.A.R. Salerno**[2]**); sentenze che offrono al giurista-lettore diversi, interessanti, spunti di riflessione, non solo quanto agli effettivi (diversi) orientamenti giurisprudenziali articolatisi sul punto ad oggi, ma anche quanto alle ricadute "pratiche" che dette pronunce portano con sé.

Ed infatti, fermo restando quanto meglio si dirà nel seguito, in merito all'applicabilità del meccanismo del silenzio assenso**[3]** – di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 – all'autorizzazione paesaggistica disciplinata dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, ciò che emerge *de plano* dalle due sentenze in commento è la presenza di un articolato contrasto nella giurisprudenza amministrativa, laddove sono riscontrabili due, se non addirittura tre, orientamenti.

Comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l'art. 17 *bis* si attaglia ai soli procedimenti c.d. "orizzontali", ossia con fase decisoria pluristrutturata. La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di un potere decisorio sostanziale. Al contrario, nel caso in cui un'amministrazione abbia un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l'istanza all'altra amministrazione, unica decidente, la decisione risulta mono-strutturata e il beneficiario del provvedimento va individuato nel solo soggetto privato (procedimento c.d. "orizzontale").

Si discute, invece, *ex aliis*, sulla concreta applicabilità del meccanismo stesso del silenzio assenso tra amministrazioni alla fattispecie in commento, che, come noto – e a seguire l'orientamento pretorio "prevalente" sul punto – si inserisce all'interno del procedimento di "co-gestione" dell'istruttoria ed è applicabile esclusivamente nei rapporti che intercorrono tra amministrazione "procedente" all'adozione di un provvedimento definitivo e quelle competenti a rendere "assensi, concerti o nulla osta" al fine dell'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi nei confronti di una terza amministrazione, come l'atto di autorizzazione

paesaggistica rilasciato dalla Regione e dalla Soprintendenza di cui al succitato art. 146.

2. Le questioni: caratteristiche del parere soprintendentizio e silenzio assenso tra P.A.

L'attuale formulazione dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 rende centrale il ruolo della Soprintendenza, muovendo dalla considerazione della "supremazia" del paesaggio, in particolar modo qualora venga in conflitto con altri valori. In particolare, l'oggetto e l'ampiezza dell'intervento del Soprintendente si deduce dal tenore del comma 8 dell'art. 146: si tratta di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito tecnico-discrezionale**[4]**. Il Soprintendente si esprime circa la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo insieme nonché sulla conformità di tale intervento con le previsioni del piano paesaggistico e/o con quelle dell'art. 140 del codice, entro il termine di 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti. Più nel dettaglio, nell'ipotesi di cui al comma 8, il parere del Soprintendente assume la natura di atto decisorio o meglio di "atto di codecisione"**[5]** e ha natura vincolante, pertanto l'amministrazione procedente non potrà disattenderlo, salva l'ipotesi in cui risulti che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati**[6]**. Nonostante i plurimi interventi del legislatore sulla normativa *de qua* – con il decreto c.d. "Sblocca Italia" e con la c.d. "legge Madia" **[7]** – restano, tutt'oggi, irrisolte alcune questioni fondamentali relative alle funzioni della Soprintendenza, vale a dire (i) l'effetto dell'inerzia del Soprintendente e (ii) la possibilità di prescindere dal relativo parere**[8]**.

Orbene, secondo una prima ricostruzione interpretativa, la Soprintendenza conserverebbe il potere consultivo; pertanto, il parere tardivo avrebbe comunque natura vincolante, se intervenuto prima della conclusione del procedimento (risultando altrimenti legittimo ma *inutiliter* dato). L'inerzia della Soprintendenza, quindi, avrebbe il solo effetto di consentire all'amministrazione competente di concludere il procedimento senza dover attendere il parere **[9]**. In base ad un secondo orientamento, il parere tardivo perderebbe il carattere vincolante, diventando autonomamente valutabile tra i materiali istruttori dall'amministrazione competente sull'autorizzazione; il silenzio avrebbe quindi un effetto devolutivo, comportando l'assunzione del pieno potere decisorio sulla istanza di autorizzazione in capo alla regione o all'ente delegato **[10]**. Infine, in base ad una terza opzione, il decorso dei 45 giorni determinerebbe la consumazione del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere**[11]**.

L'opinione prevalente in giurisprudenza è la seconda[12], in base alla quale, scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza, è da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante, statuendosi peraltro che la decorrenza del termine non ne impedisce comunque *tout court* l'espressione[13]. Sul punto, pare opportuno rilevare, però, che l'art. 16 della l. n. 241/1990 – nel dettare una disciplina generale di semplificazione dei pareri e nel prevedere una forma di semplificazione, in caso di pareri obbligatori non resi nel termine previsto[14] – esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione quelli resi da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela paesaggistica[15]. La *ratio* dell'eccezione alla regola generale della "prescindibilità" risiede nel fatto che si tratta di valori di assoluta preminenza, la cui tutela costituisce un limite alla piena applicazione degli istituti di semplificazione amministrativa[16].

In tale contesto, dunque, si inserisce la disposizione di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Il dibattito si sposta, quindi, sulla portata generale della previsione del silenzio assenso tra amministrazioni, sancito dalla norma sopra richiamata, che coinvolgerebbe, altresì, il parere della Soprintendenza nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica[17]. Applicabilità, si badi, comunque in controtendenza rispetto: (i) alla giurisprudenza della Corte costituzionale[18], che ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico opera il principio fondamentale della necessità di pronuncia esplicita, non potendo avere il silenzio della P.A. valore di assenso; (ii) del Consiglio di Stato, che ha rilevato più volte l'«*indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della repubblica, il che comporta che la sua cura faccia eccezione, se in conflitto con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione amministrative*»[19].

Ebbene, come detto in premessa, proprio su detta applicabilità del meccanismo del silenzio assenso sussiste un articolato contrasto nella giurisprudenza amministrativa, laddove sono riscontrabili due, se non addirittura tre, orientamenti, di seguito succintamente esaminati.

3. Il primo orientamento pretorio: sulla inapplicabilità "assoluta" del silenzio assenso

Giova premettere, in sintesi, che il filone negativo all'operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento "mono-strutturato", essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e

non della P.A. procedente.

In sostanza, secondo il primo orientamento giurisprudenziale (a cui aderisce la Sezione II del T.A.R. Campania, Salerno, con la sentenza in commento)[20], il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza, all'interno del procedimento di autorizzazione paesaggistica, è meramente interno, ossia finalizzato a "co-gestire" non la fase decisoria, ma quella istruttoria. Viene rimarcata, inoltre, l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, atteso che il parere è «*atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica*», in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica «*deve essere* [...] *tecnico e proprio del caso concreto*». Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace. Esso però non vincola la P.A. procedente, alla quale «*tocca tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici*»; ciò pure in virtù del disposto di cui al comma 9 dell'art. 146 cit., norma che istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso[21].

In sostanza, secondo tale esegesi pretoria, non può ritenersi mai formato il silenzio assenso *ex* art. 17 *bis*, comma 2, della l. n. 241/1990 da parte della Soprintendenza, poiché tale meccanismo vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "procedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione e Soprintendenza)[22]. Ed infatti, i giudici amministrativi enfatizzano il fatto che l'istituto del silenzio assenso di cui sopra non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influendo soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*, con la conseguenza che l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente.

