



L'APPLICABILITÀ DEL SILENZIO ASSENSO AL PROCEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA: LE RECENTI APERTURE DELLA GIURISPRUDENZA

di Annapaola ERCOLINO*

ABSTRACT

La trattazione muove dall'evoluzione del concetto di paesaggio, tentando di destreggiarsi nell'intricato susseguirsi di norme che hanno gradualmente rafforzato la sua tutela. L'analisi involge poi nello specifico il procedimento di autorizzazione paesaggistica, come da ultimo disciplinato dal Codice dei beni culturali. Con riferimento al parere della Soprintendenza, coinvolta nel procedimento autorizzatorio, si è aperto un dibattito tra le file della dottrina e della giurisprudenza, che ha di recente aperto all'applicabilità del silenzio assenso di cui all'art. 17 bis della L. n. 241/1990 in caso di inerzia dell'amministrazione statale. La questione, di particolare interesse, è tuttora aperta, sicché non può escludersi un prossimo intervento dell'Adunanza Plenaria.

The essay starts from the evolution of the concept of landscape, attempting to discern the intricate succession of regulations that have gradually strengthened its protection. The analysis then specifically involves the landscape authorization procedure, as ultimately regulated by the Cultural heritage code. Regarding the opinion of the Superintendence, necessary in the authorization procedure, a debate has opened in doctrine and jurisprudence, which has recently opened up the applicability of the silent simplification mechanism referred to in the art. 17 bis of Law no. 241/1990 in case of inertia of the state administration. The question, of particular interest, is still unresolved, so a future intervention by the Plenary Assembly cannot be ruled out.

SOMMARIO

1. Il paesaggio come valore: evoluzione della normativa 1
2. La disciplina attuale..... 3

3. Il ruolo della soprintendenza e la natura del parere di compatibilità paesaggistica..... 5
4. Il contrasto giurisprudenziale 6
5. L'orientamento contrario all'applicabilità dell'art. 17 bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241 ..7
6. L'orientamento favorevole 9
7. Considerazioni critiche e conclusioni..... 10

1. IL PAESAGGIO COME VALORE: EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA

La questione che ci si propone di affrontare implica una preliminare analisi semantica della nozione di “paesaggio”, spesso promiscuamente e impropriamente adoperata all'interno della normativa con locuzioni talvolta sinonimiche, ma più di frequente differenti tra loro.

Per Sandulli, uno dei fondatori dell'analisi giuridica del paesaggio, la locuzione indicherebbe il panorama romanticamente inteso, come insieme di oggetti naturali aventi valore estetico in una pura percezione a distanza¹.

L'esigenza di tutela giuridica del paesaggio emerse, nel nostro ordinamento, sulla scia dell'esperienza nordamericana, laddove la dichiarazione di inalienabilità era stata efficacemente utilizzata per la salvaguardia delle foreste pietrificate dell'Arkansas². Così in Italia, con la legge 16 luglio del 1905 n. 411, promossa dall'allora Ministro dell'Agricoltura, Luigi Rava, si dichiararono «inalienabili» i relitti della pineta di Ravenna³. Tuttavia, il limite di tale legge si individua nell'applicazione di valori estetici e culturali fino ad allora maturati nell'ambito della tutela dei monumenti, secondo il c.d. criterio monumentale.

* Abilitata alla professione forense, Funzionario addetto all'Ufficio del Processo presso il Consiglio di Stato.

¹ SANDULLI A.M., *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. Giur. Edil.*, n.9/1967, pp. 63 e ss.

² Si veda sul tema MAESANO M., *L'evoluzione concettuale del paesaggio tra giurisprudenza e dottrina*, rivista *Ratio Iuris*, Giu 17, 2020 | *Diritto Amministrativo*.

³ L. RAVA, *La pineta di Ravenna*, in *Nuova Antologia di Scienze, Lettere ed Arti*, Roma, 1897.

Un ulteriore contributo fu poi offerto dalla legge 11 giugno 1922, n. 778, nota anche come legge Croce in quanto promulgata su impulso dell'allora ministro della Pubblica Istruzione, lo storico e filosofo Benedetto Croce. In retrospettiva storica, la legge deve ritenersi significativa per tre motivi, ovvero per aver indicato come oggetto della tutela le bellezze naturali sotto il profilo estetico panoramico, per aver introdotto la dichiarazione di interesse pubblico di parti circoscritte del territorio e il procedimento di autorizzazione paesistica, nonché per aver conferito al ministero competente poteri conformativi⁴.

La natura del tutto discrezionale del provvedimento di dichiarazione di interesse pubblico, del provvedimento di rilascio o di diniego, dell'autorizzazione, nonché delle prescrizioni limitative degli interventi divenne così un aspetto delicato della materia, costante quasi sino a oggi.

Nel 1939, sotto gli auspici del Ministro Bottai, furono approvate la legge 1 giugno 1939, n. 1089 sulle cose di interesse artistico e storico e la legge 29 giugno 1939, n. 1497 sulla protezione delle bellezze naturali il cui articolo 1⁵ rivela la filosofia sottesa alla normativa: la ragione della tutela del paesaggio era essenzialmente estetica, figurativa con particolare attenzione verso i livelli di cospicua e non comune bellezza, salvo un'apertura maggiormente naturalistica verso i cospicui caratteri di singolarità geologica⁶. La bellezza acquisiva così i suoi diritti, non solo come fonte di lucro, ma come gioia dell'anima⁷.

Vale osservare che nel regime della legge 1467 del 1939 tutte le competenze, apposizione del vincolo, elaborazione del piano paesaggistico e rilascio delle autorizzazioni, rientravano nella competenza statale in capo al Ministero dell'Istruzione.

