

Silenzi e dissensi tra le pubbliche amministrazioni: il caso delle autorizzazioni paesaggistiche

di Giorgia Cocozza*

6 giugno 2022

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Gli strumenti della semplificazione amministrativa. – 3. Il quadro normativo. – 3.1. L'art. 17-bis della l. n. 241/90. – 3.1.1. L'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della norma. – 3.2. L'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004. – 4. L'applicazione del silenzio assenso tra p.a. al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. – 4.1. Il parere n.1640/2016 del Consiglio di Stato e le circolari MIBACT. – 4.2. Orientamenti giurisprudenziali. – 4.3. Perché applicare l'art. 17-bis al procedimento autorizzatorio. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'applicabilità della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni, di cui all'art. 17-bis della l. n. 241/90, al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria, ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, risulta essere una tematica di particolare interesse.

La questione è controversa in quanto tra le due discipline vi è una contraddizione tale da rendere impossibile la contemporanea applicazione di entrambe. Mentre l'art. 17-bis ammette l'applicazione del silenzio assenso ai procedimenti che vedono coinvolte più pubbliche amministrazioni, ancorché esse siano preposte alla tutela di interessi sensibili, l'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 nega implicitamente l'operatività dell'istituto di cui sopra.

Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione previo parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza e bisogna stabilire se il ritardo della Soprintendenza nel pronunciare il parere si configuri come silenzio assenso o come un semplice inadempimento.

* Dottoressa in Giurisprudenza, attualmente tirocinante presso il Consiglio di Stato.

Dopo aver inquadrato l'art. 17-bis come uno degli strumenti della semplificazione amministrativa, si analizzeranno alcuni orientamenti giurisprudenziali contrari e altri favorevoli all'applicazione dell'articolo al procedimento autorizzatorio, per poi concludere con un ragionamento che porta all'individuazione della tesi, a mio parere, più conforme agli obiettivi di semplificazione e accelerazione propri della riforma Madia.

2. Gli strumenti della semplificazione amministrativa

La semplificazione amministrativa consiste nel rendere più chiaro e comprensibile il funzionamento della pubblica amministrazione, eliminando tutti gli adempimenti non necessari e prevedendo strumenti che riducano i tempi e semplifichino le decisioni della p.a., in modo da rendere più efficiente il procedimento amministrativo¹.

Alla base dell'esistenza degli strumenti di semplificazione vi è, quindi, la necessità di risolvere i problemi dovuti alla "*complicazione amministrativa*"².

Bisogna innanzitutto distinguere la semplificazione normativa da quella amministrativa. Le due tipologie sono connesse tra loro e la complicazione deriva spesso dalle norme che descrivono i procedimenti in maniera articolata, tuttavia ciò non esclude che la causa possa essere anche diversa, come la cattiva organizzazione della pubblica amministrazione.

Uno degli errori a cui si va spesso incontro è quello di voler ricercare una "*formula magica*"³, una soluzione che risolva tutte le difficoltà istantaneamente; un altro è quello di credere che sia la semplificazione a poter eliminare tutti i problemi dell'amministrazione.

“Questi problemi, però, dipendono anche da molti altri fattori: la discontinuità politica, l'oscurità delle norme, la complicazione organizzativa, la paura delle responsabilità dei dirigenti, l'assenza di direttive politiche, l'incertezza nei rapporti tra amministrazioni e privati, la cattiva regolazione dell'economia. Ciascuno di questi

¹ Cfr. M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 9, p. 3041.

² B. G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid Rassegna*, n.11/2019.

³ *Ibidem*. “A volte la formula magica consiste nell'infatuazione per una moda teorica o nella distorsione di una teoria scientifica, magari ridotta a uno slogan (il *new public management*, l'amministrazione di risultato, “reinventare l'amministrazione”); a volte è una moda legislativa (la preferenza per il diritto privato contro gli squilibri del diritto amministrativo, la già menzionata tendenza ad affermare l'ovvia libertà di iniziativa economica); a volte sono istituti salvifici (il taglia-leggi, la decertificazione, la segnalazione certificata di inizio di attività - scia), con riferimento ai quali si dimentica che si tratta spesso di soluzioni di ripiego rispetto a quelle ottimali (rispettivamente: il riordino normativo, il rilascio tempestivo delle certificazioni e delle autorizzazioni) e se ne trascurano gli effetti collaterali (nel caso della scia, l'accentuazione degli oneri a carico del privato)”.

problemi può avere qualche rapporto con il tema della semplificazione, ma ha le proprie cause e i propri rimedi"⁴.

La disciplina del principio di semplificazione si trova nell'art. 1, comma 2, della l. n. 241/90, secondo cui *"la pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria"*⁵. Il comma in questione tutela il principio di non aggravamento e mira a garantire il buon andamento della pubblica amministrazione. In questo modo, però, violare il principio di semplificazione significa violare la legge.

In Italia il problema della semplificazione amministrativa sorge intorno al diciannovesimo secolo, riguardo alcune norme in materia di contratti pubblici: *"la legge Cavour del 1853 disciplinava i contratti in modo estremamente semplice, eppure una quarantina d'anni dopo fu necessario semplificare alcune fasi del procedimento contrattuale"*⁶.

Gli sforzi per semplificare i processi decisionali delle p.a. hanno subito un'accelerazione a partire dagli anni Novanta, in particolare con la legge n. 241. Susseguono, poi, la legge finanziaria del 1994, i regolamenti di semplificazione da essa generati, le riforme Bassanini nella seconda metà degli anni Novanta ed altri interventi talvolta contenuti in atti legislativi finalizzati a promuovere lo sviluppo economico⁷.

Negli ultimi anni è intervenuta la l. n. 124 del 2015 e non è possibile non menzionare il decreto-legge Semplificazioni n.76/2020⁸, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali"*, e il decreto-legge Semplificazioni-bis n. 77/2021⁹, recante *"Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*.

Tra le cause, sopra menzionate, che rendono necessario l'intervento degli strumenti di semplificazione, vi sono soprattutto il modo articolato con cui spesso sono scritte le norme, la lentezza e la poca efficienza della p.a.; ma la pubblica

⁴ *Ibidem*.

⁵ Art 1, comma 2, legge n. 241 del 1990.

⁶ B. G. MATTARELLA, *op.cit.*, p. 2. Si *"potrebbe proseguire con il celebre discorso di Giolitti agli elettori di Dronero del 1899, ove si segnalava l'esigenza di "rendere l'amministrazione dello Stato meno complicata, meno lenta e più curante dei legittimi interessi dei cittadini", o con una lettera di Sturzo a Salvemini del 1957, che criticava la "burocrazia imperante e trafficante"*.

⁷ B. G. MATTARELLA, *op.cit.* Cfr. (A cura di) ASSONIME, *Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia*, 2020. *"Anche nell'ultimo quinquennio vi sono stati alcuni importanti sviluppi normativi in questa direzione. Ad esempio la riforma della disciplina della conferenza di servizi (d. lgs. n. 127/2016) in attuazione della legge n. 124/2015; la nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale (d. lgs. n. 104/2017), in attuazione della direttiva europea sulla VIA; il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sul dibattito pubblico, in attuazione dell'art. 22 del Codice dei contratti pubblici (d.P.C.M. n. 76/2018, applicabile dal 24 agosto 2018). La conferenza di servizi e la disciplina della VIA riguardano anche le opere realizzate da privati al di fuori dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici. La nuova normativa sul dibattito pubblico riguarda invece solo le opere rientranti nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici"*.

⁸ Convertito in legge n.120/2020.

⁹ Convertito in legge n. 108/2021.

amministrazione è complessa già solo per il fatto di dover tener conto di più interessi contrapposti, sia pubblici che privati. Proprio per questo motivo non bisogna cadere nell'eccesso opposto e semplificare oltremodo il procedimento amministrativo¹⁰, perché si rischia di non tutelare adeguatamente gli interessi coinvolti.

È necessario verificare caso per caso se sia possibile eliminare una determinata complicazione. In molte circostanze, ad esempio, non si può semplificare il procedimento rimuovendone semplicemente un passaggio, in quanto utile a tutelare un determinato interesse. La semplificazione non può e non deve sacrificare gli interessi da tutelare, che devono essere presi in considerazione dalle norme, le quali, altrimenti, rischiano di far ricadere in capo alle p.a. importanti responsabilità.

Il problema principale che bisogna affrontare è, oltre a quello dell'oscurità delle norme, anche quello della cattiva amministrazione.