In merito, pare doveroso premettere che l'art. 17 *bis* l. n. 241/90, inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo dalla l. n. 07 agosto 2015 n. 124 (c.d. "legge Madia"), ha generalizzato il silenzio assenso[23] tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi ed amministrativi che prevedano atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. La disposizione prevede che tali atti di assenso debbano intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi vanamente trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione da parte dell'amministrazione procedente[24]. Il previsto termine è

suscettibile di una unica interruzione nei casi in cui vengano rappresentate nel termine stesso esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nel procedimento, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunto dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri**.** Ai sensi del comma 3, dell'art 17 *bis* cit., detto silenzio trova espressa applicazione anche nel caso in cui l'atto di assenso sia richiesto ad una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini**[25]**. In tali casi l'unica mitigazione è rappresentata dalla previsione di un termine maggiore, pari a novanta giorni, salvi i termini diversi previsti da disposizioni di legge o dai provvedimenti di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990.

L'articolo in esame, nella sostanza, stabilisce che, se una pubblica amministrazione deve acquisire "assensi, concerti o nulla osta" da parte di altra amministrazione, quest'ultima dispone di un termine di trenta giorni per formulare la propria risposta, decorso il quale la richiesta viene considerata accolta (e quindi "assensi, concerti o nulla osta" considerati acquisiti). Il tenore letterale della norma induce a ritenere che essa si applichi esclusivamente alle ipotesi in cui tali "assensi, concerti o nulla osta" siano prescritti per legge o regolamento; in altri termini, la disposizione è certamente rivolta ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. "pluristrutturati", intendendo con questa espressione tutti quei provvedimenti che sono espressione di più volontà espresse da diverse amministrazioni.

L'articolo in commento attiene, poi, esclusivamente al silenzio assenso tra P.A. mentre il silenzio dell'amministrazione procedente nei procedimenti ad istanza di parte continua ad essere regolato dall'art. 20 della l. n. 241/1990, il cui comma 4, come noto, esclude dalla generalizzazione del silenzio significativo gli atti ed i procedimenti riguardanti, tra gli altri interessi sensibili menzionati, il patrimonio culturale e l'ambiente**[26]**.

Una delle questioni più discusse, connesse con tale istituto, concerne l'operatività del meccanismo di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni nei casi in cui vengano in rilievo proprio interessi pubblici primari**[27]**.

Sul tema si sono confrontate in dottrina due posizioni opposte**[28]**: da un lato vi è chi ha denunciato i gravi rischi connessi alla disciplina dell'art. 17 *bis* che avrebbe gravemente indebolito la tutela di beni ed interessi primari (quali, l'ambiente, i beni culturali, la salute) senza peraltro prevedere alcun adeguato intervento compensativo**[29]**; dall'altro lato, vi è chi ha invece salutato con favore la disciplina ed escluso i paventati rischi per la tutela effettiva degli interessi sensibili**[30]**.

In merito, la giurisprudenza costituzionale ed europea si è più volte espressa sulla necessità che, qualora vengano in gioco interessi pubblici primari, l'Amministrazione preposta all'emanazione del provvedimento finale, compia una completa istruttoria, al fine di garantire la tutela dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento[31]. In particolare, in ambito paesaggistico, muovendo proprio dalla considerazione che la tutela dell'ambiente e della salute trovino un esplicito riferimento nel testo costituzionale e che questo implichi che «*sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi e per evitare danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati*»[32], la Corte ha costantemente affermato che «*opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'Amministrazione non può avere valore di assenso*»[33].

Diversamente da tale indirizzo, con riferimento all'applicabilità del silenzio *de quo* anche in materie sensibili, si è espresso l'indirizzo giurisprudenziale qui esaminato[34]. Innanzitutto, secondo tale orientamento, il silenzio assenso in esame introduce un "nuovo paradigma" nei rapporti tra amministrazioni pubbliche, operando in una duplice prospettiva di semplificazione [35]. Da un lato, la norma incide sui tempi del procedimento amministrativo (fissando il termine in trenta giorni, salva l'ipotesi degli interessi primari); dall'altro, equipara l'inerzia ad un atto di assenso, che consente all'amministrazione procedente di assumere la decisione finale. Tale istituto si basa su di una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, che viene stigmatizza «*al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione il più efficace dei rimedi, che si traduce, nell'equiparazione del silenzio della P.A. ad un provvedimento di accoglimento*»[36]. In ragion di ciò, il silenzio assenso si sostanzia, per le pubbliche amministrazioni, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Sull'ambito applicativo (soggettivo e oggettivo) di tale silenzio, si è poi affermato: (i) con riferimento al piano soggettivo, l'applicabilità del nuovo istituto anche a Regioni ed enti locali, oltre che agli organi politici 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, rilevando, in buona sostanza, la natura dell'atto da adottare (amministrativo o normativo), non la natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza "interna" nell'ambito della pubblica Amministrazione che di volta in volta viene in considerazione; (ii) con riferimento all'ambito applicativo oggettivo della norma, esso sarebbe

applicabile a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra Amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso. Ed infatti, «*il silenzio assenso "orizzontale" previsto dall'art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto*»**[37]**. Con riferimento all'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili, secondo i giudici amministrativi, dovrà quindi essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'Amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto, in tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale per cui troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili).

In sintesi, il silenzio assenso "*inter*-amministrativo" si inserisce in una fase procedimentale anteriore rispetto a quella tipica del silenzio assenso *ex* art. 20: l'istituto dell'art. 17 *bis* inerisce, infatti, alla fase finale dell'istruttoria procedimentale e, per questo, rappresenta una forma di silenzio endoprocedimentale non destinato a produrre effetti esteriori diretti. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'Amministrazione preposta alla loro cura. Quanto alla successiva fase decisoria, anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente.

3.1. *(Segue)* il parere soprintendentizio alla prova (negativa) del silenzio assenso tra P.A.

Ebbene, con riferimento all'effettiva applicabilità dell'istituto sopra descritto all'autorizzazione paesaggistica, quest'ultima è il frutto di quella che viene definita dalla dottrina in termini di "cogestione del vincolo paesaggistico", affidata ai poteri concorrenti di Stato e Regioni (e, per esse, alle amministrazioni eventualmente delegate), il cui esercizio porta ad una fattispecie co-decisoria che, sulla base di una proposta motivata di accoglimento, viene in essere con il concorso di due atti distinti, il parere vincolante della Soprintendenza ed il consenso espresso dall'autorità competente al rilascio del provvedimento. A tal proposito, si ribadisce ancora una

volta come, *ab origine*, non sia stata accolta con favore l'operatività del silenzio ex art. 17 *bis* cit. nel caso in cui l'atto di assenso fosse richiesto ad un'amministrazione preposta alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale; ciò con particolare riferimento al silenzio serbato dalla Soprintendenza chiamata a rendere il parere sulla proposta di provvedimento predisposta dalla Regione (o dall'ente da questa delegato). Come rilevato dalla dottrina, infatti, l'applicabilità dell'istituto in esame «*appare sicuramente più proporzionata e ragionevole se rapportata alle fattispecie di lieve entità individuate dal regolamento* [il riferimento è al d.P.R. n. 31/2017**[38]**], *piuttosto che con riguardo alle fattispecie assoggettate ad autorizzazione paesaggistica c.d. ordinaria*»**[39]**.

Ebbene, muovendo dalle conclusioni di tale indirizzo giurisprudenziale, vale la pena evidenziare come l'art. 146, ai commi 8, 9 e 10, stabilisce che se la Soprintendenza non rende entro sessanta giorni il proprio parere, può prescindersi dallo stesso e l'autorità procedente è tenuta ugualmente a concludere il procedimento nei successivi venti giorni, decorsi inutilmente i quali l'interessato può richiedere alla Regione o ad altro ente competente il rilascio dell'autorizzazione in via sostitutiva.