L'evoluzione del concetto di paesaggio nelle due leggi del 1939, unitamente all'evocazione congiunta, nella Costituzione, dei beni storico - artistici e del paesaggio, come oggetto di una essenziale funzione pubblica di tutela, propiziarono l'inserimento anche di quelle allora definite bellezze naturali tra i beni culturali della nazione, coniando una categoria unificante più ampia, destinata a giungere sin quasi a oggi⁸.

Invero, con la Carta Costituzionale del 1948 venne definitivamente abbandonato il c.d. criterio monumentale, finalizzato ad apprestare tutela ai monumenti artistici, storici e naturali, in favore di una diversa impostazione che si inverte nell'articolo 9 Cost.⁹, la cui formulazione consentiva di estendere la disciplina a salvaguardia non solo ai beni rientranti nel novero delle bellezze naturali, ma anche a aree del territorio determinate dalla legge per categoria e ritenute meritevoli di particolare protezione dal legislatore¹⁰. La tutela del paesaggio venne così a essere intesa nel senso lato della tutela ecologica¹¹ e della conservazione dell'ambiente¹², strettamente connessa con la protezione della natura, in quanto contrassegnata da interessi estetico-culturali, ma anche in quanto influente in maniera pervasiva in

⁴ Si veda sul punto AMOROSINO S., Introduzione al diritto del paesaggio, Editori Laterza, 2010, pag. 10 -11.

⁵ La legge 1497/39 ha tutelato le "bellezze artistiche e panoramiche", fornendo tuttavia una nozione "ristretta" di paesaggio, riferendosi a 4 tipologie di bellezze indicate all'art. 1:

- 1) le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica;
- 2) le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza;
- 3) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale;
- 4) le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze.

⁶ S. CASSESE, I beni culturali da Bottai a Spadolini, in L'amministrazione dello Stato, Milano, 1976, già in Rassegna degli Archivi di Stato, 1975; V. CAZZATO (a cura di), Istituzioni e politiche culturali in Italia negli anni Trenta, Roma 2001; F. MERUSI, Commento all'art. 9 Cost., in Comm. Cost. Branca, Bologna-Roma, 1975; G. MORBIDELLI (a cura di), Firenze, 2014 e in www.giustamm.it, n. 11 del 2012.

⁷ Si veda rivista Rassegna d'Arte, maggio 1905.

⁸ M.S. Giannini, I beni culturali, in Riv. trim.dir. pubbl., 1976

⁹ 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.

¹⁰ Si veda sul tema Corte Cost., 8 maggio 1998, ord. n. 158.

¹¹ Si veda sul tema Corte Cost., 3 ottobre 1990, n. 430

¹² Si veda sul tema Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 391

innumerevoli aspetti della vita umana, tra cui la salute¹³.

In altri termini, la tutela del paesaggio nella Costituzione divenne espressione di un principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo, la cui tutela spetta allo Stato ma può essere delegata alle Regioni. Il fil rouge, riscontrabile nel passaggio di testimone tra un'autorità amministrativa preposta al procedimento di autorizzazione paesistica e l'altra, è certamente rinvenibile nella presenza di un ampio potere discrezionale in capo alle medesime¹⁴.

È, a questo punto, opportuno un seppur breve riferimento alla complessa stagione culminata nella legge 8 agosto 1985, n. 431, nota come legge Galasso, promulgata allo scopo di rimediare alle situazioni di dubbia legittimità ingenerate dai decreti c.d. "galassini", i quali vincolavano ampie parti del territorio secondo il criterio "per categorie di beni", in base alla previsione della citata legge del 1939.

I numerosi provvedimenti di vincolo adottati nel giro di pochi mesi dalle soprintendenze, secondo un meccanismo che già allora veniva da molti definito di cogestione del vincolo, divenivano oggetto di ricorsi amministrativi, nei quali si contestava lo snaturamento della portata e della funzione dell'istituto. Allo scopo di salvare gli effetti dei "galassini", si provvide a blindarli tramite legificazione¹⁵.

In punto di competenze, la legge Galasso e il precedente D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, contribuirono ad aprire la strada alla regionalizzazione delle funzioni¹⁶.

Una rivisitazione sistematica della disciplina fu poi compiuta con il D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, nel quale furono riunite le disposizioni vigenti in materia di beni culturali e di paesaggio.

Appena quattro anni dopo, nel 2003, una nuova commissione ministeriale veniva incaricata di redigere un codice dei beni culturali e del paesaggio, in base a una nuova e amplissima delega legislativa¹⁷.

Il testo elaborato dalla commissione è stato approvato con il D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cui si sono susseguiti, nel 2006¹⁸ e nel 2008¹⁹, due successivi decreti correttivi.

A conclusione di siffatto excursus, va rilevato che la nozione di "paesaggio" appare ancora oggi in continuo divenire e, lungi dall'essere un fatto, integra piuttosto un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere valutato diacronicamente e sincronicamente. Come affermato da autorevolissima dottrina, il paesaggio, dunque, è la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura. Di quest'ultima, il paesaggio diventa forma, linguaggio, comunicazione, messaggio, terreno di rapporto tra gli individui²⁰.

2. LA DISCIPLINA ATTUALE

Il sistema della pianificazione e della autorizzazione paesaggistica è oggi regolato dal D.lgs. n. 42 del 2004, che ha sostituito il precedente Testo Unico del 1999.

La disciplina delineata dal c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio, persegue il precipuo scopo di garantire la tutela, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio culturale, categoria che, come sopra evidenziato, comprende sia i beni culturali che quelli paesaggistici. L'esercizio del potere autorizzatorio in materia si giustifica, pertanto, proprio in forza delle esigenze di conservazione di tali beni e di godimento degli stessi da parte della collettività²¹.