Per far fronte a questa debolezza dell'amministrazione si richiede, innanzitutto, una *"buona ed efficiente applicazione della legge"*¹¹.

Un certo grado di complessità è comunque necessario, ma non consiste nello spostare l'onere da essa derivante dall'amministrazione al privato, come avviene nel caso della segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), strumento di liberalizzazione più che di semplificazione, che ha fatto ricadere sul privato gli oneri di documentazione e certificazione.

L'obiettivo della semplificazione, al contrario, dovrebbe essere proprio quello di alleggerire i privati dagli oneri derivanti dall'attività amministrativa¹².

Tra i vari strumenti di semplificazione¹³ vi sono: lo sportello unico, un ufficio istituito per fare da tramite tra i privati e i vari uffici e le amministrazioni competenti ad emanare gli atti di assenso, pareri e valutazioni necessari; gli accordi, ex art. 15 della l. n. 241/90¹⁴, strumenti per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune; la conferenza di servizi. Quest'ultima è un modulo procedimentale

¹⁰ Ad esempio, le Sovrintendenze ai beni culturali rallentano il procedimento, ma eliminarle significherebbe pregiudicare un interesse culturale.

¹¹ B. G. MATTARELLA, *op.cit.*

¹² Cfr. B. G. MATTARELLA, *op.cit.* *"Occorre, naturalmente, anche evitare la complicazione patologica, derivante da norme non adeguatamente meditate, da oneri amministrativi o informativi superflui o che si duplicano, dalla costituzione di uffici non necessari, da indebite complicazioni dei procedimenti. Prima di introdurre norme, obblighi e burocrazie, occorrerebbe una seria analisi dei costi e dei benefici. Prima di introdurre un adempimento procedimentale non previsto dalle norme, occorrerebbe chiedersi se esso è veramente indispensabile, come previsto dall'articolo 1 della legge 241"*.

¹³ Anche la digitalizzazione è considerata uno strumento di semplificazione del procedimento amministrativo.

Cfr. G. GUZZO - G. COCOZZA, *La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi. Spunti e riflessioni*, in *LexItalia.it*, 2020. *"Nel ventaglio dei procedimenti e subprocedimenti amministrativi interessati da avanzati processi di digitalizzazione si distinguono, in particolare, anche per la marcata diffusione e rilevanza costituzionale dei valori coinvolti: il procedimento per il rilascio del permesso a costruire, di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001, ed il subprocedimento disciplinato dall'art. 146 d.lgs. n. 42/2004 che scandisce e definisce tempi ed organi chiamati al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica"*.

¹⁴ In base al comma 2-bis dell'articolo 15 della l. n. 241/90, la violazione dell'obbligo di sottoscrizione con firma digitale comporta la nullità dell'accordo.

semplificato per il coordinamento e la valutazione degli interessi in gioco, uno strumento tramite il quale con un unico atto, l'atto di indizione che avvia la conferenza, si possono chiedere più pareri di diverse p.a. ed è disciplinato dagli artt. da 14 a 14-quinques della l. n. 241/90. Consiste in una o più riunioni dei rappresentanti degli uffici o delle p.a. interessate che devono confrontarsi e, talvolta, deliberare.

Altro meccanismo usato per combattere la debolezza della p.a. è il silenzio ex art. 20 della l. n. 241/90, volto ad incentivare l'amministrazione a pronunciarsi tempestivamente.

Quando la p.a. non si pronuncia entro un certo termine sull'istanza del privato, si dà per acquisito il suo assenso.

È necessario aprire una breve parentesi e citare l'art. 2 della l. n. 241/90 "*Conclusioni del procedimento*" che stabilisce che "*ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*"¹⁵. Viene sottolineato, in questo modo, il dovere per l'amministrazione di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, garantendo il principio della certezza del tempo dell'agire amministrativo, che risponde sia all'esigenza della p.a. di curare l'interesse pubblico, che a quella del privato di far affidamento sulla tempestività della p.a. di adottare gli atti amministrativi necessari per iniziare la propria attività.

Se la pubblica amministrazione non conclude il procedimento entro il termine previsto, si configura il silenzio.

Fino ad anni recenti, il regime ordinario del silenzio della p.a., proprio in virtù del fatto che la legge chiedeva un provvedimento espresso, era quello del silenzio inadempimento. In questo caso, infatti, vi è l'inadempimento dell'obbligo di provvedere, che però non fa venir meno la possibilità, in capo alla p.a., di farlo successivamente. Per reagire a questi ritardi, la l. n. 241/90 ha disciplinato il silenzio-diniego e il silenzio-assenso. In questo modo, a seguito dell'inerzia dell'amministrazione, il procedimento si conclude con un provvedimento tacito. Mentre i casi di silenzio diniego sono tassativamente stabiliti dalla legge¹⁶, quelli di silenzio assenso sono disciplinati dall'art. 20 della legge sopra già menzionata¹⁷.

Il campo di applicazione dell'istituto si individua sulla base di alcuni criteri negativi¹⁸.

Il regime non vale: nei casi di provvedimenti autorizzatori di tipo vincolato sostituiti dalla SCIA; se sono coinvolti alcuni interessi pubblici, come il patrimonio culturale e paesaggistico; nei casi in cui la normativa europea impone un

¹⁵ Art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990.

¹⁶ Un esempio di silenzio che ha valore di provvedimento negativo è quello relativo al diritto di accesso ai documenti amministrativi, ex art. 25 della l. n. 241/90.

¹⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 255.

¹⁸ M. CLARICH, *op.cit.*, p. 254. "*Per ridurre le incertezze applicative, un lungo elenco di casi di silenzio-assenso è ora contenuto nel d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222*".

provvedimento formale; nei casi di silenzio-rigetto previsti dalla legge; per i procedimenti individuati con decreto del presidente del Consiglio dei ministri¹⁹.

In realtà, anche se questo istituto nasce con lo scopo di fornire certezze al privato, quest'ultimo potrebbe domandarsi se dietro l'atteggiamento della p.a. vi sia stata effettivamente una fase istruttoria o se l'inerzia sia una conseguenza di una mancanza da parte dell'amministrazione.

Per cercare di risolvere questo problema è stato introdotto nell'art. 20 della l. n. 241/90, dall'art. 62, comma 1, della legge n. 108 del 2021, il comma 2-bis che recita: *“nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”*.

3. Il quadro normativo

3.1. L'art. 17-bis della l. n. 241/90

L'art. 17-bis, rubricato *“Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici”*, è stato inserito nel capo IV della legge n. 241 del 1990, *“Semplificazione dell'azione amministrativa”*, dall'art. 3 della l. 7 agosto 2015 n. 124, la c.d. legge Madia. La suddetta ha introdotto in questo modo l'istituto del silenzio assenso, già previsto dall'art. 20 della legge n. 241/90 per i procedimenti ad istanza di parte, anche per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi da parte di una p.a. nei casi in cui sia prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta di altre amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici.

Tale nuova norma dispone che *“nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro 30 giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o*

¹⁹ *Ibidem.*

*nulla osta, rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi 30 giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento*²⁰; la norma in esame non ammette ulteriori interruzioni di termini.

Il comma 2 dell'articolo stabilisce che *"decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa Deliberazione del Consiglio dei Ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento"*²¹.

La norma prevede, al comma 3, l'applicazione delle disposizioni sopra riportate anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In questi casi, se le disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'art. 2 della legge n. 241/90 non ne prevedano uno diverso, il termine entro cui le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta, è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione precedente. Decorsi tali termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. Infine, viene espressamente esclusa, al comma 4, l'applicabilità delle disposizioni sopra riportate nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

La nuova norma ha introdotto una forma di silenzio assenso endoprocedimentale che si differenzia da quello provvedimentale, disciplinato dall'art. 20 della l. n. 241/90, relativo all'inerzia della p.a. nei procedimenti ad istanza di parte e rilevante nei rapporti verticali tra p.a. e privati. Nel silenzio provvedimentale l'istante consegue, alla scadenza del termine stabilito per lo specifico procedimento, l'utilità richiesta. Quest'istituto, a differenza del silenzio disciplinato dall'art. 17-bis, non si applica agli atti e ai procedimenti riguardanti gli interessi sensibili.

Ciò che accomuna, invece, il silenzio endoprocedimentale e quello provvedimentale è l'obiettivo di soddisfare le esigenze di semplificazione e trasparenza dell'azione amministrativa.

Come è noto, la legge stabilisce, nel caso dell'art. 17-bis, che la decisione finale dell'amministrazione precedente debba essere preceduta dall'assenso vincolante di un'altra amministrazione. Si parla, infatti, di decisione pluristrutturata. Lo scopo della norma, in coerenza con il principio di buon andamento e con il principio della

²⁰ Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it.