Pertanto, rispetto al meccanismo di superamento degli arresti procedimentali, l'attribuzione del valore di assenso all'inerzia della Soprintendenza, *ex se* non ostativa alla conclusione del procedimento, non presenta alcuna attitudine acceleratoria ulteriore. Nel sistema delineato dall'art. 146, in buona sostanza, l'inadempimento della Soprintendenza non possiede alcun significato sostanziale ma, al più, un effetto procedimentale-devolutivo: ed infatti, «*da un lato, l'onere istruttorio ricade interamente sull'autorità procedente, chiamata ad adottare, con congrua motivazione, il provvedimento conclusivo; dall'altro, il parere tardivamente rilasciato non è privo di rilevanza giuridica, potendosi al più discutere sul carattere vincolante o meno dello stesso*»**[40]**. Con l'applicazione dell'art. 17 *bis*, invece, il silenzio della Soprintendenza sarebbe assimilato *tout court* a un parere favorevole sulla proposta di provvedimento, sganciato quindi da una effettiva istruttoria o valutazione dell'impatto paesaggistico del progetto**[41]** e rimovibile solo in autotutela, ove ne ricorrano i presupposti e nel rispetto dei limiti evidenziati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016**[42]**.

Inoltre, l'attribuzione di un valore legale tipico di assenso a un evento di per sé neutro, quale il decorso di un intervallo di tempo, «*rischia di causare una indebita commistione tra durata del procedimento e contenuto del provvedimento*»**[43]**. Infatti, più che l'interesse alla certezza e celerità dei tempi, le conseguenze applicative dell'istituto appaiono volte a soddisfare l'interesse sostanziale del richiedente all'ottenimento del titolo autorizzatorio, con conseguenze

faticosamente ammissibili sul piano della tutela paesaggistica: se da un lato, alla luce delle diverse complessità organizzative, la probabilità che diversi sub-procedimenti di competenza ministeriale si definiscano per silenzio non è remota, dall'altro, il *favor* per l'assenso diminuisce considerevolmente il livello di "restrittività" della tutela, ponendosi in netto contrasto con la logica precauzionale a essa sottesa.

Ebbene, i giudici amministrativi, pure nella sentenza in commento (n. 2896/2022), pur non smentendo in maniera *tranchant* l'orientamento secondo cui il meccanismo del silenzio assenso operi anche nel caso di rilascio di autorizzazione paesaggistica *ex* art. 146 del d.lgs. n. 42/2004**[44]** , ne specificano e delimitano la portata: il silenzio assenso di cui all'articolo 17 *bis* influisce, quindi, solo sulla fase decisoria del procedimento, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* a seguito del quale l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito di detta istruttoria, a elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente. Le esigenze di completezza dell'istruttoria, dunque, in quanto non incise dalla formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis* cit., non potrebbero essere invocate per limitare l'applicazione del relativo istituto.

In sostanza, il silenzio assenso ex art. 17 *bis* della l. n. 241/90: (i) non riguarderebbe la fase istruttoria del procedimento amministrativo (che resta regolata dalla pertinente disciplina positiva), influendo soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*; (ii) non potrebbe comunque essere inteso come un sacrificio (necessitato, in ragione delle esigenze di tempestivo esercizio del pubblico potere) in danno dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione silente.

In altri termini, il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, solleciterebbe una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti in sede procedimentale. In particolare, una volta conclusa l'istruttoria e definito lo schema di provvedimento da porre a base della successiva fase decisoria, occorre che: da un lato, l'Amministrazione interpellata agisca tempestivamente, manifestando prontamente le proprie perplessità sullo schema di provvedimento ricevuto, rappresentando eventuali esigenze istruttorie o adottando espressamente il proprio avviso su quanto richiesto; dall'altro, l'Amministrazione procedente valuti comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione interpellata in ipotesi rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis*, una decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita

considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito.

In tale maniera si assicura non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'Amministrazione interpellata.

4. Il secondo orientamento: gli ostacoli "procedimentali" all'applicazione dell'art. 17 *bis*

Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili all'art. 17 *bis*, è stato assunto in via pretoria più recentemente (si veda, su tutte, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098)**[45]**.

In particolare, tale "via" pretoria nega che esistano ragioni di natura sostanziale per respingere il fatto che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis*, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento "principale" sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «*che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disegnata dall'art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17 bis*».

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in commento, l'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria è, viceversa, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui l'amministrazione competente", cioè la regione o l'ente delegato, "provvede comunque": dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato**[46]**.

Ora, secondo tale orientamento, se presupposto all'art. 146, comma 9, cit. vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 *bis*, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche il tal caso l'amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi.

Tanto, induce a ritenere che «*il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"*».

Ciò nondimeno, i giudici amministrativi hanno osservato che, dal punto di vista pratico, cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso *ex* art. 17 *bis*, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza**[47]**.

Tuttavia, l'amministrazione procedente, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un "ripensamento" e, quindi, potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo. Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza.

L'orientamento in questione esprime, poi, pure ulteriori considerazioni quanto alle fattispecie di silenzio assenso per le opere minori, di cui all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31/2017**[48]**. In tale ipotesi, in sintesi, la formazione del silenzio assenso "endoprocedimentale" si verificherebbe solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla "amministrazione procedente", rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo. Di conseguenza, il silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, del d.P.R. cit. deve ritenersi impedito dal fatto che la Soprintendenza, prima che si formi il silenzio assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della Soprintendenza), notifichi motivi ostativi all'accoglimento ai sensi dell'art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l'obbligo per il Soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso dal Soprintendente.

Pertanto, in sintesi:

> se il parere negativo definitivo del Soprintendente pervenga entro il termine indicato dall'art. 11, comma 7, sarà vincolante per l'amministrazione procedente;
> se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della Soprintendenza, e

a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto;
il parere tardivo emesso dalla Soprintendenza, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del D.P.R. n. 31/2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi, quando sia stato preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali – come detto – impediscono la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio assenso;
il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del Soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio assenso *ex* art. 17 *bis*.

5. Il terzo orientamento: applicabilità del silenzio assenso "senza lacci e lacciuoli"

Esiste, infine, un terzo orientamento pretorio (richiamato pure dalla Sezione VII del T.A.R. Campania, Napoli, nella seconda sentenza in commento**[49]**), di segno positivo "senza condizioni" all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso al parere della Soprintendenza**[50]**, che muove dalla considerazione per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluristrutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

A tali pareri, si applicherebbe pertanto l'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 *bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso**[51]**.

Ed infatti, si chiarisce nella seconda sentenza in commento che – sul piano generale – qualora la richiesta di assenso non promani dal privato, bensì afferisca ai rapporti orizzontali tra pubbliche amministrazioni, «*il legislatore ha tracciato un istituto molto semplificato che consente espressamente la formazione del silenzio assenso, entro il termine definito dalla normativa di settore, ovvero, in mancanza di diversa previsione, in novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente; decorso siffatto termine senza che sia stato comunicato*

l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito». In buona sostanza, secondo tale orientamento giurisprudenziale, la formazione di atti di assenso per *silentium* costituisce istituto in "diretta funzione" dell'efficiente esercizio del pubblico potere[52], con il precipuo scopo di evitare che, ove il procedimento debba concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata implicante un accordo tra più Amministrazioni codecidenti, la condotta inerte dell'Amministrazione interpellata possa produrre un arresto del procedimento, impedendo la tempestiva adozione della determinazione conclusiva[53].