In particolare, l'autorizzazione paesaggistica è un istituto cardine del diritto del paesaggio e

¹³ Si veda sul tema Corte Cost., 15 novembre 1988, n. 1029

¹⁴ G. CERUTI, *La protezione del paesaggio nell'ordinamento italiano: evoluzione. Una proposta per il terzo millennio*, in *Riv. Giur. Amb.*, vol. 27, n. 1/2012.

¹⁵ AMOROSINO S., *Introduzione al diritto del paesaggio*, Editori Laterza, 2010.

¹⁶ Così ancora AMOROSINO S., op. cit.

¹⁷ Così ancora AMOROSINO S., op. cit.

¹⁸ D.lgs. 24 marzo 2006.

¹⁹ D.lgs. 26 marzo 2008.

²⁰ A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Il Capitale Culturale*, 2014.

²¹ GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Cedam editore, 2019.

si pone in stretta correlazione con i vincoli paesaggistici²². Il procedimento di rilascio della autorizzazione paesaggistica costituisce, com'è evidente, un sub procedimento, di competenza della regione o dell'ente da essa delegato, che si inserisce nel procedimento "principale", avente a oggetto l'autorizzazione di un'opera o un progetto²³.

L'iter procedimentale volto al rilascio dell'autorizzazione de quo si rinviene nell'art. 146 del Codice dei beni culturali, come da ultimo modificato dall'articolo 25 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, una norma complessa e ricca di rinvii, della quale si rende opportuna una breve disamina.

I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree di interesse paesaggistico hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, astenendosi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione, posto che questa costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento.

La funzione autorizzatoria in materia di paesaggio è esercitata dalla regione, che può delegarne l'esercizio ai Comuni. Al comma 5²⁴ del citato art. 146, si assegna alle soprintendenze una funzione *latu sensu* consultiva, in ordine al rilascio di un parere vincolante limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo

complesso e alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti.

In caso di parere negativo, il soprintendente comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della L. 7 agosto 1990, n. 241; entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede "in conformità".

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.

L'interpretazione sistematica di tali disposizioni, il primo periodo del comma 9 costituisce un univoco indice normativo secondo cui, spirato il termine per l'espressione del parere vincolante da parte della Soprintendenza, l'organo statale non viene privato *tout court* della possibilità di rendere un parere. L'atto perderà, tuttavia il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo²⁵.

Può sin da ora evidenziarsi come dalla circostanza che nel corso della prima fase, che si esaurisce con il decorso del termine di legge, l'organo statale emana un parere vincolante, dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non può discostarsi,

²² Sul tema M.R. SPASIANO, *Commento all'art. 146*, in AA.VV., *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2006.

²³ Per la disamina dell'art. 146 del D.lgs. n. 42/2004 si veda Cons. Stato, Sez. VI, Sent. 24/05/2022, n. 4098.

²⁴ Dispositivo dell'art. 146 Codice dei beni culturali e del paesaggio, comma 5: 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 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.

²⁵ cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136; id., n. 4927/2015

una consistente parte della giurisprudenza²⁶ abbia fatto discendere la sussistenza di un vero e proprio meccanismo di cogestione e codecisione. La Soprintendenza, in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, eserciterebbe dunque un potere di cogestione del vincolo paesaggistico, esprimendo un giudizio connotato da ampia discrezionalità tecnica.

3. IL RUOLO DELLA SOPRINTENDENZA E LA NATURA DEL PARERE DI COMPATIBILITÀ PAESAGGISTICA

Il ruolo del soprintendente nella procedura autorizzatoria assume un'importanza nevralgica, che si accompagna però a un difficile inquadramento. In particolare, in ordine al parere si pongono una serie di dubbi e problematiche, concernenti l'oggetto della valutazione del soprintendente, la natura e l'efficacia del parere e le conseguenze della sua mancata espressione²⁷, del quale si tratterà più dettagliatamente infra.

Quanto all'oggetto, come si evince dal comma 8²⁸ del citato art. 146, deve rilevarsi che lo spazio di valutazione del soprintendente coincide esattamente con quello dell'autorità procedente e consiste nel vagliare esattamente la compatibilità paesaggistica dell'intervento o nel verificare la conformità del progetto alle prescrizioni del piano o del vincolo. Si tratta, come anzidetto, di valutazioni ampiamente discrezionali²⁹.

Rispetto alla natura giuridica, se è vero che il parere consiste normalmente in una manifestazione di opinione tecnicamente qualificata³⁰, il parere vincolante in quanto vincola, in tutto o in parte, il

contenuto del provvedimento finale, ha natura di atto di volontà e più precisamente di atto di decisione o almeno di codecisione del provvedimento stesso. Da tale considerazione discende un ulteriore profilo di complessità, concernente l'imputazione del provvedimento finale.

Parte della dottrina³¹ ha posto in risalto il paradosso per il quale l'amministrazione procedente è chiamata ad adottare un provvedimento del quale, di fatto, non ha deciso il contenuto. La titolarità del provvedimento va, nondimeno, ricondotta all'ente procedente, che dovrà difendersi in giudizio in caso di eventuale ricorso del privato. Tale dissociazione tra responsabilità formale e potere di decisione sostanziale può ingenerare non poche difficoltà operative.

Dal canto suo la giurisprudenza ha in più occasioni evidenziato che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004, la Soprintendenza esercita non più un sindacato di mera legittimità sull'atto autorizzatorio, essenzialmente adottato dalla Regione o dall'ente subdelegato, con il correlativo potere di annullamento a estrema difesa del vincolo, ma una valutazione di "merito amministrativo", espressione dei nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico³². Nell'espletamento di tale funzione, in particolare per la formulazione dei pareri, la Soprintendenza dispone di un'ampia discrezionalità tecnico-specialistica e il potere di valutazione tecnica esercitato è sindacabile in sede giurisdizionale soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta ovvero errore di fatto conclamato³³.