²¹ *Ibidem*.

trasparenza, è quello di impedire che l'inerzia endoprocedimentale possa precludere l'adozione del provvedimento finale²².

3.1.1. L'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della norma

La disciplina oggetto di studio è applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni, comprese le Regioni e gli enti locali²³. Sono incluse, quindi, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano. Si applica, altresì, agli organi politici se l'atto ha natura amministrativa, sia che questi siano amministrazioni procedenti, sia che debbano esprimere un assenso comunque denominato. Nella nozione di "amministrazioni pubbliche" sono comprese anche le autorità amministrative indipendenti, in ragione della loro ormai riconosciuta natura amministrativa. In quest'ultimo caso, se una norma speciale prevede una disciplina incompatibile con il silenzio significativo, questo, in base al principio di specialità, non può trovare applicazione. Inoltre, se le società *in house* sono titolari di procedimenti amministrativi, sono anch'esse incluse nella nozione di pubblica amministrazione.

La norma in questione è applicabile anche ai gestori di beni e servizi pubblici. A tal proposito, da un'interpretazione letterale dell'articolo, si potrebbe desumere che il silenzio trovi applicazione nei soli casi in cui i gestori debbano dare un assenso nell'ambito di procedimenti di altre amministrazioni e non anche nel caso in cui siano loro i titolari del procedimento. Il Consiglio di Stato, con parere n. 1640/2016, ha però interpretato la norma in senso ampliativo, sostenendo, quindi, che il gestore può essere considerato pubblica amministrazione²⁴.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, la norma si applica agli atti amministrativi e ai procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi di competenza delle pubbliche amministrazioni.

Come è evidenziato dalla disposizione, è incluso ogni tipo di procedimento amministrativo che abbia al proprio interno una fase decisoria di competenza di un'altra amministrazione.

L'articolo, così come chiarito dal comma 3, si applica anche agli interessi sensibili e quindi "*ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini*"²⁵.

²² G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, p. 855.

²³ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 1640/2016.

²⁴ G. MARI, *op.cit.*, p. 859. "*Positivi riscontri sono ricavabili dall'art. 7, co.2, c.p.a. – che, seppure ai soli fini dell'applicazione delle norme del c.p.a., intende per pubbliche amministrazioni "anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo" – e dagli artt. 1, comma 1-ter, 22, comma 1, lett. e), 23 e 29, comma 1, l. n. 241/1990*".

²⁵ Art 17-bis, l. n. 241 del 1990.

La Corte costituzionale ha definito gli interessi sensibili dei “*valori costituzionali primari*”²⁶. Questa primarietà “*origina la necessità che essi siano sempre presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni*”²⁷.

Ancora, il silenzio assenso non opera in tutti i casi in cui la norma comunitaria stabilisce che sia necessaria l'adozione di un provvedimento espresso, per evitare il rischio di una mancata istruttoria, necessaria a un'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti.

Per lo stesso motivo, l'art. 16 della l. n. 241/90, rubricato “*Attività consultiva*”, esclude dall'ambito di applicazione del silenzio facoltativo, previsto nel caso di pareri obbligatori non resi nel termine previsto, i pareri di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili²⁸.

Lo stesso art. 17 della legge²⁹, “*Valutazioni tecniche*”, esclude dal suo ambito di applicazione i casi in cui le valutazioni sono prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini.

²⁶ G. MARI, *op.cit.*, p. 860.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Art. 16, l. n. 241 del 1990. “1. Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri ad essi obbligatoriamente richiesti entro venti giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora siano richiesti di pareri facoltativi, sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso, che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta. 2. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere. Salvo il caso di omessa richiesta del parere, il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri di cui al presente comma. 3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini. 4. Nel caso in cui l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, i termini di cui al comma 1 possono essere interrotti per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate. 5. I pareri di cui al comma 1 sono trasmessi con mezzi telematici. 6. Gli organi consultivi dello Stato predispongono procedure di particolare urgenza per l'adozione dei pareri loro richiesti. 6-bis. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 127 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, e successive modificazioni”.

²⁹ Art. 17, l. n. 241 del 1990. “1. Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di competenza dell'amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ed altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari. 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. 3. Nel caso in cui l'ente od organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie all'amministrazione procedente, si applica quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 16”.

Entrambe le norme, situate nel capo IV, “*Semplificazione dell’azione amministrativa*”, fanno riferimento ad atti da acquisire nella fase istruttoria; l’art. 17-bis fa invece riferimento ad atti di altre amministrazioni da acquisire nella fase decisoria, ad istruttoria conclusa³⁰.

È evidente che gli artt. 16 e 17 e l’art. 17-bis tutelino, in maniera diversa, gli interessi sensibili. Questi ultimi hanno bisogno di una maggior protezione nella fase istruttoria perché è il momento in cui entrano a far parte del procedimento e, se ciò non riesce, vi è una loro gravissima lesione. Nella fase decisoria, di contro, l’interesse è già acquisito e, se l’amministrazione non si esprime, non scompare e non viene leso. In questo stadio bisogna esclusivamente valutare se lo schema provvedimento tuteli o meno gli interessi sensibili³¹.

Anche quando opera il silenzio assenso, però, “*l’interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell’amministrazione procedente*”³². La nuova disciplina, infatti, “*non esime l’amministrazione dall’obbligo istruttorio, da considerarsi in tali casi addirittura rafforzato*”³³.

È proprio il risultato dell’istruttoria che consente all’amministrazione procedente di elaborare lo schema di decisione su cui l’amministrazione interpellata dovrà poi esprimere il suo eventuale consenso³⁴. L’art. 17-bis si applica ai soli procedimenti con una fase decisoria pluristrutturata, in cui una p.a. predispone uno schema provvedimento sul quale deve acquisire l’assenso di un’altra amministrazione. Per quanto concerne la forma dello schema, secondo la Commissione del Consiglio di Stato³⁵ è sufficiente, perché si formi il silenzio assenso, l’invio formale del testo e non è necessario, a seguito della formazione dello stesso, la sottoscrizione dell’autorità competente a dare l’assenso³⁶. Quest’ultima è comunque responsabile, anche se inerte, e l’atto è imputabile a entrambe le amministrazioni.

3.2. L’art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004

L’articolo 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio³⁷ disciplina il procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica. La norma, rubricata

³⁰ G. MARI, *op.cit.*, p. 863.

³¹ C. MERLUZZI, *Il nuovo silenzio orizzontale tra amministrazioni ex art. 17-bis: un primo giudizio sulla ricostruzione del Consiglio di Stato e l’esponentiale crescita dell’istituto*, in lab-ip.net, 2017.

³² Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op.cit.*

³³ Circolare dell’Ufficio legislativo del MIBACT 10 novembre 2015, avente ad oggetto “*Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici - art. 3 della legge n. 124 del 7 agosto 2015, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, pubblicata nella G.U. n. 187 del 13 agosto 2015*”, reperibile nel sito istituzionale www.beniculturali.it.

³⁴ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op. cit.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ È sufficiente la sottoscrizione della p.a. procedente.

³⁷ Art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004.

“Autorizzazione”, è inserita nel capo IV del Codice, “Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela”³⁸.

Il decreto legislativo è stato varato ai sensi dell’art. 10 della l. n. 137 del 2002 ed è entrato in vigore il primo maggio del 2004³⁹.

La regolamentazione del potere autorizzatorio in materia paesaggistica è “il risultato di una costante evoluzione normativa tesa a contemperare l’esigenza pubblicistica all’integrità del paesaggio e la salvaguardia delle facoltà connesse al diritto dominicale dei beni sottoposti a vincolo, legittimando talvolta - alla luce dell’equilibrio costituzionale tra gli interessi in gioco - la compressione dello ius aedificandi in favore della tutela di interessi paesaggistici ed ambientali. In via generale, la sussistenza di un vincolo paesaggistico ha l’effetto di determinare un regime di inedificabilità relativa che comporta l’assoggettamento alla preventiva deliberazione dell’autorità preposta alla tutela del bene protetto, di ogni progetto concernente la trasformazione e l’uso del bene.”⁴⁰

Al primo comma dell’articolo sono individuati i soggetti che non possono distruggere o introdurre modificazioni che rechino pregiudizi ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Tali soggetti hanno l’obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che vogliono intraprendere e non possono avviare i lavori fino al momento in cui non ottengano l’autorizzazione, come stabilito dal comma 2.