Muovendo dal dato normativo applicabile, in particolare, l'orientamento pretorio in esame evidenzia che, il parere in esame costituisce espressione di "cogestione attiva" del vincolo paesaggistico, nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza. Se così è, ad esso ben si attaglierebbero le argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere n. 1640/2016 cit., secondo cui:

> l'art. 17 *bis* opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata (nel senso che la decisione finale da parte dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione), per i quali il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato *ope legis* a un atto di assenso e consente all'amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo;
>
> l'art. 17 *bis* è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris*, abbia valenza codecisoria. In base a tali considerazioni, deve, allora, ritenersi che la disposizione sia applicabile anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 241 del 1990. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'amministrazione preposta alla loro cura;
>
> l'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dev'essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto.

Orbene, configurandosi come ipotesi di "cogestione attiva" del vincolo paesaggistico, il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientrerebbe a pieno titolo tra le decisioni pluristrutturate, nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

Esso è dunque reso nell'ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l'una proponente e l'altra deliberante. Inoltre, l'espressa qualificazione in termini provvedimentali, data dal legislatore al parere ("in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241")**[54]**, rende concepibile che su di esso possa formarsi il silenzio assenso**[55]**.

L'indicato rapporto pubblico intersoggettivo, poi, non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione procedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell'autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare**[56]**. Né va confuso con la decisione "monostrutturata" – rinvenibile, ad esempio, nei casi di gestione di pratiche tramite SUAP -, dove l'amministrazione procedente assume un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati.

Infine, verso l'applicabilità dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990 al parere *ex* art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, deporrebbe anche l'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, che recita: "in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica". È evidente come la suddetta norma, di rango regolamentare, non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria, così da trasformare, sia pur nell'ambito di un regime semplificato, un rapporto verticale concepito dalla legge come "monostrutturato" (cui non è applicabile l'art. 17 *bis*) in un rapporto orizzontale "pluristrutturato" (cui è applicabile l'art. 17 *bis*)**[57]**.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, è doveroso evidenziare, in primissima battuta, come le esigenze di accelerazione dell'azione amministrativa (favorite e incentivate anche attraverso l'applicazione di istituti come quello del silenzio assenso tra P.A.) non possono frustrare, *tout court*, alcune garanzie minime a tutela di interessi particolarmente sensibili, come quelli inerenti

alla salvaguardia del paesaggio[58]. Proprio con riferimento a questi ultimi, poi, è lo stesso legislatore ad aver individuato un equo punto di stabilità fra la tutela di un valore di rilievo costituzionale (la tutela del paesaggio) e l'esigenza – ugualmente rilevante anche ai fini costituzionali – di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i poteri della Soprintendenza debbano essere esercitati entro un termine sicuramente congruo ma allo stesso tempo certo e non superabile[59].

Ancora, circa l'applicabilità degli strumenti di semplificazione amministrativa – tra cui certamente rientra l'istituto del silenzio tra amministrazioni *ex* art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 – alla fattispecie qui esaminata, pare doveroso evidenziare come il concetto stesso di "semplificazione" implica *ex se* lo snellimento e l'alleggerimento delle forme di esercizio del potere, eliminando superflue duplicazioni o sovrapposizioni delle fasi procedimentali attribuite a sfere di competenza differenti (o ad amministrazioni diverse) per la soluzione del c.d. "problema amministrativo" . Se è vero, quindi, che la semplificazione si traduce in uno strumento atto alla realizzazione di quel cristallino principio di buon andamento della P.A. (ai sensi dell'art. 97 Cost.) e dei connessi valori di efficacia ed efficienza dell'azione pubblica, ciò non implica, tuttavia, che sia possibile prevedere aprioristicamente tutti i casi in cui detta semplificazione possa ritenersi adeguata e soddisfacente[60].

Nella prospettiva dell'art. 17 *bis* cit., il ragionamento da applicarsi deve contemperare due considerazioni di natura divergente: da un lato, la generale estensione del silenzio assenso alle P.A. anche nelle materie sensibili (come il paesaggio) rappresenta certamente un passaggio importante, dal momento che è proprio in tali settori che l'inerzia amministrativa sembrerebbe avere un maggiore impatto (nonostante la palese delicatezza degli interessi in gioco); dall'altro, la supremazia di alcuni interessi pubblici rende quantomeno doveroso un effettivo bilanciamento e una certosina ponderazione con altri interessi rilevanti[61].

A ciò si aggiunga che la recente riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.[62] – checché relativa all'introduzione della tutela dell'ambiente come principio fondamentale della Repubblica – pare proprio rimarcare, in chiave ermeneutica, che l'ambiente, così come il paesaggio stesso, non possano essere considerati come una mera *res* quanto, piuttosto, come valori primari costituzionalmente protetti (*rectius*, "tutelati")[63]; valori, quindi, che non possono essere salvaguardati mediante il semplice silenzio, ma devono trovare sempre un meccanismo normativo che preveda un soggetto istituzionalmente preposto che valuti se vi siano o meno conseguenze pregiudizievoli (si veda, non a caso, anche la "nuova" gerarchia dei valori all'interno delle restrizioni apponibili alla libertà di impresa *ex* art. 41 Cost., ove i limiti di

"ambiente" e "salute" sono chiaramente anteposti a quelli già vigenti[64]). Se da un lato, quindi, la ricaduta della suddetta novella sulla sfera dell'attività amministrativa è certamente l'ineluttabilità di un confronto – paritario, puntuale e nel merito ("contesto fisico per contesto" [65]) – degli e sugli interessi sensibili in gioco, dall'altro pare comunque che i "rimarcati" principi fondamentali di tutela dell'ambiente (e del paesaggio) non possano essere sacrificati sull'altare dei meccanismi di silenzio assenso, a maggior ragione se ci si basa sul mero tenore delle disposizioni normative in sé considerate e non sulle conseguenze che possono derivare dalla loro applicazione (*i.e.* l'effetto "pratico" contrastante con i principi costituzionali[66]).

Orbene, alla luce di quanto sopra detto, una possibile soluzione al problema applicativo (e interpretativo) dell'istituto del silenzio assenso al procedimento di autorizzazione paesaggistica potrebbe essere quella di riaffermare il valore di "inadempimento" collegato al silenzio della Soprintendenza, superando l'infelice coordinamento con le previsioni di cui all'art. 17 *bis* cit. Ciò in aggiunta ad una più puntuale definizione del perimetro di efficacia del parere tardivamente rilasciato, attraverso il riconoscimento esplicito allo stesso di una – certamente circoscritta e delimitata – valenza, così sottraendolo, peraltro, all'applicazione della scure dell'inefficacia sancita dal neo comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990[67]. In tal caso, però, il silenzio assumerebbe un carattere quasi "devolutivo"[68], con conseguente responsabilizzazione dell'autorità procedente nell'assunzione della decisione finale e incentivazione della stessa all'utilizzo del parere adottato tardivamente, soprattutto se di segno contrario al progetto autorizzando o recante prescrizioni[69].

In definitiva, date le perimetrate remore di cui sopra (in particolare quelle riferite al contesto costituzionale), non parrebbe applicabile *tout court* il disposto di cui all'art. 17 *bis* al procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, nemmeno se "limitato" alla sola pronuncia del parere della Soprintendenza[70]; diversamente, in caso di inerzia del Comune e l'inutile decorso del termine finale di conclusione del procedimento, e dunque del rapporto "verticale" verso il privato, ben si potrebbe configurare un'ipotesi di silenzio inadempimento, ricorribile *ex* art. 117 c.p.a.