La giurisprudenza è stata a lungo consolidata nel ritenere che in caso di mancato rispetto del termine

²⁶ Si vedano, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 19/10/2023, n. 9094; Cons. Stato, Sez. IV, 13/06/2023, n. 5807; Cons. Stato, Sez. IV, 19/04/2021, n. 3145; Cons. Stato, Sez. VI, 17/03/2020, n. 1908; Cons. Stato, Sez. VI, 08/10/2018, n. 5770.

²⁷ Sul tema ancora AMOROSINO S., *Introduzione al diritto del paesaggio*, Editori Laterza, 2010.

²⁸ Dispositivo dell'art. 146 Codice dei beni culturali e del paesaggio, comma 8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli

atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993.

³¹ Ancora AMOROSINO S., *Introduzione al diritto del paesaggio*, Editori Laterza, 2010.

³² Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, Sent. 25 febbraio 2013, n. 1129

³³ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, Sentenza n. 3885 del 16/06/2020; conforme Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza, 15/05/2017, n. 2262.

di novanta giorni stabilito dall'art. 167, comma 5, del D.Lgs. n. 42 del 2004, per l'adozione del parere vincolante da parte della Soprintendenza sulla compatibilità paesaggistica postuma, il potere dell'Amministrazione statale continua a sussistere ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, ex art. 117 c.p.a., per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale.

L'omesso rispetto del termine non rende illegittimo il parere tardivo e comporta che comunque il provvedimento conclusivo del procedimento debba far riferimento motivato al parere espresso dall'organo statale sia in modo tardivo. In altre parole, 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 titolo³⁴.

In ordine all'efficacia eventualmente da riconoscere a un parere negativo da parte della Soprintendenza, reso successivamente al decorso del termine di quarantacinque giorni, sono stati prospettati tre possibili esiti: a) la consumazione del potere per l'organo statale di rendere un qualunque parere, di carattere vincolante o meno; b) la permanenza in capo alla Soprintendenza del potere di emanare un parere di carattere comunque vincolante, dovendosi in particolare riconoscere carattere meramente ordinatorio al richiamato termine; c) la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, privo di effetti vincolanti ma autonomamente valutabile dall'amministrazione titolare dell'adozione dell'atto autorizzatorio finale³⁵.

Alla stregua di tale indirizzo interpretativo, in caso di pronuncia tardiva, purché anteriore alla "chiusura" del procedimento segnata dal rilascio del provvedimento finale da parte del comune, il parere della Soprintendenza dequoterebbe a obbligatorio,

restando efficace e fondando comunque l'obbligo comunale di esame e di motivazione in caso di dissenso³⁶.

4. IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE

Innestato nel corpo della legge generale sul procedimento amministrativo dall'art. 3 della l. 7 agosto 2015, n. 124, l'art. 17 bis è un meccanismo di semplificazione preposto alle ipotesi in cui l'amministrazione procedente, per l'adozione di un provvedimento normativo o amministrativo, debba acquisire l'assenso, il concerto o il nulla osta, comunque denominato, di un'altra amministrazione pubblica o di un gestore di beni o servizi pubblici. In tal caso, l'assenso si intende acquisito con l'inutile decorso del termine di trenta giorni dal ricevimento, da parte dell'amministrazione tenuta a pronunciarsi, dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione³⁷.

In particolare, il comma 3 estende l'applicazione del modulo procedimentale appena descritto 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, prevedendo però in tali casi il più lungo termine di novanta giorni.

La norma in esame è stata poi modificata a opera dell'art. 12, comma 1, lett. g), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto «Semplificazioni», che ha esteso il medesimo modulo procedimentale alle ipotesi in cui, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi, sia prevista la proposta da una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto. In tali casi quest'ultima, qualora la proposta non sia trasmessa nel termine di trenta giorni dalla richiesta, può comunque procedere, inviando lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso, che si forma tacitamente decorsi ulteriori

³⁴ Cfr. Cons. di Stato Sez. VI, Sentenza n. 1935 del 13/05/2016; conforme Sez. III, Sentenza n. 1613 del 26/04/2016.

³⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. I, 28 giugno 2021, n. 1114

³⁶ Così Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 02/10/2023, n. 8610; conformi Cons. Stato Sez. VI, Sent., 27/04/2015, n. 2135; idem 28/10/2015 n. 4927.

³⁷ APERIO BELLA F., *Il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni* (il nuovo art. 17 bis della l. n. 241 del 1990), intervento al convegno «I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive e imprenditoriali», 8-9 aprile 2016, Campobasso, in www.diritto-amministrativo.org;

trenta giorni. La disposizione non si applica ai casi in cui la proposta sia di competenza di amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili³⁸.

Tale limitazione ha per lungo tempo indotto la dottrina a escludere l'applicabilità del nuovo istituto all'autorizzazione paesaggistica, per la quale invece l'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio prevede uno speciale meccanismo di superamento dell'inerzia della Soprintendenza, imponendo a essa di esprimere il proprio parere vincolante entro quarantacinque giorni dalla proposta di provvedimento e abilitando l'amministrazione procedente - decorso inutilmente il termine di sessanta giorni - a provvedere prescindendo dal suo parere³⁹.

Sul versante giurisprudenziale deve invece rilevarsi che se in un primo momento non sono stati posti ostacoli all'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 17 bis della L. n. 241/1990 al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, salvo che per la precisazione in merito al più breve termine di 45 giorni in cui si sarebbe formato il silenzio assenso, come previsto dal citato articolo 146⁴⁰, si è ben presto assistito a un *revirement*⁴¹. Pronunce di segno contrario hanno ritenuto non applicabile all'autorizzazione paesaggistica il silenzio assenso di cui si discorre, in quanto in tali casi l'assenso sarebbe richiesto dall'amministrazione procedente nell'interesse del privato, sicché non potrebbe parlarsi di un rapporto orizzontale tra le amministrazioni, dovendosi invece ritenere instaurato un rapporto verticale tra l'autorità preposta alla gestione vincolo e il privato richiedente⁴².