Il quinto comma dell’art. 146 del d.lgs. 42 del 2004 sancisce che “sull’istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo

³⁸ Cfr. G. GUZZO - E. DEL GRECO, *La tutela del paesaggio: tra quadro normativo e giurisprudenziale e criticità di sistema*, in LexItalia.it, 2017.

“La norma fondamentale posta a disciplina di tale potere di verifica e gestione del vincolo da parte dell’autorità amministrativa è l’art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d. lgs. n. 42/2004 – rubricata “Autorizzazione” ed inserita nel capo IV del Codice (“Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela”) - nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d. lgs. n. 157/2006, d. lgs. n. 63/2008, dalla l. n. 106/2011, dalla l. n. 98/2013, dalla l. n. 112/2013, dalla l. n. 106/2014 e, da ultimo, dalla l. n. 164/2014”.

³⁹ Cfr. G. GUZZO - G. COCOZZA, *op.cit.*, p. 5.

“Il legislatore delegato del 2004 ha soprattutto inciso sul procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica (art. 146). L’ente competente, a questo proposito, è la regione che, come esplicitato al comma 6 dell’art 146 dell’articolato in discorso, ha funzione autorizzatoria in materia di paesaggio e si avvale di uffici con competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali.

Nei primi commi dell’articolo in esame sono, invece, individuati i soggetti richiedenti, quali “i proprietari,

possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico” (comma 1) che “hanno l’obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall’avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l’autorizzazione” (comma 2). Quest’ultima deve essere chiesta anche dalle pubbliche amministrazioni prima di attuare interventi di modifica di beni e/o aree sottoposte a tutela paesaggistica, applicandosi, nel qual caso, il regime previsto dall’art. 147 del Codice”.

⁴⁰ G. GUZZO - E. DEL GRECO, *op.cit.*, p. 15.

quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141 bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione”.

La norma, quindi, riconosce un ruolo cardine all'autorità statale che deve rilasciare un parere obbligatorio e vincolante sulla compatibilità del progetto con l'interesse tutelato. La funzione esercitata dalla Soprintendenza, pur essendo consultiva, è di tipo co-decisionale⁴¹. La natura vincolante del parere, che va rilasciato dall'inizio del procedimento e non più al termine dello stesso come prevedeva la normativa previgente, è però esclusa all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della Regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici.

Titolare della funzione autorizzatoria è la Regione, che esercita tale potere avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali⁴².

Alcune problematiche sorgono in relazione al comma 9 dell'articolo in questione, il quale recita che *“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. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni”*.

La disposizione *“é stata oggetto di due tentativi di riforma nel 2013 e nel 2014 ad opera, rispettivamente, del d.l. n. 69/2013 e del d.l. n. 83/2014, per essere poi*

⁴¹ Consiglio di Stato, sentenza n. 2751/2015.

⁴² Art. 146, comma 6, d.lgs. n. 42/2004: *“(…) Può tuttavia delegarne l'esercizio, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull'ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia”*.

*definitivamente modificata dall'art. 25, comma 3, della l. n. 164/2014 di conversione del d.l. n. 133/2014, che ha elaborato il testo della norma nella versione attuale sopra individuata*⁴³. Quest'ultimo comma ha previsto che il rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione competente deve esserci "*comunque*", anche in caso di mancata comunicazione del parere della Soprintendenza nel termine previsto.

Il problema è stabilire quale sia l'interpretazione più corretta della disciplina nel caso in cui la Soprintendenza non dovesse provvedere a rilasciare il parere nel termine stabilito dalla legge.

4. L'applicazione del silenzio assenso tra p.a. al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica

Dalla lettura dell'art. 17-bis della l. n. 241/90 e dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 emerge una vera e propria incoerenza normativa. Il primo articolo ammette l'applicazione del silenzio assenso ai procedimenti che vedono coinvolte più pubbliche amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, includendo anche quelle preposte alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale; l'articolo del Codice dei beni culturali e del paesaggio sembrerebbe negare, invece, l'applicazione dell'istituto al procedimento disciplinato dalla norma, sostenendo che, in caso di inerzia, "*l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*", ammettendo, quindi, un silenzio devolutivo.

Ci si trova di fronte ad un "nodo gordiano" che rende auspicabile un intervento correttivo.

4.1. Il parere n.1640/2016 del Consiglio di Stato e le circolari MIBACT

Già nel 2016 con nota del 31 maggio, prot. n. 207/16/UL/P., l'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha trasmesso al Consiglio di Stato un quesito su alcuni problemi applicativi dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

La Commissione speciale del Consiglio ha ritenuto opportuno "*evidenziare che si tratta di una richiesta consultiva di particolare rilievo, non solo perché tocca punti cruciali destinati a condizionare la concreta operatività del nuovo istituto del silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni, ma anche perché rappresenta il primo quesito*

⁴³ G. GUZZO - E. DEL GRECO, *op. cit.*, "*Più in particolare, per effetto del primo intervento normativo (art. 39, comma 3, del d.l. n. 69/2013), fu inserito nel citato comma 9 la seguente prescrizione: "Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione". Detta modifica non fu però confermata in sede di conversione del d.l. nella l. n. 98/2013. La medesima prescrizione fu riproposta dall'art. 12, comma 1, lett. b), del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, ma nuovamente non confermata dalla legge di conversione (l. 29 luglio 2014, n. 106)".*

che investe la fase attuativa della c.d. riforma Madia di cui alla legge n. 124 del 2015⁴⁴.

Secondo il parere in questione, l'art. 17-bis può essere applicato ai procedimenti di competenza di amministrazioni che tutelano gli interessi sensibili, così come si evince dalla norma⁴⁵, di contro viene esclusa l'applicazione della stessa agli atti di tutela degli interessi sensibili se la richiesta non proviene dall'amministrazione procedente, bensì dal privato destinatario dell'atto. In questo caso troverebbe, infatti, applicazione l'art. 20 della l. 241/90⁴⁶.

La norma, per i giudici di Palazzo Spada, si applica solamente agli atti con natura co-decisoria. Ciò significa che sono esclusi dalla sua applicazione, oltre gli atti che si collocano nella fase istruttoria, anche quelli che si trovano *“in un momento successivo a quello della decisione, riguardando, questi, la fase costitutiva dell'efficacia del provvedimento”*⁴⁷.

L'art. 17-bis si applica, quindi, ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata: due amministrazioni devono essere titolari di una funzione decisoria sostanziale.

⁴⁴ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op.cit.* *“A tale riguardo, non si può che sottolineare l'efficacia del metodo di procedere con richieste di quesiti sul funzionamento pratico delle riforme. Ciò conferma, da un lato, l'importanza cruciale della fase attuativa delle riforme introdotte dalla legge n. 124 del 2015 e dai successivi decreti attuativi, anche rispetto alla emanazione dei relativi decreti attuativi, dall'altro, l'utilità che possono rivestire le funzioni consultive del Consiglio di Stato concepite come sostegno in progress riferito a una policy, a un progetto istituzionale, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati”*.

⁴⁵ *Ibidem.* *“La giurisprudenza costituzionale richiamata nella richiesta di parere, del resto, non ha sancito un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, limitandosi ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale. La Corte costituzionale ha, in altri termini, ritenuto preclusa alla legislazione regionale la possibilità di introdurre ipotesi di silenzio assenso (ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione statale) in procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili. Al contrario, le richiamate sentenze della Corte costituzionale non sembrano di per sé impedire alla potestà legislativa statale la previsione di casi di silenzio assenso anche in materie sensibili”*.

⁴⁶ Tale legge esclude dal proprio campo di applicazione gli interessi sensibili.

⁴⁷ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op.cit.* *“Non si applica, ad esempio, al c.d. ‘bollino’ della Ragioneria Generale dello Stato, previsto dall'art. 17, comma 10, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (che ha novato la fonte dell'analogia norma già contenuta nell'art. 11-ter, comma 6-bis, della legge 5 agosto 1978, n. 468), ai sensi del quale: “Le disposizioni che comportano nuove o maggiori spese hanno effetto entro i limiti della spesa espressamente autorizzata nei relativi provvedimenti legislativi. Con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze -Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, è accertato l'avvenuto raggiungimento dei predetti limiti di spesa. Le disposizioni recanti espressioni autorizzazioni di spesa cessano di avere efficacia a decorrere dalla data di pubblicazione del decreto per l'anno in corso alla medesima data”. Il c.d. ‘bollino’ è, infatti, un atto con funzione di controllo, che si colloca dopo l'esaurimento della fase decisoria ed è necessario per l'integrazione dell'efficacia di provvedimenti già adottati. È il caso di precisare, invece, che il silenzio-assenso si applica agli atti di assenso, comunque denominati, di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze, nelle ipotesi in cui esso svolga una funzione co-decisoria, ed in questi casi la formazione del silenzio assenso non è preclusa dalla eventuale mancanza dell'apposizione del bollino da parte della Ragioneria, stante appunto l'autonomia e la diversità tra i due sub-procedimenti (assenso del MEF e “bollinatura” della Ragioneria generale dello Stato)”*.