Soluzione, quest'ultima, che sembrerebbe tutelare sia le esigenze di accelerazione procedimentale che di tutela del bene paesaggistico, sia la certezza del diritto e la sua uniforme applicazione.

[1] Ossia T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303, in *giustizia-amministrativa.it*. In sintesi, la vicenda trae origine dall'impugnazione, da parte del proprietario di un'area sita nel Comune di Lettere, del complesso procedimento di approvazione, previa variante urbanistica semplificata, dei lavori per la realizzazione di opere di completamento e adeguamento dello spazio antistante l'impianto sportivo comunale e di un parcheggio scambiatore a servizio del campo sportivo in Località Fuscoli. Per quanto qui di interesse, il ricorrente, con due ricorsi distinti (r.g. n. 674/2021 e r.g. n. 3819/2021), ha censurato, *ex aliis*: (i) l'adozione della variante urbanistica comunale, evocando plurimi vizi di violazione delle norme di pianificazione; (ii) l'approvazione definitiva del progetto (ed approvazione della variante semplificata), prospettando altrettanti vizi di violazione di legge; (iii) la mancanza di verifica di conformità con il PUT dell'Area Sorrentino Amalfitana, per violazione dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990 in tema di formazione del silenzio assenso e per contrasto con la zonizzazione prevista in luogo di quella necessaria; (iv) la mancanza del titolo paesaggistico (non essendosi formato il provvedimento silenzioso). Anticipando quanto meglio si dirà nel seguito, il TAR ha accolto le doglianze del ricorrente proprio con specifico riferimento alla mancata formazione del silenzio assenso tra P.A. (considerato comunque applicabile alla materia in esame), in quanto l'Amministrazione non ha efficacemente provato il rispetto delle condizioni per la configurazione della decisione silenziosa.

[2] Si tratta di T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 02 novembre 2022, n. 2896, in *giustizia-amministrativa.it*. In breve, la vicenda trae origine dall'impugnazione: (i) di un diniego di autorizzazione paesaggistica, adottato dal Comune di Castellabate, sull'istanza depositata dal ricorrente, ai fini della realizzazione di un intervento di ristrutturazione edilizia con demolizione e ricostruzione ed ampliamento volumetrico del 35%; (ii) del presupposto parere

contrario reso dalla Soprintendenza ai beni paesaggistici delle Province di Salerno ed Avellino. Nel caso di specie, in particolare, il parere della Soprintendenza risultava emesso dopo il decorso dei 45 giorni previsti dall'art. 146, comma 8, del D.lgs. n. 42/2004. Questa, infatti, comunicava i motivi ostativi trascorsi ormai 55 giorni dal ricevimento della detta documentazione. Il ricorrente, quindi, evidenziava in sede di gravame che, a tale ritardo, sarebbe conseguita la formazione del silenzio assenso, di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Il TAR, in particolare, ritenendo inapplicabile l'art. 17 *bis* al parere paesaggistico, ha evidenziato che il parere impugnato, in quanto reso tardivamente, «*è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici*». Nel decidere sulle mende formulate in primo grado, il TAR ha, quindi, stabilito che da tale paradigma discendono due conseguenze: (a) l'impugnativa del parere contrario tardivo è manifestamente inammissibile, stante la sua natura non vincolante e, quindi, meramente endoprocedimentale; (b) l'impugnativa del diniego comunale è manifestamente fondata, stante la carenza, nella motivazione dell'atto, di un'autonoma valutazione sugli aspetti paesaggistici, la quale, in mancanza di un presupposto parere vincolante, si palesa doverosa.

[3] Sull'istituto del silenzio assenso la dottrina è sterminata. Sia sufficiente, in questa sede, il richiamo a P.G. Lignani, *v. Silenzio (dir. amm.)*, in Enc. Dir., XLII, Milano, 1990, 561 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*; F.G. Scoca, M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 397 ss.; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996, *passim*; B.E. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 179 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 894 ss.; L. Giani, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle ll. n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 123 ss.; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a

cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 234 ss.; M. D'Orsogna, R. Lombardi, *Silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321 ss.; R. Caponigro, *I comportamenti taciti della p.a.*, in C. Contessa, R. Greco (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla l. n. 241/1990)*, Piacenza, 2020, 322 ss.; G. Palliggiano, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, 278 ss. Sui rapporti tra art. 20 e art. 17 *bis* l. n. 241/1990, sia consentito il rinvio pure a G. Delle Cave, *Il silenzio assenso*, in V. Italia, S. D'Ancona, P. Pantalone, G. Ruggeri, A. Zucchetti (a cura di), *L'attività amministrativa*, Milano, 2020, 716 ss.

[4] T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 giugno 2015 n. 1261, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 febbraio 2011, n. 224, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2011 n. 440 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2009 n. 448, in *giustizia-amministrativa.it*., in cui si afferma che le valutazioni di compatibilità ambientale «*concretano un apprezzamento tecnico discrezionale rispetto al quale il sindacato del giudice è circoscritto alle situazioni connotate da evidenti illegittimità e da incongruenze manifeste, mentre non può tradursi nella formulazione di giudizi che spettano solo all'autorità competente*». Secondo poi T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 dicembre 2007 n. 398, in *giustizia-amministrativa.it*, non è ammissibile la surrogazione delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini.

[5] Secondo la giurisprudenza, la funzione esercitata dalla Soprintendenza, benché consultiva « *assume valenza, in sostanza, di tipo co-decisionale rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica*» (Cons. Stato, sez. VI, 04 giugno 2015, n. 2751, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 768 ss.). Con l'entrata in vigore nel 2010 dell'art. 146 cit., «*la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di legittimità ex post* [...] *sulla autorizzazione già rilasciata dalla regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un potere che consente di effettuare ex ante valutazioni di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico*» (*inter alia*, Cons. Stato,

sez. IV, 10 giugno 2019, n. 3870, in *giustizia-amministrativa.it*).

[6] A. Berlucchi, *op. cit.*, 130 ss. Secondo l'A., «*l'atto autorizzatorio, in buona sostanza, viene deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza ma formalmente imputato all'ente subdelegato, solitamente il Comune*».

[7] Prima della riforma *de qua* (l. n. 124 del 2015), secondo quanto stabilito dall'art. 146 del Codice del paesaggio, l'autorità competente alla gestione del vincolo – di regola il Comune, delegato dalla Regione – doveva provvedere sulla domanda del privato entro 60 giorni, acquisito il parere del Soprintendente (obbligatorio e vincolante fino alla conformazione o adeguamento della strumentazione urbanistica alla nuova pianificazione paesaggistica), da rendere entro 45 giorni dalla ricezione degli atti. Si parlava, allora, di "silenzio devolutivo", nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la Soprintendenza avesse comunicato il parere, il Comune aveva il dovere funzionale di decidere da solo e doveva provvedere sulla domanda (cfr. art. 146, comma 9: "*Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*").

In caso di inerzia del Comune e di inutile decorso di questo termine, non essendo tale fattispecie tipizzata e resa significativa in alcun senso – né positivo, né negativo – dalla legge, e non potendosi, come si è visto, fare applicazione dell'articolo 20 della legge n. 241 del 1990, si aveva a che fare con una normale ipotesi di inerzia non significativa della p.a. di silenzio-inadempimento, ricorribile dinanzi al Tar ex articolo 117 c.p.a. cfr. Contributo di Piero Carpentieri, Consigliere di Stato, 11.04.2022.