Un ulteriore contrasto si rinviene in punto di tardività del parere emesso dalla Soprintendenza,

allorquando per il primo orientamento si sarebbe già formato il silenzio assenso: una parte della giurisprudenza afferma che il parere emesso tardivamente dovrebbe ritenersi *tamquam non esset*, ovvero essere annullato in quanto illegittimo⁴³, mentre altro filone giurisprudenziale più moderatamente afferma che il parere successivamente reso non sarebbe più vincolante, potendo l'amministrazione procedente provvedere anche in difformità dello stesso e dovendo, per contro, motivare l'eventuale adesione al suo contenuto precettivo⁴⁴.

Non ultimo, vale osservare che pur muovendo da un'identica premessa, costituita dal noto parere del Consiglio di Stato 13 luglio 2016, n. 1640, i due orientamenti divergono in merito alla connotazione da attribuire alla fase decisoria del procedimento in esame, scorrendo in un caso di decisione monostrutturata e nell'altro di decisione pluristrutturata, con evidenti ricadute in punto di applicabilità del citato art. 17 bis⁴⁵.

5. L'ORIENTAMENTO CONTRARIO ALL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 17 BIS DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241

Un primo orientamento della giurisprudenza, nel negare l'applicabilità dell'art. 17 bis della L. n. 241/1990, afferma che l'autorizzazione paesaggistica costituirebbe un provvedimento monostrutturato, in quanto attivato a istanza della parte privata interessata e non dell'Amministrazione procedente⁴⁶.

Come innanzi anticipato, la giurisprudenza muove dal noto parere del 2016, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio, secondo cui l'art. 17-bis si

³⁸ Si vedano sul tema M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in Urb. app., 2016; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche non riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?* Relazione al convegno dell'1 aprile 2022 «Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza», in www.giustizia-amministrativa.it;

³⁹ SCALIA F., *La controversa relazione tra silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria Alimentare e dell'Ambiente*, n. 1/2024, www.rivistadga.it.

⁴⁰ Si veda tra le altre T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I 9 giugno 2017, n. 1048.

⁴¹ Sempre T.A.R. Campania - Napoli, Sez. III 6 novembre 2020, n. 5049.

⁴² Sul tema Cons. Stato, Sez. IV 27 luglio 2020, n. 4765.

⁴³ T.A.R. Umbria, Sez. I 17 maggio 2018, n. 334,

⁴⁴ Ex Plurimis T.A.R. Abruzzo - Pescara, Sez. I 10 maggio 2018, n. 153, cit.; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II *quater* 15 luglio 2020, n. 8104

⁴⁵ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 24/05/2022, n. 4098

⁴⁶ Tra le altre, Cons. Stato Sez. IV, n. 4765 del 27 febbraio 2020; conformi 29/03/2021, n. 2640; nonché 7/04/2022, n. 2584.

applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata. La disposizione richiede, quindi, che le due Amministrazioni, quella titolare del procedimento e quella interpellata, svolgano entrambe una funzione decisoria sostanziale. Nei casi in cui un'Amministrazione assolva, invece, un incarico meramente formale, raccogliendo e trasmettendo l'istanza del privato all'Amministrazione unica decidente, la decisione risulterà monostrutturata.

In questo caso, invero, non essendoci un'amministrazione codecidente, l'effettivo beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, rientrandosi così in un'ipotesi silenzio assenso nei rapporti non endoprocedimentali, ma verticali.

Ancora, si è affermato che la natura vincolante del parere della Soprintendenza non consentirebbe di ritenere il procedimento de quo connotato da una decisione pluristrutturata, in quanto l'amministrazione procedente, preposta alla tutela del vincolo, o si conforma al parere vincolante reso nei termini dall'organo statale ovvero decorso tale termine perentorio decide autonomamente, dovendo solo tener conto nell'impianto motivazionale del parere obbligatorio, ma non più vincolante, reso tardivamente. Si tratterebbe perciò di un procedimento radicalmente e strutturalmente differente rispetto a quello previsto dal citato art. 17 bis⁴⁷.

Pertanto, parte della giurisprudenza, sulla scorta di tali motivazioni, nega 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.⁴⁸

Nega, altresì, che il parere della Soprintendenza possa adempiere a una funzione vagamente decisoria, richiamando un consolidato impianto

dottrinale circa la natura consultiva dell'apporto dell'amministrazione statale, che interverrebbe nella fase istruttoria del procedimento autorizzativo e, più precisamente, nella fase predecisionale⁴⁹.

In altre e diverse pronunce il Consiglio di Stato, pur negando l'applicabilità del silenzio endoprocedimentale tra amministrazioni, ha di fatto confutato la suesposta argomentazione, sottraendo ogni rilevanza alla circostanza che il procedimento «principale» sia stato avviato a istanza di un privato, atteso che il meccanismo di semplificazione di cui trattasi non ha valore provvedimentale e non sostituisce l'autorizzazione paesaggistica espressa, che, ove non adottata tempestivamente, legittimerebbe il privato a ricorrere ai poteri sostitutivi, a conferma del fatto che l'autorizzazione paesaggistica non potrebbe mai formarsi per silentium.⁵⁰ Tale diverso filone giurisprudenziale contesta altresì l'affermazione secondo cui il procedimento costituirebbe una decisione monostrutturata, in considerazione della natura obbligatoria del parere della Soprintendenza e la sostanziale condivisione del potere decisorio.