Se una delle due amministrazioni dovesse avere un ruolo meramente formale, la decisione sarebbe monostrutturata.

Inoltre, oggetto di operatività della norma sono i pareri vincolanti e non quelli non vincolanti, assoggettati alla disciplina degli artt. 16 e 17 della l. n. 241/90.

Il Consiglio sostiene, altresì, che il silenzio assenso tra amministrazioni non possa operare nel caso in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra p.a. nell'interesse del privato destinatario dell'atto che abbia presentato domanda tramite lo sportello unico.

Il silenzio dell'amministrazione interpellata *“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”*⁴⁸.

Il meccanismo del silenzio assenso è uno strumento individuato dal legislatore per contrastare l'inerzia della p.a. e garantire una piena attuazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

In materia è intervenuta anche la Circolare del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo⁴⁹, recante indirizzi interpretativi ed applicativi dell'art. 3 della l. n. 124/2015, che, preliminarmente, chiarisce che *“la nuova disciplina dell'art. 17-bis trova immediata applicazione e prevale sulle discipline settoriali dei procedimenti di tutela dei beni culturali e di quelli paesaggistici previsti nel Codice ad essi relativo; ciò in virtù del principio dell'abrogazione implicita, regolando la nuova disciplina l'intera materia già regolata dalla precedente”*⁵⁰.

La Circolare ha circoscritto l'applicabilità dell'art. 17-bis esclusivamente ai procedimenti in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione anche se il destinatario finale, titolare della posizione soggettiva condizionata all'atto di assenso, sia un privato, fornendo un'interpretazione che garantisca all'istituto la più ampia latitudine applicativa.

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ Si tratta della circolare dell'Ufficio legislativo del MIBACT n. 27158 del 10 novembre 2015, avente ad oggetto *“Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici - art. 3 della legge n. 124 del 7 agosto 2015, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, pubblicata nella G.U. n. 187 del 13 agosto 2015”*, reperibile nel sito istituzionale www.beniculturali.it.

⁵⁰ G. MARI, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in *Rivista giuridica dell'Edilizia*, 2016, 3, p. 61. *“La circolare, oltre ad affrontare tematiche più generali quali la natura dell'istituto del silenzio assenso e la perdurante necessità di svolgere e completare l'istruttoria e la fase decisoria del procedimento, si è pronunciata nel senso della perdurante vigenza dei termini speciali previsti per i procedimenti di tutela del patrimonio culturale, ha delimitato l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto del silenzio assenso, valutandone l'applicabilità anche nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e ha interpretato il rapporto tra i diversi istituti di semplificazione previsti nella l. 241/1990 nel senso della alternative tra silenzio assenso ex art.17-bis e conferenza di servizi”*.

Per i procedimenti ad istanza di parte privata si farebbe riferimento all'art. 20 della l. n. 241/90 che, come anticipato, esclude dal suo ambito di applicazione gli atti ed i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico⁵¹.

Nel caso di procedimenti composti da sub-procedimenti autonomi collegati a quello principale, in cui l'atto di assenso è un provvedimento autonomo autorizzatorio che il soggetto avrebbe potuto richiedere direttamente alla Soprintendenza, l'art. 17-bis può essere applicato, secondo la suddetta Circolare, quando l'atto di assenso è richiesto da un'altra pubblica amministrazione, sia nel proprio interesse che nell'interesse del privato che ha presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico comunale⁵².

In realtà, la norma fa riferimento esclusivamente alle ipotesi in cui la p.a. consultata debba rendere un atto di assenso su uno schema provvedimento già elaborato dall'amministrazione precedente; non dovrebbero essere ricompresi, quindi, al contrario di quanto pare sostenere il Ministero, "*i procedimenti collegati relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento di un'attività amministrativa attiva che si traduce in distinte valutazioni*"⁵³. In quest'ultimo caso andrebbe applicato l'articolo 20 della legge n.241/1990. D'altronde, il fatto che la richiesta di atto di assenso sia inoltrata dallo sportello unico non basta a trasformare i procedimenti ad istanza di parte in procedimenti disciplinati dall'art. 17-bis⁵⁴.

Quest'ultimo si applica, sempre secondo la Circolare, nel caso in cui l'inerzia riguardi i pareri vincolanti, atti con natura co-decisoria e, a tal proposito, il MIBACT stabilisce l'applicazione dell'art. 17-bis al parere della Soprintendenza, rilasciato nel corso del procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004⁵⁵.

La nuova norma, come sottolineato dal Ministero, non sarà però applicata nel caso di parere non vincolante ma solo obbligatorio, ovvero nel caso in cui si realizzino le condizioni previste dal comma 5 dell'articolo per ultimo menzionato.

Il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo con nota n. 21892 del 20.7.2016, successiva al parere del Consiglio di Stato, avente ad oggetto il silenzio assenso tra le amministrazioni pubbliche, ha chiarito che "*(...) l'operatività del silenzio-assenso (in generale) [resta circoscritta] ai soli procedimenti e rapporti propriamente autorizzatori con esclusione dei procedimenti e dei provvedimenti concessori (traslativi o costitutivi di diritti in capo al soggetto, pubblico o privato, beneficiario)*". La nota del Ministero, proseguendo, afferma che "*(...) il nuovo silenzio assenso [sia applicabile] a ogni procedimento che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione; resta pertanto confermato quanto illustrato nella circolare di riferimento all'autorizzazione paesaggistica e in specie, l'applicabilità dell'istituto al parere vincolante del soprintendente previsto dall'art.*

⁵¹ G. GUZZO - E. DEL GRECO, *op.cit.*

⁵² G. MARI, *op.cit.*, p. 5.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

146 del codice di settore (...)”. Significativo, risulta, poi, il passaggio dove viene espressamente chiarito che “(...) l’istituto non si applica ove la richiesta non provenga dall’amministrazione procedente, ma dal privato destinatario dell’atto, direttamente o per il tramite dello Sportello unico. Infatti, in tali ipotesi viene in rilievo il rapporto verticale privato-pubblica amministrazione e troverà applicazione, pertanto, l’art. 20 della legge n. 241 del 1990 che esclude l’applicabilità del silenzio-assenso agli interessi sensibili (...)”⁵⁶.

4.2. Orientamenti giurisprudenziali

Una delle prime prese di posizione del Consiglio di Stato sull’applicabilità dell’art. 17-bis della l. n. 241/90 al procedimento autorizzatorio è rappresentata dalla sentenza n. 4765 del 27 luglio del 2020.

La questione nasce dall’istanza presentata da una società al comune territorialmente competente per ottenere il rilascio dei titoli necessari a ristrutturare e ampliare un immobile situato in un’area paesaggistica vincolata. La Commissione locale per il paesaggio e la Soprintendenza avevano formulato diversi pareri negativi durante il procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, a seguito dei quali la società aveva rimodulato più volte il progetto. Dopo l’ulteriore parere negativo della Soprintendenza, il procedimento autorizzatorio, anche se formalmente riavviato, era rimasto in sospenso perché l’organo ministeriale non provvedeva a rilasciare un nuovo parere.

A seguito di una diffida al comune per ottenere la conclusione del procedimento, la società chiedeva, con ricorso avverso il silenzio, l’accertamento della formazione del silenzio assenso della Soprintendenza, ex art. 17-bis della l. n. 241/90, e dell’obbligo dell’ente a rilasciare i titoli richiesti.

Il giudice di primo grado accertava l’obbligo del comune di concludere il procedimento, ma escludeva la formazione del silenzio assenso della Soprintendenza; di seguito, l’ente locale non aveva il dovere di emettere un provvedimento necessariamente favorevole per l’interessato. La società proponeva appello al Consiglio di Stato chiedendo di riformare la sentenza del Tar⁵⁷.

La questione riguarda, quindi, l’applicabilità o meno dell’art. 17-bis della l. n. 241/90 al procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica ordinaria ex art. 146 d.lgs. n. 42/2004.