[8] Sull'attività consultiva e pareri in generale si vedano *ex plurimis*: A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Amm. civ.*, 1961, 397 ss.; F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, 1974, Milano, 35 ss.; C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 132 ss.; V. Parisio, *Novità e conferme nella discplina degli atti consultivi prevista nella l. 15 maggio 1997 n. 127*, in Aa.Vv., *Semplificazione dell'azione*

amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127, 1998, Milano, 68 ss.; G. Ghetti, *La consulenza amministrativa*, 1974, Padova, 198 ss.; F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, 1945, Milano, 44 ss.; V. Parisio, *L'attività consultiva*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 324 ss.; M. Nicosia, *Il procedimento amministrativo: principi e materiali. Commento alla l. 241/1990 e alla sua attuazione con i d.p.r. 300 e 352/1992*, 1992, Napoli, 138 ss.

[9] Si segnalano T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 settembre 2006, n. 669; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2014 n. 459, tutte in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 04 ottobre 2013, n. 4914, in *Urb e app.*, 2013, 12, 1344 ss.

[10] Si vedano, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1561, in *giustizia-amministrativa.it*; *Id.*, sez. VI, 27 aprile 2015 n. 2136, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 775 ss.; *Id.*, sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 4927, in *giustizia-amministrativa.it*; *Id.*, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 3, 1204 ss.; *Id.*, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179, in *giustizia-amministrativa.it*.

[11] T.A.R. Veneto, sez. II, 14 novembre 2013 n. 1295, in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo altra giurisprudenza la mancanza del parere vincolante avrebbe imposto all'amministrazione competente di concludere il procedimento dichiarando l'improcedibilità (con conseguente possibilità dell'interessato di ricorrere avverso l'inerzia e di chiedere il risarcimento del danno da ritardo: in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4914, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 4, 322 ss.).

[12] *Ex plurimis*, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 24 luglio 2013, n. 1739; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 2267, 2015; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 gennaio 2016, n. 41; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 settembre 2016 n. 1446, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[13] In sintesi, da un lato v'è chi sostiene che il parere trasmesso o formulato oltre il termine «deve essere considerato privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge, dunque privo di valenza

obbligatoria e vincolante» (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 maggio 2021, n. 3431; Id., sez. III, 14 gennaio 2021, n. 271; Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2020, n. 388, tutte in *giustizia-amministrativa.it*). In termini ancora più netti T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 novembre 2021, n. 2589, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui il parere deve dichiararsi inefficace e non semplicemente privo di "carattere vincolante". Un contrario orientamento di una parte della giurisprudenza afferma, invece, che il decorso del termine di 45 giorni non precluderebbe «*alla Soprintendenza stessa di provvedere e neppure sottrae al parere tardivo la sua ordinaria attitudine conformativa; non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto*». Più di recente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 07 febbraio 2022, n. 169, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'effetto della trasmissione tardiva del parere della Soprintendenza non è la consumazione del potere o la trasformazione del valore del parere da vincolante in non vincolante, «*ma da un lato "l'esigibilità" dell'obbligo di concludere la fase del procedimento con possibile ricorribilità al g.a. da parte del privato con il ricorso per silenzio e dall'altro lato la prescindibilità dello stesso parere da parte dell'Autorità procedente, con la conseguenza che la decisione viene rimessa alla sua esclusiva responsabilità*».

[14] Con riguardo a tale articolo, autorevole dottrina (Parisio) ha chiarito come i poteri vincolanti vadano esclusi dal relativo ambito di applicazione altrimenti ricorrendo l'interprete in «*un insanabile contraddizione logica, in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto col perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione attiva la possibilità di prescinderne*»; V. Parisio, *Art. 16*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 715 ss.

[15] Sulla non applicabilità del silenzio assenso al parere della soprintendenza ex art. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 febbraio 2012, n. 685; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 03 settembre 2015, n. 11030,

tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[16] Merita una riflessione, sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 27 luglio 2016, n. 17, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale ha precisato che il silenzio assenso previsto dalla l. n. 394/1991 (legge quadro sulle aree protette) non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 80/2005, che nell'innovare l'art. 20 l. n. 241/90, ha escluso che l'istituto del silenzio assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica. Pur riferendosi la pronuncia ad altro contesto normativo, si può ritenere che gli interessi coinvolti e la materia specifica siano simili e che quindi i rilievi della pronuncia possano risultare qui di interesse. Le ragioni per cui il giudice amministrativo giunge a tali conclusioni sono le seguenti: a) non si rinviene un'indicazione della giurisprudenza costituzionale in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore ordinario statale di dotarsi dello strumento di semplificazione procedimentale rappresentato dal silenzio assenso anche in materia ambientale, laddove si tratti di valutazione con tasso di discrezionalità non elevatissimo; b) neppure la giurisprudenza comunitaria ha fornito indicazioni precise in tal senso: la Corte di giustizia europea (*ex aliis*, 28 febbraio 1991, causa C-360/87; 10 giugno 2004, causa C-87/02; 26 febbraio 2011, causa C-400/08) ha ritenuto non compatibile la definizione tacita del procedimento solo quando però, per garantire effettività agli interessi tutelati (tutela della salute), fosse necessario un'espressa valutazione amministrativa quale un accertamento tecnico o una verifica. In questi casi, la previsione del silenzio assenso darebbe adito al rischio che l'amministrazione non svolga quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi. In dottrina, A. Berlucchi, *op. cit.*; G. Sciullo, *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 56 ss.

[17] L'art. 17 *bis* riguarda, infatti, anche i pareri vincolanti (da ritenere inclusi nell'ampia nozione di "assensi comunque denominati") resi in uno schema di provvedimento, non ponendo eccezioni per gli interessi sensibili.

[18] Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321 ss.; *Id.*, 10 marzo 1998, n. 302, in *Giust. civ.*, 1998, 1390 ss.; *Id.*, 01 luglio 1992, n. 307, in *Giur. it.*, 1998, 1, 505 ss.

[19] Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1306 ss. Ed ancora, «*la semplificazione procedimentale può sì perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento ma non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale qual è la tutela del paesaggio*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 4, 707 ss.).

[20] Secondo il TAR Salerno, in particolare, «*il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni, di cui all'art. 17 bis della l. n. 241/1990, non si applica al parere paesaggistico soprintendentizio previsto nell'ambito dell'autorizzazione ex art. 146 del d.lgs. 42/2004, n. 42; ne consegue che detto parere, se reso tardivamente, è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici*».

[21] Si vedano, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, 07 aprile 2022, n. 2584, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 3, 821 ss.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 07 febbraio 2022, n. 169, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640, in *Foro amm.*, 2021, 3, 480 ss.; Id., Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765, in *giustizia-amministrativa.it*.

[22] Sul punto, in particolare quanto all'analisi dei profili evidenziati dall'indirizzo pretorio in commento, sia consentito il rinvio a G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedimentali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

[23] In generale sull'istituto del silenzio assenso, vedasi F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali,* in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1985, Rimini, 236 ss.; Id., *Il silenzio della pubblica amministrazione: la*

ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006, 1022 ss.; Id., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5550 ss.; A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 2016; M. P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro it.*, 2006, 1057 ss.; G. Morbidelli, *Il silenzio assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, Napoli, 265 ss.

[24] In dottrina, si veda, *ex plurimis*, M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a. silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnato dal Consiglio di Stato*, in federalismi.it, 2016; *Id.*, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis della l. n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 10 ss.; G. Mari, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in Aa.Vv., *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto*, atti dei convegni *Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare*, Napoli, 2016, 39 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[25] Sul punto, peraltro, giova evidenziare come il pluridecennale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sul tema si è, da tempo, indirizzato verso posizioni diametralmente opposte – o comunque parzialmente diverse e "temperate" – all'applicazione

tout court degli istituti di semplificazione (tra cui il silenzio assenso) nell'ambito della tutela di interessi sensibili, rilevando, in buona sostanza, come detti istituti non debbano trovare applicazione (o comunque un'applicazione limitata a pochi circostanziati casi) quando è in gioco la protezione dell'ambiente. Sulla scia di tale consolidata impostazione ed indirizzo, si veda, da ultimo, R. Leonardi, *op. cit.*, 354 ss.

[26] Stando poi al tenore letterale, il silenzio assenso procedimentale attiene ai soli casi in cui una amministrazione è tenuta ad acquisire l'assenso di una altra amministrazione su uno schema di provvedimento già predisposto dalla prima. In base a tale interpretazione, l'art.17 *bis* non trova invece applicazione nel caso in cui le diverse amministrazioni coinvolte siano chiamate a compiere valutazioni nell'ambito di un procedimento a struttura complessa (nel corso della cui istruttoria sia necessario acquisire pareri e valutazioni con il coinvolgimento di una pluralità di amministrazioni), in tal caso trovando applicazione gli artt. 16 e 17 della l. n. 241/90 (articoli che escludono il silenzio assenso e, in termini più generali, forme di semplificazione quali anche il silenzio devolutivo in caso di interessi sensibili coinvolti). Parimenti la norma «*non sarebbe applicabile nei procedimenti collegati relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento di un'attività e che risultano essere l'esito di distinte valutazioni delle amministrazioni*» (G. Mari, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 3, 61 ss.).

[27] Sulle criticità in merito all'applicazione dell'art. 17 *bis* alle materie sensibili si veda, in particolare, G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survay*, in *federalismi.it*, 2015; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 11 ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, Torino, 566 ss.

[28] Per un'analisi approfondita, F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.

[29] Si vedano le considerazioni di F. De Leonardis che (nel citato scritto *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*) osserva come «*appare chiaro che norma costituisce una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari*». L'A., a sostegno dell'opportunità di mantenere in vita la previgente esclusione del regime semplificatorio per le materie sensibili, mette in evidenza per un verso l'incoerenza della nuova disciplina rispetto a quella prevista per il silenzio assenso dell'art. 20 L. 241/1990 e, per altro verso, afferma (richiamando E. Casetta) che «*non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori*».

[30] F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, *op. cit.*, il quale osserva che, in realtà, «*la norma non introduce nulla di nuovo quanto al profilo della intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa L. n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in tema di silenzio in materie sensibili*».

[31] Corte Cost., 01 luglio 1992, n. 307, ove si evidenzia che i principi fondamentali da osservarsi in tema di smaltimento dei rifiuti, stante la necessità di tutelare la salute e l'ambiente, escludono la possibilità del ricorso al silenzio assenso. Per la Corte tale esclusione è motivata «*proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti*».

[32] *Ex plurimis*, Corte cost., 10 ottobre 1992, n. 393.

[33] Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 26, in *Giur. it.*, 1996, I, 271 ss. In particolare, secondo questa giurisprudenza costituzionale, l'istituto del silenzio assenso non può ritenersi compatibile con i principi di buon andamento della P.A., in presenza di procedimenti complessi, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità.

[34] Ci si riferisce al parere Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640, in *giustizia-amministrativa.it*.

[35] Sul tema, V. Parisio, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 839 ss.; F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Milano, 2000; A. Police, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in *apertacontrada.it*, 2013.

[36] A. Del Prete, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3, 75 ss.

[37] Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640.

[38] Ed infatti, l'art. 11, comma 9, del d.p.r. n. 31/2017, relativo ad interventi sottoposti a procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, stabilisce che «*in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17*-bis *della l. 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica*». Sul punto, si richiamano anche le circolari MIBACT del 10 novembre 2015 e del 20 luglio 2016, ove si distingue tra procedimenti ad istanza di parte privata e quelli in cui la domanda provenga dalla P.A.: per i primi resta applicabile l'art. 20 della l. n. 241/1990 e quindi l'inclusa esclusione degli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico; «*trova invece applicazione il nuovo art. 17* bis *in tutti i casi in cui la domanda provenga da una p.a. anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e vincolata dallo sportello unico comunale*». Secondo quanto chiarito nella circolare, l'art. 17 *bis* trova poi applicazione «*qualora l'inerzia concerna pareri vincolanti in quanto atti aventi natura di codecisione*» (rientrando invece i pareri non vincolanti nell'ambito della disciplina di cui all'art. 17 della l. n. 241/1990).

[39] P. Marzaro, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, *op. cit.* Ciò pur a fronte delle perplessità espresse in relazione all'operatività dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, che l'A. definisce «*espressione di un generale e preoccupante processo di dequotazione della tutela garantita agli interessi sensibili che caratterizza in modo sempre più netto il nostro sistema, specie all'esito della c.d. riforma Madia*».

[40] F. D'Angelo, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Dir. Amm.,* 2021, 2, 231 ss.

[41] Si pensi, poi, alla riduzione dell'incisività del ruolo attribuito alla Soprintendenza dal Codice (nelle ipotesi in cui si formi il silenzio assenso, il procedimento sarebbe reso privo di un contributo istruttorio qualificato che, storicamente, le regioni o i comuni non sono apparse in grado di offrire per ragioni politiche o organizzative; inoltre, l'istruttoria eventualmente avviata dagli organi ministeriali diverrebbe inutile e ininfluente rispetto alla determinazione finale, con vanificazione delle risorse impiegate) e al rischio di deresponsabilizzare, oltre i funzionari ministeriali, le amministrazioni procedenti.

[42] Tale conclusione sembrerebbe confermata dall'introduzione del comma 8 *bis* nell'art. 2 della l. n. 241/1990 ad opera del D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. n. 120/2020, che sancisce l'inefficacia, fra gli altri, dei pareri di cui all'art. 17 *bis* adottati «*dopo la scadenza dei termini previsti* [...] *fermo restando quanto previsto dall'articolo 21- nonies*».

[43] F. D'Angelo, *op. cit.*

[44] *Ex aliis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 07 giugno 2019, n. 3099; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 08 giugno 2017, n. 394; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 maggio 2018, n. 153, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[45] Per un approfondimento sulla sentenza in oggetto, cfr. S. Speranza, *Silenzio assenso tra P.A. e autorizzazione paesaggistica. Le prospettive del Consiglio di Stato (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 4098 del 24 maggio 2022)*, in *Giustizia Insieme*, 2022. In giurisprudenza, si vedano

i riferimenti contenuti in Cons. Stato, Sez. VI, 08 gennaio 2020, n. 129; Id., sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4369; Id., sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4315 e Id., sez. VI, 18 luglio 2017, n. 352, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[46] Cfr. M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, 2020, 10.

[47] Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5799, in *giustizia-amministrativa.it*.

[48] In particolare, ai sensi dell'art. 11 cit., l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza, verifica preliminarmente se l'intervento non rientri nelle fattispecie escluse dall'autorizzazione paesaggistica di cui all'Allegato A, ovvero all'articolo 149 del Codice del paesaggio, oppure se sia assoggettato al regime autorizzatorio ordinario, di cui all'articolo 146 del d.lgs. n. 42/2004. Il comma 9 richiamato, poi, espressamente specifica che "in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica".

[49] Trattasi di T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303. Si evidenzia che altre sentenze, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'art. 17 *bis*, definiscono il parere della Soprintendenza «*espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico*» (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; Id., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2358, in *giustizia-amministartiva.it*), «*nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza*».