Dunque, ad avviso del supremo organo di giustizia amministrativa, la sola ragione dell'inapplicabilità è da rintracciare nella circostanza che se presupposto all'art. 146, comma 9, vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 bis, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche in tal caso l'amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità". Ebbene, anche facendo applicazione del procedimento previsto dall'art. 146, comma 9, del Codice, l'amministrazione procedente sarebbe tenuta a provvedere, in caso di inerzia della Soprintendenza, in conformità alla propria proposta iniziale, pena l'illegittimità del provvedimento, che verrebbe così emesso sulla base di una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza⁵¹. Tuttavia in tal caso, non essendosi

⁴⁷ In tal senso Cons. Stato, Sez. VI 19 agosto 2022, n. 7293.

⁴⁸ Cons. di Stato, parere n. 1640 del 23 giugno 2016

⁴⁹ V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017. Si veda, nello stesso senso, M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, per la quale il parere,

pur formalmente collocato all'interno dell'istruttoria, è più propriamente anello di congiunzione tra la fase c.d. «istruttoria in senso stretto», di acquisizione dei fatti e selezione degli interessi, e fase di assunzione della decisione.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV 24 maggio 2022, n. 4098.

⁵¹ Cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. VI 11 dicembre 2017, n. 5799.

ancora formato un provvedimento definitivo, come invece avverrebbe in caso di applicazione dell'art. 17 bis, l'amministrazione precedente potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, posto che l'amministrazione è tenuta, per l'appunto, a provvedere "comunque" e non "in conformità"⁵².

6. L'ORIENTAMENTO FAVOREVOLE

Alcune e più recenti sentenze del Consiglio di Stato, affrontando il tema del silenzio della Soprintendenza e muovendo proprio dalle critiche alle argomentazioni sin qui esposte, si sono pronunciate a favore dell'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 17 bis della citata L. n. 241/1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica.

Segnatamente, detta giurisprudenza⁵³ confuta l'affermazione secondo cui l'autorizzazione paesaggistica costituirebbe un provvedimento monostrutturato, rilevando come la relazione tra Regione/ente locale e Soprintendenza non potrebbe tradursi in un rapporto meramente interno, ossia finalizzato a cogestire la fase istruttoria del procedimento e non quella decisoria.

Per contro, si evidenzia in premessa come tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluristrutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione, che costituisce l'espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico⁵⁴. Così inteso il parere della Soprintendenza, nulla

osterebbe all'applicazione dell'art. 17 bis della legge n. 241/1990, diversamente rispetto ai pareri consultivi non vincolanti, assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17.

Come anticipato, anche nell'ambito di questo filone il suindicato parere del 2016 costituisce un'argomentazione di spicco, nella misura in cui valorizza il dato squisitamente letterale dell'art. 17 bis, evidenziando che il testo della legge, formulata, mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria, rappresentando, inoltre, il punto fermo di ogni attività interpretativa e a cui, all'esito del combinato ricorso a tutti gli altri canoni di interpretazione, è necessario ritornare. Il Consiglio di Stato afferma, conseguentemente, il limite insuperabile e imprescindibile dell'attività interpretativa, costituito dal il testo della legge, onde rifuggire da esiti con esso radicalmente incompatibili⁵⁵.

Inoltre, il filone giurisprudenziale favorevole all'impiego del meccanismo de quo in relazione alle fattispecie di tutela degli interessi paesaggistici utilizza, come argomento a fortiori, la lettera e la ratio del novellato art. 2, comma 8 bis, legge n. 241/1990⁵⁶, introdotto dal decreto c.d. "Semplificazioni", convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120. La formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova, nel dichiarare l'inefficacia di determinazioni relative ai provvedimenti, autorizzazioni, pareri, nulla osta e atti di assenso comunque denominati, laddove emessi oltre la scadenza dei termini, costituirebbe la

⁵² Nello stesso senso si veda Cons. Stato, Sez. VI 21 aprile 2023, n. 4057, secondo cui «il silenzio-assenso previsto dall'art. 17 bis della legge 241/90 non può formarsi in materia di autorizzazione paesaggistica, nei rapporti tra la Regione, o l'ente da essa delegato, e la Soprintendenza: sul punto si rinvia a quanto rilevato nelle motivazioni della sentenza n. 4098/2022, nella quale si è evidenziato come l'art. 146, comma 9, del d.lgs. 42/2004, stabilendo che l'amministrazione competente, a fronte della inerzia della Soprintendenza nel rendere il parere di sua competenza, "provvede comunque" - e non già "provvede in conformità" - evidenzia l'assenza di un atto vincolante per l'amministrazione competente e, quindi, l'assenza di un silenzio-assenso sulla proposta formulata dalla amministrazione competente alla Soprintendenza. L'impossibilità di applicare l'art. 17 bis con specifico riferimento alle autorizzazioni paesaggistiche discende, dunque, dalla mera constatazione che si tratta di un effetto evidentemente non voluto dal legislatore».

⁵³ Ex plurimis Cons. Stato, Sez. VI 21 novembre 2016, n. 4843; Cons. Stato, Sez. VI 15 maggio 2017, n. 2262; Cons. Stato, Sez.

VI 17 marzo 2020, n. 1903; Cons. Stato, Sez. VI 16 giugno 2020, n. 3885.

⁵⁴ Sul punto si vedano altresì Cons. Stato, Sez. VI 5 ottobre 2020, n. 5831; Cons. Stato, Sez. VI 18 marzo 2021, n. 2358; Cons. Stato, Sez. VI 27 maggio 2021, n. 4096; Cons. Stato, Sez. IV 19 aprile 2021, n. 3145.