Bisogna stabilire se il silenzio della Soprintendenza sia un silenzio assenso o inadempimento.

⁵⁶ G. GUZZO - E. DEL GRECO, *op.cit.*

⁵⁷ F. D’ANGELO, “L’autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso “endoprocedimentale”, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2021.
Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 3 luglio 2019, n.1200.

Il Consiglio di Stato abbraccia, in questa sentenza, la seconda soluzione, sostenendo la non applicabilità dell'art. 17-bis al procedimento autorizzatorio e ai rapporti intersoggettivi da esso delineati⁵⁸.

Alla base di tale soluzione vi sono varie motivazioni. Innanzitutto, il rapporto intersoggettivo tra amministrazione procedente e Soprintendenza si collocherebbe in un procedimento a istanza di parte privata, il quale sarebbe escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 17-bis, secondo l'interpretazione del parere del Consiglio di Stato n. 1640 del 2016, fornita dal giudice competente. Secondo questi, inoltre, mentre la procedura dell'autorizzazione paesaggistica ha un carattere pluristrutturato, il provvedimento sarebbe monostrutturato e riferibile solo all'autorità che emana l'atto, dato che quest'ultima può comunque provvedere in caso di parere tardivo della Soprintendenza. L'obbligo di motivazione in capo all'autorità procedente fa sì, poi, che l'onere istruttorio ricada interamente su di essa.

Per il Consiglio, l'art. 146 sarebbe privo dello schema provvedimento richiesto dall'art. 17-bis, in quanto né la proposta di provvedimento dell'amministrazione procedente alla Soprintendenza né il parere di quest'ultima possono rientrare in questa categoria⁵⁹.

La decisione dei giudici di Palazzo Spada si conforma, pertanto, alla sentenza di primo grado.

Un'altra pronuncia del Consiglio di Stato riguardo il tema in oggetto è costituita dalla sentenza n. 2640 del 2021.

In questo caso si stabilisce che il silenzio assenso riguarda esclusivamente la fase decisoria del procedimento amministrativo e non quella istruttorie. Inoltre, l'istituto si applica solo ai rapporti tra l'amministrazione procedente e le p.a. chiamate a rendere assensi, concerti o nulla osta prodromici al provvedimento definitivo e *“non anche al rapporto «interno» fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi nei confronti di un'amministrazione terza, come è nel caso della Regione e della Soprintendenza in relazione all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42”*⁶⁰.

Nel suddetto procedimento il parere autorizzatorio appartiene alla Regione che sottopone una proposta di provvedimento alla Soprintendenza affinché fornisca un proprio parere.

⁵⁸ La decisione si basa sull'interpretazione del parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016.

⁵⁹ F. D'ANGELO, *op.cit.*

⁶⁰ Massima reperibile in *Foro Amministrativo* (II) 2021, 3, 480.

Cfr. Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; id., Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; id. 15 gennaio 2013, n. 220.

Se questo è tardivo⁶¹ smette di essere vincolante e, secondo quanto stabilito dal comma 9 dell'art. 146, può essere pretermesso se non reso entro i termini⁶².

Sulla questione, e in linea con l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, vi sono anche alcune pronunce del TAR, tra cui quella del TAR Roma, (Lazio) Sez. II, n.5383 del 2020 e del TAR Napoli, (Campania) Sez. III, n.5049 del 2020.

In particolare, l'ultima sentenza citata sottolinea che è da escludersi l'applicazione dell'art. 17-bis della l. n. 241 del 1990 al procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 e che nella fattispecie in esame non si può parlare di un procedimento pluristrutturato *"in cui vi è una partecipazione paritaria delle Amministrazioni titolari dei rispettivi poteri. Quest'ultimo si dipana normalmente attraverso altro modulo, con la sottoposizione da parte dell'organo procedente di una propria soluzione (mediante l'inoltro dello schema di provvedimento, a cui si riferisce il primo comma dell'art. 17 bis) che, se non riscontrata negativamente, si intende condivisa"*⁶³.

Un altro dei motivi per cui il TAR esclude l'applicazione al caso di specie del silenzio assenso è la circostanza per cui la Soprintendenza, anche se decorso il termine stabilito entro cui fornire il proprio parere, non perde il potere di renderlo, ma il Comune deve procedere nel frattempo ad un'autonoma valutazione. Secondo il giudice *"la valutazione della Soprintendenza assume una priorità nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, sicché il suo apporto non è equiparabile agli atti di assenso genericamente indicati dall'art. 17 bis, l. n. 241/1990, essendo piuttosto*

⁶¹ In termini cfr. TAR Toscana, Sez. III, 20 dicembre 2016 n. 1828, in *Foro amm.*, 2016, 12, 3062, ad avviso del quale *"l'eventuale parere che sopraggiunga tardivamente non è di per sé illegittimo, ma semplicemente perde il carattere della vincolatività impressogli dalla legge, poiché si colloca al di fuori del quadro normativo, pur costituendo sempre un elemento del procedimento che l'amministrazione deve valutare, potendosi motivatamente discostare. Ne consegue che, nell'eventualità di un parere tardivo della Soprintendenza, l'amministrazione comunale non può recepire lo stesso parere acriticamente, senza prevedere una motivazione ulteriore, circa l'effettiva esistenza di una valutazione di compatibilità paesaggistica dell'intervento di cui si tratta. A dette conclusioni è possibile pervenire esaminando il contenuto dei commi 8 e 9 dell'art. 146 ... In tal modo il legislatore rende chiaro che l'ulteriore, ingiustificabile decorso del tempo, legittima l'amministrazione competente all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza il quale, evidentemente, viene così a perdere il proprio carattere di obligatorietà e vincolatività"*. In senso conforme cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2015 n. 4927, in *giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. VI, 27 aprile 2015 n. 2136, in questa Rivista, 2015, 4, 775 ss., nonché in *Foro amm.*, 2015, 4, 1127 ss.

⁶² Massima reperibile in *Foro Amministrativo* (II) 2021, 3, 480.

"Tale assetto di competenze non viene alterato per il solo fatto che in determinati casi l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, che costituisce soltanto un modulo procedimentale semplificatorio per l'acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in ordine a un intervento; ne discende che l'art. 14-ter, comma 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale, laddove considera acquisito senza condizioni l'assenso delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza o comunque non si siano pronunciate (ivi comprese quelle preposte alla tutela di interessi « sensibili » quale quello paesaggistico), va riferito unicamente agli « assensi » da rendere direttamente all'amministrazione procedente, e non anche all'ipotesi di autorizzazione paesaggistica, laddove la Soprintendenza è chiamata a esprimersi non direttamente sulla compatibilità dell'intervento, ma sulla proposta al riguardo formulata dalla Regione".

⁶³ Massima reperibile in *Foro Amministrativo* (II) 2020, 11, 2205.

annoverabile tra i pareri e le valutazioni tecniche di cui ai precedenti artt. 16 e 17 che, con disposizioni non incise dalla l. n. 124 del 2015, escludono la formazione del silenzio assenso nelle materie di preminente interesse pubblico, quando l'apprezzamento di merito di natura specialistica assuma un valore preminente”⁶⁴.

Il potere della Soprintendenza non viene di fatto considerato del tutto equiparato all'attività dell'amministrazione procedente, ma collaterale nel fornire un aiuto per la valutazione di compatibilità paesaggistica dell'intervento. La Soprintendenza ha, comunque, una posizione di rilievo e di verifica dell'attività dell'amministrazione, dato che può sovrapporvi la propria valutazione, se vincolante, o comunque può condizionare le scelte, esistendo un obbligo di motivazione in caso l'amministrazione dovesse avere una posizione differente dopo che il parere abbia perso il suo carattere vincolante⁶⁵.

In conclusione, dalla lettura delle sentenze che escludono l'applicazione dell'art. 17-bis al procedimento per il rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche, si possono dedurre alcuni capisaldi.

Innanzitutto, si sostiene che il ruolo della Soprintendenza sia meramente formale e, di conseguenza, si può parlare di una decisione monostrutturata dell'amministrazione procedente e non pluristrutturata. Solo in quest'ultimo caso, infatti, sarebbe ammessa l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni. Ancora, il rapporto tra Soprintendenza e amministrazione procedente si inserisce in un procedimento a istanza di parte privata e, come tale, escluso dall'applicazione dell'art. 17-bis⁶⁶. Se, tra l'altro, il parere della Soprintendenza è tardivo, perde di vincolatività, dato che la p.a. procedente può provvedere “*comunque*”⁶⁷ sulla domanda di autorizzazione. Anche se la Soprintendenza non perde del tutto il potere di fornire il proprio parere, il fatto che la p.a. possa prescindere evidenzia come il rapporto tra i due non sia paritario, nonostante sussista un obbligo di motivazione in capo alla p.a. procedente, in caso agisca senza che la Soprintendenza si sia espressa. Se, però, il parere non è vincolante, non può trovare applicazione l'istituto oggetto di studio.

