

SILENZIO ASSENSO E PROCEDIMENTI DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA TRA GIUDICE DELLE LEGGI E GIUDICE AMMINISTRATIVO.

Giuseppe Franchina

Abstract L'esclusione del silenzio assenso per i provvedimenti in materia di tutela del paesaggio discende dall'art. 146 cod. beni culturali -norma fondamentale di riforma economico-sociale idonea a vincolare, anche, la potestà legislativa regionale primaria- che prevede, invece, al comma 10, appositi rimedi sostitutivi nel caso di inerzia dell'amministrazione precedente. Tale esclusione si pone in linea con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che vieta la formazione *per silentium* del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di "interessi sensibili", come è testualmente confermato, d'altro canto, dal comma 9 dello stesso art. 146, là dove, nel prevedere che con norme regolamentari siano stabilite procedure autorizzatorie semplificate per gli interventi di lieve entità, tiene «ferme [...] le esclusioni di cui [all'articolo] 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni». Delle suddette questioni si è occupata la Corte Costituzionale nella sentenza n. 160 del 2021 chiamata a verificare la legittimità costituzionale di una norma della Regione Siciliana, e successivamente il giudice amministrativo.

Abstract The exclusion of silent consent for measures regarding the protection of the landscape derives from art. 146 of the Cultural Heritage Code - a fundamental rule of economic and social reform suitable for binding, also, the primary regional legislative power - which provides, instead, in paragraph 10, special substitute remedies in the event of inertia of the proceeding administration. This exclusion is in line with the general principle established in art. 20, paragraph 4, of Law no. 241 of 1990, which prohibits the formation by *silentium* of the final measure in proceedings involving the protection of "sensitive interests", as is textually confirmed, on the other hand, by paragraph 9 of the same art. 146, where, in providing that simplified authorisation procedures for minor interventions are established by regulatory rules, it holds 'firm [...] the exclusions referred to in Article 20(4) of Law No 241 of 7 August 1990, as amended.'The above issues were dealt with by the Constitutional Court in judgment no. 160 of 2021 called to verify the constitutional legitimacy of a rule of the Sicilian Region, and subsequently by the administrative judge.

SOMMARIO: **1.** La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; **2.** La decisione della Corte Costituzionale n. 160 del 2021; **3.** Il Consiglio di Stato e l'ipotesi di silenzio assenso nei procedimenti di autorizzazione paesaggistica; **4.** Il d. l. "Semplificazioni".

1. Premessa: tutela dell'ambiente ed interessi sensibili nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Con la sentenza n. 210/1987, la Corte costituzionale riconosce “lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione” e con la sentenza n. 641, dello stesso anno, si afferma la natura unitaria del bene ambiente “come elemento determinativo della qualità della vita...e come valore primario e assoluto”¹.

La materia rientra nell'elenco di legislazione esclusiva statale, anche se ciò non fa venire meno la competenza regionale volta ad introdurre ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato², pur costituendo la disciplina statale un limite di tutela inderogabile³.

L'ambiente viene rappresentato pertanto come un “valore costituzionalmente protetto” e, anziché essere oggetto di una competenza ripartita tra Stato e regioni, nella logica della migliore sostanzializzazione del valore da preservare, si contempera in una logica di (prudente) integrazione delle competenze⁴.

Con le sentenze nn. 367 e 378 del 2007 la Corte spacchetta i concetti di “tutela” e “fruizione”⁵ e con la sentenza n. 380 del 2007 si identifica l'ambiente come un valore, “costituendo un obiettivo che indirizza il legislatore, e che sostanzia una materia che, riguardata dal punto di vista del suo contenuto, della sua “consistenza ontologica” (sistema complessivo... entità organica, che ha ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto), reclama sul piano strumentale, forme di intervento più ampie e condivise possibili”⁶.

1 La sentenza n. 641 del 1987 della Corte Costituzionale prende le mosse da una pronuncia, invero risalente, delle Sezioni Unite della Cassazione, che identificando il diritto alla salute anche come diritto ad un ambiente salubre, equipara la tutela a quella dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana: “il diritto alla salute dell'individuo assume...un contenuto di socialità e di sicurezza per cui “piuttosto (e oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre”: Corte di Cassazione, sez. un. 5172 del 1979.