⁵⁵ Cons. di Stato, parere n. 1640 del 23 giugno 2016

⁵⁶ In base all'art. 2 comma 8 bis della L. n. 241/1990 «le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

riprova, secondo la giurisprudenza, dell'inoperatività del c.d. «silenzio-devolutivo»⁵⁷.

A tal riguardo si è evidenziato che, anteriormente alla riforma del 2015⁵⁸, in base all'articolo 146, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, nel caso in cui il parere della Soprintendenza, obbligatorio e vincolante, non fosse emesso nel termine di 45 giorni previsto dalla norma, si attivava la fattispecie del c.d. silenzio devolutivo, nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la Soprintendenza avesse comunicato il parere, l'ente preposto aveva il dovere funzionale di decidere da solo e doveva provvedere sulla domanda.

Tuttavia, il potere della Soprintendenza di esprimere il suo parere non si consumava automaticamente allo scadere del termine, ma solo nel momento in cui il procedimento giungeva a compimento con l'adozione della formale autorizzazione paesaggistica, ragion per cui il parere ministeriale "tardivo" non era né nullo, né annullabile, perdendo unicamente la sua efficacia vincolante e degradando a mero parere obbligatorio, che doveva però come tale essere comunque preso in considerazione dal comune che non avesse ancora provveduto, con conseguente obbligo motivazionale specifico in caso di diverso avviso⁵⁹.

Con la cd. riforma Madia del 2015, il legislatore si sarebbe, invece, marcatamente discostato dalla tradizionale impostazione basata sul riconoscimento di una tutela rafforzata degli interessi sensibili nell'ambito del procedimento amministrativo, posto che il silenzio assenso orizzontale tra pubbliche amministrazioni ex art. 17-bis, L. n. 241 del 1990 si applicherebbe anche nel caso in cui l'atto di assenso che non sia pervenuto nei termini provenga da

un'amministrazione preposta alla cura di interessi sensibili⁶⁰.

Nondimeno, su questo punto, il Consiglio di Stato ha rimarcato il limite all'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili, a seconda che venga in rilievo un rapporto verticale, in quanto instaurato a partire dall'istanza del privato destinatario finale dell'atto, ovvero orizzontale.

7. CONSIDERAZIONI CRITICHE E CONCLUSIONI

La discordanza tra orientamenti della giurisprudenza sin qui esaminati ha alimentato un vivace dibattito tra le file della dottrina, che ha sovente preso le distanze dalle recenti aperture della giurisprudenza, muovendo aspre critiche.

L'inapplicabilità dell'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990 al procedimento disciplinato dall'art. 146 del Codice dei beni culturali discenderebbe, ad avviso di alcuni commentatori, dal carattere speciale di tale disciplina, come tale non incisa dalla norma generale introdotta dalla riforma Madia, in ossequio al principio espresso dal brocardo *lex specialis derogat generali*⁶¹.

Invero, l'art. 146 del Codice già prevedrebbe un meccanismo di semplificazione procedimentale, funzionale al superamento dell'inerzia della Soprintendenza, del tutto analogo rispetto a quello introdotto in via generale dell'art. 17 *bis*, tanto in punto di *ratio*, quanto in punto di conseguenze, con l'unica differenza di far salvo l'apporto tardivo della Soprintendenza, pur privato della sua vincolatività⁶².

Altra parte della dottrina contesta la natura asseritamente pluristrutturata del meccanismo decisionale in oggetto, nonché il richiamo al più volte citato parere del 2016⁶³, il quale conclude per

⁵⁷ Tra le altre Cons. Stato, Sez. IV 2 ottobre 2023, n. 8610.

⁵⁸ Legge 7 agosto 2015, n. 124.

⁵⁹ Ancora Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 02/10/2023, n. 8610.

⁶⁰ Ibidem, conforme Cons. Stato, Sez. VI, 03/05/2022, n. 3446.

⁶¹ SCALIA F., La controversa relazione tra silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria Alimentare e dell'Ambiente*, n. 1/2024, www.rivistadga.it.

⁶² P. MARZARO, Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...), cit., 67-68, rileva che questo processo di progressivo arretramento del Consiglio di Stato, rispetto alla linea originaria disegnata dal parere della Commissione speciale consultiva del 2016, sia frutto non di un

assestamento su argomentazioni, diverse, condivise, «*bensi sia composto da un florilegio di letture differenti delle fattispecie interessate dall'applicazione del silenzio assenso tra amministrazioni*», tale da disorientare l'interprete, «*ma pare comunque sempre riconducibile ad un unico elemento ispiratore, che ne costituisce la nervatura profonda: l'imprescindibilità della tutela degli interessi sensibili ai sensi di un'ampia, indefinita, eppur sempre palpabile interpretazione costituzionalmente orientata della garanzia dell'interesse sensibile, che resiste in un suo nucleo fondamentale a qualsiasi spinta semplificatoria, sulle fondamenta di un propria risalente e profondamente strutturata giurisprudenza*».

⁶³ Così conclude il brano del parere Cons. di Stato, parere n. 1640 del 23 giugno 2016 citato: «*Deve, quindi, escludersi che il*

l'inapplicabilità dell'istituto ai procedimenti a istanza di parte⁶⁴.

Una diversa tesi, pur non contestando la natura pluristrutturata del procedimento di autorizzazione paesaggistica, né il richiamo al parere suddetto, nota come la conclusione per cui l'art. 17 bis si presta a regolare esclusivamente i rapporti procedurali tra amministrazioni incida inevitabilmente e in modo quanto mai penetrante sulla effettiva portata della questione. Invero, si evidenzia come l'esclusione dei procedimenti a istanza di parte ridimensionerebbe eccessivamente l'impiego concreto dell'istituto, senza che tale limitazione trovi un fondamento nella lettera e nella ratio della norma. A ben vedere, la disposizione si riferisce ai rapporti orizzontali tra amministrazioni pubbliche, essendo del tutto irrilevante che tale rapporto si innesti in un procedimento a iniziativa di parte, non essendo ciò sufficiente a connotare il rapporto amministrativo di verticalità.