Si potrebbe addirittura asserire che l'applicazione dell'art. 17-bis al procedimento autorizzatorio sia disfunzionale e non produca vantaggi in termini di “*contrazione di tempi procedurali*”⁶⁸, andando, quindi, contro gli obiettivi di semplificazione e di accelerazione propri della riforma Madia. “*Infatti, l'art. 146, D.Lgs. n. 42/2004, ai commi 8, 9 e 10, stabilisce che se la Soprintendenza non rende entro sessanta giorni il proprio parere, può prescindere 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*

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ Secondo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640 del 2016.

⁶⁷ Art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004.

⁶⁸ F. D'ANGELO, *op.cit.*, p. 236.

il rilascio dell'autorizzazione in via sostitutiva. Pertanto, rispetto al meccanismo di superamento degli arresti procedurali già previsto dalla disciplina di settore e scandito da tempistiche più brevi rispetto al termine di novanta giorni di cui all'art. 17-bis, comma 3, l'attribuzione del valore di assenso all'inerzia della Soprintendenza, ex se non ostativa alla conclusione del procedimento, non presenta alcuna attitudine acceleratoria ulteriore"⁶⁹.

4.3. Perché applicare l'art. 17-bis al procedimento autorizzatorio

Alcune sentenze sostengono la non applicabilità dell'art. 17-bis della l. n. 241/90 al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, ma altre pronunce dichiarano il contrario.

Nel 2020 si è espresso in merito, con la sentenza n. 1811, il TAR Campania, ribadendo che *“a seguito dell'introduzione della disciplina contenuta nell'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990, viene in rilievo un'ipotesi di silenzio assenso "orizzontale" tra p.a., connesso al decorso dello speciale termine di novanta giorni, da ritenersi applicabile al caso di specie in quanto riferita (anche) alle autorizzazioni paesaggistiche in quanto procedimento caratterizzato da una fase decisoria pluristrutturata, subordinata ad acquisire un parere vincolante*"⁷⁰.

Il Tar, in questa sentenza, sottolinea la valenza co-decisionale del parere della Soprintendenza e che, per tale ragione, il parere soprintendentizio debba ricadere nel meccanismo del nuovo silenzio assenso, a seguito del quale l'amministrazione non potrà più esprimere il proprio sopravvenuto dissenso⁷¹.

“Riconoscere, infatti, che l'amministrazione concertata, il cui assenso è stato già acquisito per silentium, possa, fino all'adozione del provvedimento finale, esercitare sul silenzio assenso un potere unilaterale e tardivo di autotutela, impedendo la formazione dell'atto, rischia di determinare l'elusione (o, comunque, un significativo ridimensionamento) della portata innovativa del nuovo istituto. Il silenzio assenso diventerebbe, infatti, atto di natura meramente provvisoria, suscettibile di essere neutralizzato da un ripensamento unilaterale fino all'adozione del provvedimento finale"⁷². Verrebbe, peraltro, vanificata la funzione acceleratoria e di semplificazione dell'istituto. Il Tribunale ritiene preferibile considerare il termine, entro cui deve essere espresso il parere, perentorio⁷³.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ TAR Campania, Salerno, Sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811.

⁷¹ *Ibidem*: *“l'amministrazione autrice dell'assenso silenzioso (...) dovrà sollecitare l'avvio del procedimento di riesame, condotto dall'amministrazione procedente, secondo le regole dell'art. 21 nonies o 21 quinquies”*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*: *“Una volta formato il silenzio assenso (ma prima dell'adozione formale dell'atto), l'amministrazione concertante, in presenza dei presupposti dell'autotutela potrà evidenziare le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificerebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale*

La decisione finale spetta, in ogni caso, all'amministrazione procedente.

Dello stesso avviso è la Sez. II del TAR Cagliari (Sardegna) che, con sentenza n. 394 del 2017, sostiene la tesi per cui, dato che il nuovo istituto del silenzio assenso tra p.a., di cui all'art. 17 bis della l. n. 241/90, si applica *“anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche”*⁷⁴, il parere vincolante della Soprintendenza, ex art. 146 comma 5 del d.lgs. 42/2004, si intende formato *per silentium* dopo il decorso dei novanta giorni dalla ricezione della relazione tecnica istruttoria predisposta dalla Regione, contenente una proposta di provvedimento.

Nel caso di specie, infatti, il TAR ha accolto il ricorso per l'annullamento dei provvedimenti regionali di diniego dell'autorizzazione paesaggistica, deducendone l'illegittimità per la violazione dell'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. È stato sostenuto che il diniego regionale non fosse conforme al parere positivo e soprattutto vincolante della Soprintendenza formatosi per silenzio assenso. La Regione, infatti, *“per la natura vincolante del parere favorevole della Soprintendenza (art. 146, comma 5, cit.), era tenuta al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, non potendo rimettere in discussione il risultato procedimentale cui si era pervenuti”*⁷⁵.

Questi orientamenti contrastano con quanto sostiene la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che esclude la consumazione del potere decisionale della Soprintendenza in caso di inerzia⁷⁶ e che dichiara che la perentorietà del termine riguarderebbe, più che la sussistenza del potere, l'obbligo di concludere la fase del procedimento⁷⁷. Tale giurisprudenza afferma che *“decorso il termine assegnato, l'organo statale conserva la possibilità di rendere il parere ma il parere espresso tardivamente perde il suo valore vincolante e deve essere quindi autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo”*⁷⁸.

Se, però, si considera il parere della Soprintendenza vincolante, come tra l'altro si evince chiaramente dal testo di legge, una volta formatosi il silenzio assenso, non è più possibile, per la Soprintendenza, esprimere successivamente un diverso parere, anche se non vincolante.

L'art 17-bis è una norma trasversale e, in virtù del principio di abrogazione implicita, prevale sulle discipline settoriali dei procedimenti di tutela dei beni culturali e di quelli paesaggistici previsti nel Codice ad essi relativo, quindi anche sul Codice dei

collaborazione tra amministrazioni, segnalando all'amministrazione procedente ragioni di opportunità o illegittimità che, a suo avviso, precludono l'adozione del provvedimento finale”.

⁷⁴ Art. 17-bis, comma 3, l. n. 241/90.

⁷⁵ TAR Cagliari, (Sardegna) Sez. II, 08 giugno 2017, n.394.

⁷⁶ G. GUZZO - E. DEL GRECO, *op.cit.*, p. 17.

⁷⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1935/2016; Consiglio di Stato, sentenza n. 4656/2013.

⁷⁸ Consiglio di Stato, sentenza n. 2136/2015.

beni culturali e del paesaggio. Se non prevalesse su tutte le amministrazioni di settore, avrebbe pochissima portata applicativa.

Tra l'altro, anche l'assunto per cui *"l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione"*⁷⁹ non fa altro che salvaguardare il principio secondo cui il provvedimento conclusivo debba essere in forma espressa, dato il carattere discrezionale delle valutazioni in esso contenute⁸⁰.

Altro aspetto da evidenziare è il fatto che l'orientamento giurisprudenziale, che tende ad escludere l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso tra le pubbliche amministrazioni al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, si basi per lo più su un passaggio del parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016, che non ammette l'applicazione dell'art. 17-bis *"ai procedimenti ad iniziativa di parte che si svolgono presso un'amministrazione competente a ricevere la domanda del privato, ma rispetto ai quali la competenza sostanziale è di altra amministrazione"*⁸¹. Il parere, contrariamente da quanto ritenuto dalla giurisprudenza contraria all'applicazione dell'art. 17-bis, non esclude dal perimetro di operatività dell'articolo l'intera categoria dei procedimenti ad istanza di parte, bensì sottolinea che questo operi solo quando vi sia una effettiva condivisione della funzione decisoria tra più amministrazioni *"e non, invece, nel caso in cui l'amministrazione ricevente l'istanza si limiti a svolgere meri riscontri di regolarità e a trasmetterla all'autorità competente, senza interferire con il processo decisionale"*⁸².

È il caso dello Sportello Unico⁸³. Lo stesso parere afferma espressamente che

⁷⁹ Art. 146 del d.lgs. n. 42/2004.