[50] Cfr., in particolare, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811, in *giustizia-amministrativa.it.*

[51] Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; Id., sez. VI, 01 ottobre 2019, n. 6556; Id., sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; Id., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255, tutte in

giustizia-amministrativa.it.

[52] Si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293, in *giustizia-amministrativa.it*.

[53] È evidente, però, che un "tacito assenso" può formarsi solo alla tassativa condizione che l'Amministrazione coinvolta abbia piena e completa cognizione del tipo di provvedimento che si intende assumere; si veda Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2020, n. 4765; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 marzo 2021, n. 821, in *giustizia-amministrativa.it*.

[54] Tutto ciò determina l'operatività, quindi, del silenzio assenso, che «*si applica ad ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso*» (cfr. parere n. 1640/2016 cit.).

[55] Secondo l'orientamento pretorio in esame non deve sfuggire, peraltro, il parallelismo procedurale esistente tra le disposizioni di cui: *(a)* ai commi 7 e 8 dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, in base ai quali "l'amministrazione [...] trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento. Il soprintendente rende il parere [...] entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti"; *(b)* al comma 1 dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990, in base al quale "le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta, entro trenta giorni [novanta, nelle ipotesi di cui al comma 3] dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente".

[56] Non è infatti possibile sostenere che, nella fattispecie, la Regione svolga un compito puramente servente rispetto all'amministrazione realmente munita del potere di decidere (attraverso il parere vincolante): vuoi perché la legge dispone che "sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione", vuoi perché quest'ultima, oltre ad essere titolare del

potere di decidere in via esclusiva sugli aspetti urbanistico-edilizi, è tenuta ad esprimersi direttamente sugli aspetti paesaggistici, attraverso le valutazioni della commissione per il paesaggio ed il conseguente potere di proposta.

[57] In questo senso, peraltro, si era pronunciato l'Ufficio legislativo del Ministero dei beni culturali all'indomani dell'introduzione dell'art. 17 *bis* (si veda il parere 0021892/20 del 20 luglio 2016, precisazioni alla nota circolare prot. 27158 del 10 novembre 2016, e parere 002323 del 20 settembre 2018).

[58] D'altra parte, vi è una tendenza dell'ordinamento ad attribuire carattere sempre più generale all'istituto del silenzio assenso, come evidenziato anche dalle più recenti riforme, in particolare i d.l. "Semplificazione" n. 76/2020 e n. 77/2021. Peraltro, la modifica legislativa dell'art.17 *bis* (ora rubricato "Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici", che ha sostituito le parole "silenzio assenso" con le parole "effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti"), ha reso sicuramente più problematica la figura generale del silenzio assenso.

[59] Si vedano pure le conclusioni già enucleate in G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.*, *Op. cit*.

[60] Come evidenziato in dottrina (A. Del Prete, *op. cit.*), «*se da un lato si possono tendenzialmente ritenere compatibili con la tutela di interessi sensibili* [...] *moduli di semplificazione consistenti nel coordinamento ed unificazione di procedimenti connessi, più delicato è il discorso in relazione a quei sistemi che consentano di prescindere dal pronunciamento dell'amministrazione. E ciò sia per il valore costituzionale dell'interesse tutelato, che impone un'adeguata istruttoria e ponderazione, sia anche per le peculiari caratteristiche che connotano le autorizzazioni in materia ambientale, come quelle relative al paesaggio e ai beni culturali*».

[61] In tal senso, è stato suggerito da parte della dottrina di escludere i procedimenti ad elevato contenuto discrezionale, applicando il criterio della differenziazione dei livelli e delle modalità

procedimentali, sulla scorta di quanto già avviene per i rapporti tra P.A. e privati.

[62] In dottrina, si veda A. Morrone, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, 2022; A. Romano, A. Cioffi, *Un primo sguardo sulle questioni aperte*, introduzione all'incontro *Art. 9 e Costituzione: interessi e territorio, alla ricerca di un equilibrio*, in *apertacontrada.it*, con relazioni di S. Amorosino, F. De Leonardis, *Paesaggio e ambiente, art. 9 e art. 41 Cost., una lettura attuale*; G. Rossi, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione tra continuità e innovazione*, Università di Pisa e *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022; I. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, 2021; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 2021, 16. In senso critico, G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 2021; F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, 2021, che criticamente osserva come «*l'elenco formulato sia fuorviante, poco chiaro e foriero di numerosi possibili conflitti in merito ad una possibile interpretazione costituzionalmente orientata. Il problema è che spesso quando si dice troppo, in realtà non si dice nulla*». Cfr. pure A.L. De Cesaris, *Ambiente e Costituzione*, in *federalismi.it*, 2021.

[63] Ed infatti l'art. 9 della Costituzione prevede, letteralmente, che la Repubblica "tutela" il paesaggio (comma 2) e l'ambiente (comma 3). Non si fa, quindi, riferimento a concetti – se si vuole, più "*soft*" – come "vigilanza" (esemplificativo di atteggiamenti passivi) e/o "protezione" (es. di difesa puntuale estemporanea a seguito di un attacco): lo Stato, con riferimento a detti beni, "tutela", laddove quest'ultimo concetto non racchiude una protezione emergenziale, ma sistematica e preventiva, apparentemente incompatibile, dunque, con i risvolti di un silenzio.

[64] Si veda, in dottrina, C. Sartoretti, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, 119 ss.

[65] Cfr. S. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 4, 261 ss.

[66] Nel caso in commento, la violazione del dettame costituzionale avverrebbe «*in modo subdolo ma palese, posto che il silenzio assenso in realtà sostituisce l'oggetto dell'autorizzazione paesaggista, dall'impatto sul paesaggio* [...] *alla mera attività che lo procede*»; A. Di Blasi, *Beni ambientali. Gli effetti del silenzio assenso e tutela dell'art. 9 Cost, i limiti della discrezionalità del legislatore*, in *lexambiente.it*, 2019; M.A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milano, 3 ss.

[67] In particolare, il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, introdotto dal d. l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sancisce, in estrema sintesi, l'inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedimentali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di SCIA. Per una approfondita analisi, si veda M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020. Anche sulla base di questa disposizione, si è giunti a considerare irrilevante, in quanto privo di effetti nei confronti dell'autorità competente, il parere tardivo della Soprintendenza.

[68] Si evidenzia che la differenza sostanziale tra silenzio "devolutivo" e silenzio "assenso" sta nel fatto che, nel primo caso, l'autorizzazione paesaggistica è imputata esclusivamente all'ente territoriale che l'ha rilasciata, mentre – nel secondo caso – essa si intesta in "co-decisione" a entrambe le amministrazioni.

[69] F. D'Angelo, *op. cit.*

[70] L'art. 17 *bis* in commento, insomma, si potrà applicare al procedimento di cui all'art. 146 cit. limitatamente, come detto, al rapporto "orizzontale" tra Soprintendenza e Comune, solo fin quando il parere della soprintendenza conserverà il suo effetto vincolante, ma non più quando il suddetto parere cesserà di essere vincolante e resterà solo obbligatorio. Come pure evidenziato in dottrina, venuta meno, infatti, in tal caso, la sua natura decisoria, «*esso ricadrà nell'ambito applicativo della diversa previsione di cui all'art. 17, comma 2, della l. n. 241 del 1990, in quanto mero parere consultivo tecnico reso da un'amministrazione preposta alla tutela*

paesaggistico-territoriale (neppure, dunque, surrogabile mediante le valutazioni tecniche di altri organi dell'amministrazione pubblica o di enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero di istituti universitari, trattandosi — giusta la disposizione del comma 2 del citato art. 17 — di valutazioni che devono essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini)». Si veda, recentemente, P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, 77 ss.