Una diversa ma autorevole opinione depone nel senso che non potrebbe, invero, pervenirsi a tale conclusione, che condurrebbe a una sostanziale abrogazione dell'art. 20, comma 4, legge n. 241/1990⁶⁵.

Non sono mancate le repliche, secondo cui l'art. 20 citato⁶⁶ opererebbe su un piano totalmente

differente, connotato dalla necessaria coincidenza tra l'amministrazione preposta alla cura dell'interesse sensibile e l'autorità decidente⁶⁷. Per contro, nella fattispecie delineata dall'art. 17 bis, l'amministrazione procedente è pur sempre tenuta a valutare l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione interpellata che sia però rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso, una decisione conclusiva del procedimento che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito⁶⁸.

Un'attenta dottrina⁶⁹, esprimendosi a favore dell'estensione del silenzio assenso al procedimento di autorizzazione paesaggistica, rimarca la trasformazione del ruolo e della funzione della semplificazione che, da valore strumentale, diviene bene / valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati. Portata dirimente assume, in tale contesto, l'esigenza di competitività del Paese, assicurata tramite la certezza dei tempi procedurali e la loro prevedibilità.

Peraltro, non può sottacersi l'evidente attenuazione dell'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili, sempre più frequentemente posti in bilanciamento con altri valori e principi⁷⁰. Lo

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».

⁶⁴ RAMAJOLI M., *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *federa-listmi.it*, 2023, 13, 214.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ *“Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti”.*

⁶⁷ Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte da G. SCIULLO, *Gli “interessi sensibili” in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016.

⁶⁸ Si veda Corte cost. 22 luglio 2021, n. 160 che, con riferimento al silenzio ex art. 17 bis l.p.a. nell'ambito del procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica, statuisce che *«l'assenso del soprintendente sulla proposta di accoglimento*

ricevuta dall'amministrazione procedente si forma per silentium, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall'ultima parte del citato comma 9 dell'art. 11 del d.p.r. n. 31 del 2017, secondo cui l'amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, “provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica”. Ciò, in linea con il divieto stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che esclude radicalmente l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti verticali tra privati e pubbliche amministrazioni preposte alla tutela dei cosiddetti “interessi sensibili”, tra cui, per quanto qui rileva, quelli relativi agli atti e ai procedimenti riguardanti “il patrimonio culturale e paesaggistico”.

⁶⁹ Tra gli altri, sul tema, si veda PARISIO V., *Interessi ‘forti’ e interessi ‘deboli’: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014.

⁷⁰ Si veda sull'argomento Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167 - secondo cui *“Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i “diritti” (sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013), anche per gli “interessi” di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Costituzione garantisce una prevalenza assoluta sugli*

stesso non può che dirsi per gli interessi ambientali, in particolare quelli connessi al contrasto al cambiamento climatico, che trovano oggi un fondamento costituzionale espresso nel nuovo comma 3 dell'art. 9 della Costituzione.

Alla luce di ciò il silenzio assenso sembra aver assunto, pertanto, una chiara connotazione patologico sanzionatoria, palesando una contrarietà di fondo del legislatore rispetto all'inerzia amministrativa, stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'Amministrazione interpellata la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi", ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento⁷¹. Depone in tal senso, del resto, l'argomento del comma 8 bis dell'art. 2 della L. n. 241/1990.

Tali meccanismi, lungi dal costituire un sacrificio dell'interesse pubblico, integrerebbero strumenti funzionali ad assicurarne una gestione efficace e tempestiva, in ossequio al principio del buon andamento dell'azione amministrativa, cui parrebbero riconducibili.

Come emerge dalle argomentazioni sin qui esposte, la questione in esame è ben lontana dall'essere chiarita e, tenuto conto delle divergenti posizioni della giurisprudenza, non è escluso che si giunga ben presto a un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria, che anzi si auspica.

Deve, nondimeno, rilevarsi come la tesi favorevole all'applicazione dell'istituto in esame al procedimento di autorizzazione paesaggistica appaia maggiormente condivisibile. Invero, la qualificazione ex lege in termini di silenzio assenso procedimentale dell'inerzia non si traduce in una piena ed esplicita manifestazione di assenso in relazione all'interesse curato, ma ha esclusivamente l'effetto di non precludere all'amministrazione

precedente di assumere l'atto amministrativo o normativo⁷².

Del resto, come chiaramente evidenziato dal Consiglio di Stato nel più volte citato parere n. 1640 del 2016, l'art. 17 bis afferisce alle ipotesi di decisione pluristrutturata, per il cui raggiungimento è necessario acquisire l'assenso di due amministrazioni entrambe titolari di una funzione decisoria sostanziale, ma non per questo viene ad essere sacrificata la cura nel caso specifico dell'interesse assegnato all'amministrazione rimasta inerte, posto che l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione.

Questa forma di silenzio significativo ha valenza non tanto di tacito assenso, ma di stigmatizzazione/sanzione di un'inerzia contraria ai principi di buona amministrazione e trasparenza, nonché valenza di soccorso normativo al fine di giungere, nonostante l'inerzia dell'amministrazione, alla cura dell'interesse pubblico⁷³.

altri. La loro tutela deve essere "sistematica" e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione "totalizzante" come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente

mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza".

⁷¹ Ancora Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 02/10/2023, n. 8610.

⁷² SANDULLI M.A., Codice dell'azione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2017.

⁷³ Cons. di Stato Sez. Cons. Atti Normativi, 21 ottobre 2016, n. 2191.