2 Corte cost., n. 407/2002.

3 Corte cost. nn. 234/2010, 272/2009, 378/2007. Vedi R. Bifulco- A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, Idd. (a cura di), Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, p. 9 e ss. Cfr. pure le sentenze della Corte Costituzionale n. 380/07; n. 108/08; n.62/08; n. 214/08; n. 104/08; n. 61/09; n. 10/09; n.225/09. Ma già con la sentenza n. 307/03 e n.166/04 la Corte precisava che “la normativa statale è punto di equilibrio non derogabile”.

4 Per una comparazione Cfr. D. Deharbe, *Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable*, Environnement, avril 2005, p. 29.

5 M. Michetti, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in Scritti in onore di A. D'Atena, Milano, 2015.

6 Cfr. R.Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Pubblico*, Torino, 2007, p. 220: “valori e interessi stanno fuori del diritto, nel senso che sono obiettivi che muovono il legislatore”.

Si preciserà, qualche anno dopo (sent. n. 225 del 2009) che la materia “tutela dell’ambiente” ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene (l’ambiente) e finalistico perchè tende alla migliore conservazione del bene stesso⁷: ne discende la illegittimità delle norme regionali in contrasto con disposizioni previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, qualificate dalla Corte come norme di grande riforma economico-sociale.

Per cui non è consentita la deroga agli istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale, nel cui ambito deve essere annoverata l’autorizzazione paesaggistica⁸.

In ragione di ciò la tutela dell’ambiente e del paesaggio, nell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, ha portato in plurali occasioni a dichiarare illegittime norme (regionali) che non garantivano una valutazione discrezionale puntuale sui vincoli ambientali da parte delle autorità preposte; infatti “nella materia ambientale vige un principio fondamentale, ricavabile da una serie di disposizioni, da interpretarsi unitariamente nel sistema, secondo cui il silenzio della amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso” (vedasi sentenze nn. : 302/1998; 26/1996; 404/1997; 209/2014). Pertanto, la Consulta ha cassato quelle norme che davano, direttamente o indirettamente, la qualificazione tipica del silenzio assenso al decorso infruttuoso del termine a provvedere⁹.

2. La decisione della Corte Costituzionale n. 160 del 2021.

Con la sentenza n. 160 del 2021 il Giudice delle leggi mostra una apprezzabile sensibilità per le questioni inerenti la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema¹⁰.

L’occasione è data dall’esame della legittimità costituzionale dell’art. 8, della legge regionale siciliana, n. 5 del 2019, recante “*Individuazione degli interventi esclusi dall’autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata*”.

Appare utile, subito, rilevare come l’art. 8 della suddetta legge, incidendo sulla cornice normativa nazionale, al comma 4, stabilisce che: “*il procedimento autorizzatorio semplificato si conclude con un provvedimento, adottato entro il termine tassativo di sessanta*

⁷ *La tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale*, (a cura di R. Nevola), in Corte Costituzionale, servizi studi, 2015, red. P. Maddalena, p. 22.

⁸ Corte cost., n. 232 del 2008.

⁹ Cfr. Corte cost., n. 51 del 2006, n. 367 del 2007, n. 232 del 2008, n. 226 del 2009, n. 207 del 2012, n. 238 del 2013, n. 189 del 2016, n. 172 del 2018, n. 101 del 2021; Cfr. F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in Urb. e App., 1/2016, pp. 14-15.

¹⁰ Cfr. M. Luciani, *Il ruolo delle Corti costituzionali in un sistema di governo multilivello, Italia: La Corte Costituzionale*, Bruxelles, 2016; R. Nevola, *La tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale*, (a cura di), in Corte Costituzionale, Servizio Studi, 2015.

giorni dal ricevimento della domanda da parte dell'Amministrazione procedente, che è immediatamente comunicato al richiedente", ed al comma 6, che "trascorsi sessanta giorni senza che la Soprintendenza ai beni culturali ed ambientali abbia adottato il provvedimento richiesto si forma il silenzio assenso".

La questione è stata sottoposta alla Corte, ritenendo che la disposizione normativa ecceda, all'evidenza, la potestà legislativa regionale siciliana in materia di "tutela del paesaggio", ex art. 14, lettera n) dello statuto speciale¹¹, violando le norme di riforma economico-sociale, contenute, in combinato disposto, nel d.lgs. n. 42 del 2004 (c.d. "Codice dei beni culturali e del paesaggio")¹² e nel d.P.R. n. 31 del 2017¹³.

Per la Corte costituzionale, l'art. 8 introducendo una ipotesi di silenzio assenso sulla domanda di autorizzazione paesaggistica si pone in netto contrasto con la disciplina del "codice dei beni culturali e del paesaggio", che all'art. 146 -norma fondamentale di riforma economico-sociale idonea a vincolare anche la potestà legislativa regionale primaria- esclude il silenzio assenso per i provvedimenti in materia di tutela del paesaggio, prevedendo invece, al comma 10, appositi rimedi sostitutivi nel caso di inerzia dell'amministrazione procedente.

Tale esclusione si pone, peraltro, in stretta linea con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che vieta la formazione per *silentium* del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di "interessi sensibili", come è testualmente confermato, d'altro canto, dal comma 9 dello stesso art. 146, là dove, nel prevedere che con norme regolamentari siano stabilite procedure autorizzatorie semplificate per gli interventi di lieve entità, tiene ferme le esclusioni di cui all'art. 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁴.

Va, anzitutto, ricordato che il codice dei beni culturali (d.lgs. n.42 del 2004), all'art. 146, comma 9, prevede che un regolamento di delegificazione deve regolare le "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

11 Sul riparto di competenze Cfr. M. Cundari, *Il riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni: luci ed ombre del nuovo progetto di riforma*, in *Giustamm*, n. 12 del 2016; Cfr. S. A. Bruno, *Il silenzio assenso nel settore dei beni culturali e paesaggistici in Sicilia*, in "Il diritto amministrativo", *Rivista Giuridica*, XIII, n. 8, 2021.

12 Per ciò che qui rileva, sono state espressamente qualificate dalla Corte come norme di grande riforma economico-sociale, idonee a vincolare anche le regioni a statuto speciale, le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio che disciplinano la gestione dei beni soggetti a tutela, e in particolare il suo art. 146 (sentenze n. 101 del 2021, n. 172 del 2018, n. 189 del 2016 e n. 238 del 2013; nello stesso senso, in relazione alle disposizioni in materia di pianificazione di cui agli artt. 135 e 143, comma 1, lettera c, cod. beni culturali, sentenze n. 178 del 2018, n. 103 del 2017, n. 210 del 2014 e n. 308 del 2013).

13Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 66 del 2018, con commento di E. Giardino, *Il carattere unitario della tutela paesaggistica e l'ineludibilità del procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 102 ss.,

14 Cfr. A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, 1 Dicembre 2017, pag. 699.

esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni”¹⁵.

Siffatta previsione è stata attuata mediante il d.P.R. 9 luglio 2010, n. 139, “Regolamento recante procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità”.

Successivamente è intervenuto il d.l. n. 83 del 2014, “Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo”, convertito, con modificazioni, nella legge n. 106 del 2014¹⁶.

Quest’ultimo prevede che attraverso un, nuovo, regolamento di delegificazione, possono essere “dettate disposizioni modificative e integrative al regolamento di cui all’articolo 146, comma 9, quarto periodo, del Codice dei beni culturali e del paesaggio [...], al fine di ampliare e precisare le ipotesi di interventi di lieve entità, nonché allo scopo di operare ulteriori semplificazioni procedurali, 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”¹⁷.

La Regione Siciliana, va ricordato, gode, statutariamente, di potestà legislativa primaria nella materia di «tutela del paesaggio» e le attribuzioni nella stessa materia¹⁸ sono esercitate dall’Assessorato regionale dei beni culturali e dell’identità siciliana, di cui sono organi periferici le “Soprintendenze per i beni culturali ed ambientali» che appunto si occupano del rilascio o il diniego dell’autorizzazione paesaggistica”¹⁹.

La legge della Regione Siciliana n. 5 del 2019 ha assegnato alla «Soprintendenza ai beni culturali ed ambientali» competente per territorio (art. 8, comma 1) la definizione del procedimento semplificato, con provvedimento -come abbiamo detto- da adottare entro il termine tassativo di sessanta giorni dal ricevimento della domanda (art. 8, comma 4).

Il silenzio assenso²⁰ previsto dalla norma regionale assume, nel descritto sistema, una valenza del tutto diversa rispetto a quanto disciplinato all’art. 11, comma 9, del

15 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.

16 Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 207 del 2012, con riguardo all’art. 6, comma 2, del d.p.r. 9 luglio 2010, n. 139, sul procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità di cui all’art. 146, comma 9, del Codice dei beni culturali.

17 Cfr. S. Amorosino, P. Carpentieri, *Il regolamento di semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche per gli interventi di lieve entità*, in *Urb. e app.*, 2010, n. 12, 1381 ss.; Cfr. S. Amorosino, *I poteri legislativi di stato e regioni in tema di tutela e valorizzazione del paesaggio*, in *Rivista giuridica edilizia*, nn. 4-5, 2007, pp. 135 e ss.; infine Cfr. M. Sinisi, *L’autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (dpr 13 febbraio 2017 n. 31): la “questione aperta” del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Rivista giuridica edilizia*, n. 4, 2017, pp. 235 e ss.

18 Vedi le attribuzioni trasferite alla Regione dall’art. 1 del d.P.R. 30 agosto 1975, n. 637 (Norme di attuazione dello statuto della regione siciliana in materia di tutela del paesaggio e di antichità e belle arti).

19 Cfr. l’art. 46, comma 1, della legge della Regione Siciliana 28 dicembre 2004, n. 17, recante «Disposizioni programmatiche e finanziarie per l’anno 2005».

d.P.R. n. 31 del 2017: non si tratta infatti, in questo caso, di silenzio assenso endo-procedimentale, destinato a essere seguito comunque da un provvedimento conclusivo espresso dell'amministrazione procedente, ma di un silenzio assenso provvedimentale, destinato a surrogare l'autorizzazione paesaggistica richiesta, secondo lo schema generale dell'art. 20 della stessa legge n. 241 del 1990²¹.

Orbene, relativamente ai rapporti tra lo Stato e le Regioni a statuto speciale, in ordine al riparto di competenze in materia di tutela paesaggistica, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime norme regionali che si ponevano in contrasto con disposizioni previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, qualificate norme di grande riforma economico-sociale.

Al riguardo, la Corte ha sottolineato che il legislatore statale, tramite l'emanazione di tali norme, conserva il potere, «nella materia "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, comprensiva tanto della tutela del paesaggio quanto della tutela dei beni ambientali o culturali (per tutte, sentenza n. 51 del 2006) [...] di vincolare la potestà legislativa primaria delle Regioni a statuto speciale, così che le norme qualificabili come "riforme economico-sociali" si impongono al legislatore di queste ultime» (sentenza n. 238 del 2013)²².

In buona sostanza il legislatore regionale non può prevedere una procedura alternativa "semplificata" in luogo di quella prevista dal sistema normativo statale, poiché alle regioni non è consentito, in alcun modo, introdurre deroghe agli istituti di protezione ambientale che dettano una disciplina uniforme, valevole su tutto il territorio nazionale, tra i quali rientra, senza dubbio, l'autorizzazione paesaggistica²³.

Pertanto, in linea con detta giurisprudenza la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 6, della legge regionale n. 5 del 2019²⁴, avendo la

20 In generale sull'istituto del silenzio assenso Cfr. A. Mari, *La rilevanza del silenzio assenso*, in *Rivista giuridica edilizia*, n. 3, 2016, pp. 161 e ss.

21 L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 2016, esclude espressamente che il silenzio assenso possa applicarsi alle materie di tutela ambientale e paesaggistica, vedi G. Sciullo, *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Rivista giur. Urb.*, 2, 2016, pp. 56 e ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi*, 2016; vedi Corte di Giustizia Europea, causa c-400/08, 2011.

22 Cfr. sulla competenza in materia di tutela del paesaggio della Regione Sicilia le sentenze della Corte Costituzionale nn. 238 del 2013 e 172 del 2018; Cfr. pure le sentenze della Corte Costituzionale nn. 130 del 2020 e 118 del 2019.

23 Cfr. Corte Costituzionale sentenze n. 74 del 2021, n. 189 del 2016, n. 238 del 2013, n. 235 del 2011, n. 101 del 2010 e n. 232 del 2008.

24 Appare opportuno accennare agli effetti della sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che disciplina il potere di adozione di un atto amministrativo. Su questo punto la giurisprudenza, in maniera univoca e stratificata, afferma l'illegittimità derivata dell'atto stesso, laddove il ricorrente con motivo di ricorso abbia in qualche modo fatto emergere la illegittimità della norma oggetto di valutazione di costituzionalità. Pertanto, la illegittimità della norma può essere rilevata dal giudice adito in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità della norma, o dall'amministrazione procedente mediante l'esercizio del

Regione Siciliana ecceduto i limiti della propria competenza primaria in materia di tutela del paesaggio ai sensi dell'art. 14, lettera n), dello statuto speciale.

3. Il Consiglio di Stato e l'ipotesi di silenzio assenso nei procedimenti di autorizzazione paesaggistica.

In tema è intervenuto di recente il Consiglio di Stato²⁵ stabilendo che nel procedimento amministrativo volto al rilascio di una autorizzazione paesaggistica, ex art. 42 del d.lgs. n. 42 del 2004, il potere autorizzatorio appartiene all'amministrazione procedente, attribuendo alla soprintendenza competente la emanazione di un parere sulla proposta di provvedimento da questa sottopostale²⁶.

Il parere, sebbene vincolante in via ordinaria, cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 del medesimo art. 146, come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164²⁷.

Per il Consiglio di Stato alla stregua di un'interpretazione sistematica e in particolare secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9, sussiste, quindi, un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (rectius: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore

potere di annullamento in autotutela; in tal senso Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, sentenza n. 5399 del 2020, in annullamento sentenza Tar Toscana, sez. I, n. 817 del 2009; Più risalente Tar Campania- Napoli, sez. I, n. 1381 del 2013.

25 Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 2640 del 29 marzo 2021.

26 Cfr. G. D. Cave, *Autorizzazione paesaggistica e p.a.: un contributo (im)possibile? Competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 bis, l. n. 241/1990* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2640 del 2021), in *Giustizia Insieme*, Luglio, 2021; F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 241/1990*, in *Dir. Amm.*, 3, 2018, pp. 747 e ss.; in generale sui profili giuridici affrontati Cfr. S. Antoniazzi, *Autorizzazione paesaggistica e motivazione: esigenze di certezza giuridica*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n. 1 del 2020, pp. 85 e ss., in particolare prg. 2 "2. Il d.p.r. 13 febbraio 2017, n. 31, sugli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti alla procedura semplificata"; Vedi infine A. Del Prete, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, Nota a: T.A.R. Cagliari, 08 giugno 2017, n.394, sez. II, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.3, 2018, pag. 705.

27 Il comma 9 del medesimo art. 146, è stato modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164; Cfr. A. Tortora, *La valenza del parere tardivo della soprintendenza ex art. 146 comma 8 del d.lgs. n. 42/2004*, in *Rivista di diritto amministrativo*, n. 5-6 del 2018; Cfr. A. Berlucchi, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 dlgs n. 42/2004: spunti di riflessione*, in *Rivista giuridica edilizia*, n. 1, 2017, pp. 128 e ss.

vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Ne consegue, quindi, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione procedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza.

In siffatto assetto di competenze non incide il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990 in quanto vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "procedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta"²⁸, e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione²⁹.

Né d'altra parte è possibile portare a supporto del meccanismo di formazione del silenzio assenso la disciplina sulla conferenza di servizi, poiché il complesso normativo di semplificazione prevede un sistema procedimentale di acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in merito ad un intervento specifico; ne discende che l'art. 14-*ter*, il quale 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, viceversa, ad

28 Sull'istituto del silenzio – assenso tra i più risalenti contributi Cfr. A. Travi, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. Cerulli Irelli, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. Amm.*, 1993, 66; più di recente M. Corradino, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio*, Roma 2005, su giustizia-amministrativa.it; E. Scotti, *Silenzio-assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2015, 653; M. D'Orsogna, R. Lombardi, *Il silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, 965; Cfr. C. Silvano, *Silenzio-assenso e interesse ambientale tra orientamenti giurisprudenziali e scelte del legislatore*, in *Rivista giuridica di urbanistica* n. 4 del 2017.

29 Cfr. Tar Campania, sez. VI, sentenza n. 3099 del 2019; Cfr. Corte di Cassazione, sez. III pen., n. 15523 del 2019; in senso opposto, e superata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, Tar Molise n. 179 del 2019; Cfr. pure F. De Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *Federalismi*, 20 ottobre 2015; M. A. Sandulli, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi*, 16 settembre 2015; G. Sciuillo, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 3/2015; G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazione e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, pp. 143 e ss.; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e App*, 1, 2016, pp. 11 e ss.

esprimersi non direttamente sulla compatibilità dell'intervento, ma sulla proposta di merito al riguardo formulata dalla amministrazione precedente.

La decisione del Consiglio di Stato avrebbe dovuto appianare quelle divergenze in passato emerse in giurisprudenza.

Una parte della giurisprudenza, infatti, ha riconosciuto alla soprintendenza una potestà consultiva residuale, attribuendo al parere tardivo una perdurante natura vincolante, ancorché emesso prima della conclusione del procedimento³⁰. Sicché in assenza di parere l'amministrazione precedente può concludere il procedimento senza dover attenderlo.

Un'altra parte della giurisprudenza considerando il parere mero fatto istruttorio, diversamente, valutabile dall'amministrazione precedente³¹, nel caso di silenzio si collocherebbe la responsabilità decisoria sulla istanza di autorizzazione, esclusivamente, in capo alla amministrazione precedente³².

Secondo una terza visione il decorso del termine porterebbe, invece, alla perdita del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere³³.

E tuttavia anche dopo il ricordato pronunciamento della IV Sezione, il Giudice amministrativo³⁴, diversamente argomentando, addiviene a sostenere, (richiamando il parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016 sulla scheda di d.lgs n. 127/2016) l'operatività generale dell'art. 17 bis, l. n. 241 del 1990, in tutti i casi in cui il procedimento si conclude con una fase decisoria pluristrutturata.

E' notorio che la fattispecie per antonomasia tenuta presente dal legislatore nel 2016 sia stata quella dell'art. 146 del Codice di beni culturali e del paesaggio, il quale configura una decisione "a doppia chiave" e dunque – sottolinea il Tar salernitano – "come ipotesi di cogestione attiva del vincolo paesaggistico... rientra a pieno titolo tra le decisioni pluristrutturate"³⁵. Conclude il Tar stabilendo che per l'art. 2 comma 8 bis "i pareri o determinazioni tardivi, rilasciati in procedimenti autorizzatori o concessori avviati su istanza dei privati sono "inefficaci" e non semplicemente privi di carattere vincolante"³⁶.

30 Cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, n. 669 del 2006, n. 669; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 382 del 2012; Tar Campania, Salerno, sez. I, n. 459 del 2014, tutte in giustizia-amministrativa.it; vedi Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4914 del 2013, in *Urb e app.*, 2013, 12, 1344 ss.

31 Sul punto, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1561 del 2013 in giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2136 del 2015 in *Riv. giur. ed.*, 2015, 775 ss.; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1935 del 2016, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 3, 1204 ss.

32 Cfr. Tar Campania- Napoli, sez. VI, sentenza, n. 5503 del 2021.

33 Tar Veneto, sez. II, n. 1295 del 2013, in giustizia-amministrativa.it; Cfr. di opposto avviso Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4914 del 2013, in *Foro amministrativo*, C.d.S., 2013, 4, 322 ss.

34 Tar Campania-Salerno, sez. II, n. 1542 del 2021.

35 S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal Tar Salerno*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4 del 2021, p. 452.

In definitiva le argomentazioni del Tar Salerno a differenza di quelle elaborate dal Consiglio di Stato portano ad una applicazione generale dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 con la conseguenza che l'atto emesso tardivamente rimane senz'altro inefficace, perdendo la sua valenza giuridica vincolante.

La prospettiva portata avanti dal Tar Salerno consente di costruire, nei rapporti concreti tra le amministrazioni, un indice maggiore di certezza³⁷, poiché senza ambiguità di alcun tipo, oramai, il parere che non viene emesso nei termini diventa inefficace.

4. Il d. l. "Semplificazioni".

L'art. 16 della l. n. 241/1990³⁸, nell'ipotesi di pareri obbligatori non resi nel termine rientrino, espressamente, anche quelli resi da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela paesaggistica³⁹.

La natura giuridica derogatoria è espressa, infatti, nella logica secondo la quale, in caso di valori costituzionalmente garantiti, ogni espressione giuridica di tutela si pone quale limite alla piena applicazione di potenziali istituti di semplificazione amministrativa.

E tuttavia il d.l. n. 76/2020 (c.d. "Decreto Semplificazioni"), convertito nella l. n. 120 del 2020, ha operato una modifica della l. n. 241 del 1990, introducendo il comma 8 *bis* all'articolo 2⁴⁰.

36 S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal Tar Salerno*, cit. 453.

37 A. R. Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione dei "certezze": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Diritto amministrativo*, n. 4 del 2005, pp. 867 e ss.: "Secondo quanto sostiene la moderna teoria dei sistemi, anzi, il diritto è deputato a produrre "certezze" in modo strutturale, e questa funzione è tanto più essenziale nelle c.d. "società complesse", la cui stabilizzazione nomica è resa possibile dalle istituzioni attraverso operazioni globalmente traducibili in termini di riduzione della complessità"... "Il tratto fondamentale e caratteristico di questa investigazione è costituito da ciò, che attraverso di essa l'amministrazione tende invariabilmente a verificare una condizione, fattuale e/o giuridica, preesistente, su cui essa interviene in termini puramente conoscitivi"... "La manifestazione, a sua volta, ha ad oggetto il risultato dell'attività di accertamento, e, quale che ne possa esserne l'intrinseca complessità, ha in ogni caso valore puramente strumentale: attraverso questa operazione, infatti, l'amministrazione esterna e fa circolare nell'ordinamento l'informazione relativa allo stato di fatto o di diritto oggetto dell'acquisizione conoscitiva"; Cfr. F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Diritto amministrativo*, 4/2002, pp. 529 e ss.

38 V. Parisio, *Art. 16*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 715 ss.

39 Cfr. in merito all'inapplicabilità del silenzio assenso al parere della soprintendenza *ex art.* 16, 17 e 20 l. n. 241/1990, Tar Campania, sez. VII, n. 685 del 2012; Tar Calabria, sez. I, 382 del 2012, n. 382; Tar Lazio, sez. II *ter*, n. 11030 del 2015, tutte in giustizia-amministrativa.it.

40 Cfr. in generale M. A. Sandulli, *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in particolare prg. 1.3, in Giustiziainsieme.it, 2021, 02.09.2021, l'addenda è rivolta alla terza edizione del volume "Principi e regole dell'azione amministrativa", Milano, Giuffrè W.K., 2020 e segnala le principali novità intervenute in ambito normativo e giurisprudenziale sui temi trattati nell'opera nell'arco temporale tra la sua chiusura (luglio 2020) e il 30 agosto 2021; cfr. pure M. Bombardelli, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2015, pp. 986 e ss.

La suddetta norma statuisce l'inefficacia degli atti tardivi adottati dalla pubblica amministrazione, al fine di incentivare il rispetto dei termini procedurali e l'osservanza del dovere di esercitare l'attività entro un termine ragionevole; testualmente: *“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”*.

L'inefficacia potrebbe essere identificata quale mera sanzione della tardività.

Però, l'inefficacia intesa come sanzione alla emissione tardiva di atti, non sarà passibile di applicazione ai casi non espressamente previsti, “per i quali può continuare a valere la soluzione prospettata dalla giurisprudenza prima del d.l. 76/2020, secondo la quale l'atto tardivo sarebbe annullabile per violazione di legge dovuta al cattivo esercizio del potere”⁴¹.

Come, oramai, noto per il silenzio, ai sensi del nuovo comma 8-bis, è prevista la sanzione dell'inefficacia per qualunque determinazione relativa «ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati», adottati dopo la scadenza dei termini scaduti i quali si forma il silenzio provvedimentale.

In altre parole, “è disposta l'inefficacia degli atti adottati successivamente al perfezionamento della finzione giuridica. Come è stato correttamente sottolineato, si tratta di una tecnica ad hoc collegata all'inerzia provvedimentale, giacché nei casi sopra indicati «l'inefficacia del provvedimento è pertanto funzionale a garantire la piena operatività delle norme che già qualificano il silenzio come assenso». Serve a dichiarare per legge “non efficace” un provvedimento che sia stato adottato quando non necessario perché il silenzio ha un valore provvedimentale”⁴².

Come rileva autorevole dottrina la nuova disciplina “mira a disinnescare il meccanismo degli atti “espressi” tardivamente emanati. Diffusa, infatti, è la relativa prassi di dilatazione dei termini effettivi di definizione della “pratica”, chiusa solo con l'atto espresso, che assicura maggiore certezza (e che, se favorevole al richiedente, questi non ha certo interesse a impugnare). Tali atti sono ora

⁴¹ C. Furlan, *Il regime degli atti tardivi della pubblica amministrazione: sviluppi legislativi e giurisprudenziali*, in ildiritto.it, 23 febbraio 2021.

⁴² M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it, p. 177.

“sanzionati” con l’inefficacia. Sotto il profilo teorico, pare di potersi ritenere che all’origine di siffatto regime – l’inefficacia è in questo caso una “conseguenza” e non già una tipologia di invalidità – vi sia il carattere perentorio dei termini che cagiona una sorta di “spegnimento” del potere di provvedere⁴³.

Altra questione riguarda l’interpretazione dell’ultima parte del richiamato 8 *bis* all’articolo 2 della legge n. 241/1990 per cui gli atti richiamati nella norma sono inefficaci “fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”⁴⁴.

Invero, l’art. 2 comma 8 *bis*, prevedendo generalmente, un potere di autotutela circoscrive l’oggetto della valutazione (di secondo grado) nei confronti del provvedimento e non dell’atto, endo-procedimentale, proprio perché inefficace.

Ne discende che oggetto della valutazione è senz’altro la decisione finale, e quindi il provvedimento emesso dall’amministrazione procedente.

Infatti, in caso di parere “espreso successivamente alla formazione del silenzio-assenso, l’amministrazione procedente non ha alcun obbligo di prenderlo in esame e deve adottare il provvedimento in conformità a quanto già indicato nella proposta inviata alla Soprintendenza. A tutto concedere può prenderlo in esame volontariamente, a fini di autotutela “preventiva”, ove nel parere “postumo” siano contenuti elementi di fatto oggettivi di cui l’amministrazione procedente non era stata a conoscenza o che, dimostratamente, aveva erroneamente valutato”⁴⁵.

Sulla scorta di quanto emerge appare, allora, possibile sostenere che la generica critica alla locuzione “fermo restando”, contestata da una parte della dottrina “perché è incerto a cosa esattamente esso si riferisca”⁴⁶, non risulta inconducente o ultronea, bensì si presenta, in una interpretazione sistematica, assolutamente coerente e rafforzativa del potere, generale, dell’amministrazione di valutare, anche in seguito alla emissione del provvedimento, il più giusto perseguimento degli interessi pubblici (primari), tra i quali si annoverano a pieno titolo quelli ambientali e paesaggistici⁴⁷....

43 F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato*, in *Federalismi*, n. 36 del 2020, p. 35 e ss.: “Va infine rilevato che l’art. 2, comma 8-*bis*, dovrebbe avere un impatto notevole sul piano organizzativo, perché spinge le amministrazioni a gestire al meglio la “trattazione” dei procedimenti di assenso (anche individuando le priorità e monitorando i singoli episodi procedimentali), onde evitare che si integri il silenzio con il corollario dell’inefficacia. Qualcosa di simile dovrebbe avvenire sul piano istruttorio in forza della nuova disciplina di cui l’art. 10-*bis*, l. 241/1990, che ci si accinge ora a esaminare.

44 S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2020.

45 S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza “passatista” del Consiglio di Stato disattesa dal Tar Salerno*, cit. 451.

46 S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, cit. pp. 141 e ss.

47 Cfr. E. Giardino, *La tutela dei beni paesaggistica nel processo di semplificazione amministrativa: dalla differenziazione all’omologazione del regime giuridico*, *Paper* in relazione al panel “Domanda culturale, semplificazione e partecipazione”, Convegno Aipda, 2018.