⁸⁰ F. D'ANGELO, *op.cit.*

"Sul "principio della necessità di pronuncia esplicita" nelle materie a "elevato tasso di discrezionalità" si v. Corte cost. n. 302/1988; Corte cost. n. 194/1993; Corte cost. n. 408/1995; Corte cost. n. 26/1996 e, più recentemente, Ad. Plen. n. 17/2016, che nel ritenere compatibile la fattispecie del silenzio assenso con il nulla osta dell'Ente Parco (art. 13, L. n. 394/1991), sottolinea la distinzione con l'autorizzazione paesaggistica (ritenuta, invece, incompatibile). Si attende, inoltre, la pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale della L. R. Sicilian. 17/2004 che, all'art. 46, prevede la formazione del silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione paesaggistica presentata dal privato (e, dunque, nei rapporti verticali amministrazione cittadino, in contrasto con il predetto principio)".

⁸¹ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op.cit.*

⁸² F. D'ANGELO, *op.cit.*

⁸³ G. MARI, *op.cit.*, p.6. *"Nella direttiva Bolkestein, citata in premessa, lo sportello unico è configurato come risposta alla frammentazione delle competenze, ferma restando "la ripartizione di funzioni e competenze tra le autorità all'interno dei sistemi nazionali": la relativa istituzione, quindi, non comporta una riorganizzazione delle competenze. In tale senso, con riferimento alla disciplina nazionale dello sportello unico delle attività produttive, la Corte costituzionale ha evidenziato come la legge configuri "una sorta di procedimento di procedimenti, cioè un iter procedimentale unico in cui confluiscono e si coordinano gli atti e gli adempimenti, facenti capo a diverse competenze, richiesti dalle norme in vigore perché l'insediamento produttivo possa legittimamente essere realizzato"; pertanto, "quelli che erano, in precedenza, autonomi provvedimenti, ciascuno dei quali veniva adottato sulla base di un procedimento a sé stante, diventano "atti istruttori" al fine dell'adozione dell'unico provvedimento conclusivo, titolo per la realizzazione dell'intervento richiesto". La Corte tiene peraltro a precisare che "ciò non significa... che vengano meno le distinte competenze e le distinte responsabilità delle amministrazioni deputate alla cura degli interessi pubblici coinvolti"*.

deve “*escludersi che il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni possa operare nei casi in cui l’atto di assenso sia chiesto da un’altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse, ma nell’interesse del privato (destinatario finale dell’atto) che abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico*”. Questi procedimenti sono considerati procedimenti ad istanza di parte⁸⁴ e, pur svolgendosi presso un’amministrazione competente a ricevere la domanda del privato, la competenza sostanziale appartiene ad un’altra amministrazione. In questi casi le amministrazioni che ricevono l’istanza del privato svolgono un ruolo di mediazione tra quest’ultimo e l’amministrazione⁸⁵.

Un esempio è lo sportello unico nel caso di procedimenti in materia edilizia⁸⁶, considerato un centro di gestione unitario dei rapporti tra i cittadini, l’amministrazione comunale e le altre amministrazioni coinvolte⁸⁷.

Ebbene, anche se vengono coinvolte più p.a., si tratta comunque di una decisione monostrutturata, in quanto titolare del potere decisionale è un’unica autorità. L’applicazione del silenzio assenso “*comporterebbe la totale obliterazione dell’unico momento valutativo, ripercuotendosi direttamente nei rapporti verticali tra amministrazione e cittadino ed eludendo i limiti posti dall’art. 20, L. n. 241/1990*”⁸⁸.

Questa tipologia di provvedimenti, però, non è in alcun modo assimilabile al procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, che va considerato come un procedimento pluristrutturato, dato che il parere della Soprintendenza è vincolante.

⁸⁴ *Ibidem*. “Nonostante la qualificazione degli atti di assenso presupposti come condizione di validità del permesso di costruire, non è comunque possibile applicare nella specie l’art. 17-bis l. n. 241/1990 nelle ipotesi in cui l’amministrazione competente sull’atto di assenso investita della richiesta dallo sportello unico rimanga inerte oltre il termine previsto, trattandosi di procedimenti collegati relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento dell’intervento edilizio ed esito di separate valutazioni (supraparagrafo 2) e svolgendo lo sportello unico un ruolo di mero intermediario”.

⁸⁵ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op.cit.* “L’applicazione del nuovo istituto a queste ipotesi introdurrebbe, di fatto, una ipotesi di silenzio-assenso nei rapporti tra privati”.

⁸⁶ Cfr. G. MARI, *op.cit.*, p.6. “Recenti modifiche e integrazioni del t.u. edilizia hanno valorizzato e accresciuto la funzione di semplificazione svolta dallo sportello unico dell’edilizia, rappresentando esso, per chi si rapporta con la p.A., il soggetto unico con cui interloquire (coerentemente con i principi di economicità ed efficacia dell’azione amministrativa)”.

⁸⁷ *Ibidem*. “Il s.u.e. costituisce, così, “unico punto di accesso” per il privato interessato “in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti il titolo abilitativo e l’intervento edilizio oggetto dello stesso” (co. 1-bis dell’art. 5 t.u. edilizia, inserito nel 2012); esso acquisisce, presso le amministrazioni competenti, anche mediante una conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14 e ss. l. n. 241/1990, gli atti di assenso delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità. Lo sportello fornisce, poi, “una risposta tempestiva in luogo di tutte le amministrazioni, comunque coinvolte”, essendo il solo deputato a trasmettere comunicazioni al richiedente. Dalle citate disposizioni risulterebbe esclusa — contrariamente a quanto si verifica ancora nella prassi e a quanto indicato nella circolare MIBAC descritta al paragrafo 3 — la possibilità di rivolgersi direttamente alla Soprintendenza o alle amministrazioni competenti al fine di risolvere preliminarmente le questioni legate alla presenza di vincoli di tutela, prima di presentare al comune il progetto edilizio: l’eventuale istanza presentata verrebbe inoltrata allo sportello unico senza essere istruita nel merito”.

⁸⁸ F. D’ANGELO, *op.cit.*

Lo stesso parere del Consiglio di Stato più volte menzionato stabilisce che l'art. 17-bis si applichi ai pareri vincolanti e alle decisioni pluristrutturate, ragion per cui non può non trovare applicazione al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che rientra certamente tra questi casi.

Altro argomento da confutare è quello secondo cui l'applicazione dell'art. 17-bis al procedimento autorizzatorio non comporterebbe alcun vantaggio in termini di contrazione di tempi, e quindi non sarebbe in linea con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione propri della riforma Madia. Questo perché il procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. 42/2004 prevede tempistiche più brevi rispetto ai novanta giorni dell'articolo 17-bis, la cui applicazione, quindi, non velocizzerebbe il procedimento.

In realtà, anche se la norma da ultimo menzionata prevede tempi leggermente più lunghi per la formazione del silenzio assenso, il risultato a cui si giunge è un provvedimento sicuramente favorevole per il privato, vincolante e soprattutto stabile. L'istituto, oltre la celerità dei tempi, riesce ad assicurare anche la soddisfazione dell'interesse sostanziale del richiedente⁸⁹.

5. Conclusioni

La difficoltà di coordinare le disposizioni normative oggetto di studio e i frequenti oscillamenti giurisprudenziali rendono necessario l'intervento del legislatore per ripristinare la certezza del diritto e cercare di risolvere, una volta per tutte, la questione riguardante l'applicabilità dell'art. 17-bis della l. n. 241/90 al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004.

In attesa di un auspicato intervento correttivo, il lavoro ha cercato di fornire un proprio contributo, innanzitutto, analizzando le varie pronunce giurisprudenziali che sostengono la non applicabilità dell'art. 17-bis al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. Ha, poi, individuato i punti fondamentali su cui queste si basano, confutandoli con argomentazioni a sostegno, viceversa, dell'applicazione della disciplina del silenzio assenso tra p.a. al procedimento autorizzatorio.

Le scelte del legislatore devono garantire un'adeguata valutazione e salvaguardia degli interessi costituzionalmente tutelati ed essendo la tutela del paesaggio un principio di rilevanza costituzionale⁹⁰, non può essere compromesso da dinamiche procedurali opache.

⁸⁹ Cfr. F. D'ANGELO, *op.cit.*, p. 237. Il "comma 8-bis nel testo dell'art. 2, 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": al di fuori di tali ipotesi il parere tardivo non ha alcuna rilevanza giuridica". Si v., al riguardo, M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2020, 730 ss.

⁹⁰ Art. 9 Cost.: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e

gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali".