**SILENZIO-ASSENSO ORIZZONTALE TRA INTERPRETAZIONE GIURIDICA, CERTEZZA DEL DIRITTO E LA SEMPLIFICAZIONE COME “VALORE”.**

**Commento alla sentenza Consiglio di Stato, IV Sezione, 2 ottobre 2023, n. 8610.**

1. **Il caso**

Con la sentenza la IV Sezione del Consiglio di Stato ha fatto chiarezza sul rapporto intercorrente tra silenzio-assenso *ex* art. 17-*bis* L. 7 agosto 1990, n. 241[[1]](#footnote-1) ed autorizzazione paesaggistica *ex* art. 146, comma 8, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42[[2]](#footnote-2), affermando notevoli principi anche in relazione a criteri interpretativi destinati ad incidere sulla giurisprudenza futura.

L’occasione è stata offerta da una vicenda edilizia.

Nello specifico, il privato ha fatto richiesta di permesso di costruire finalizzata all’edificazione di una struttura turistico-alberghiera in area sottoposta a vincolo paesaggistico, con parallela domanda di autorizzazione paesaggistica *ex* art. 146, comma 8, d.lgs. n. 42/2004.

Il Comune ha, quindi, indetto la Conferenza dei Servizi di cui all’art. 14-*bis* della L. 7 agosto 1990, n. 241, per l’acquisizione di tutti i necessari atti di assenso, compreso il parere della Soprintendenza.

Proprio quest’ultima, con un diniego però tardivo, ha condizionato l’*agere* dell’Amministrazione comunale, conducendola al rigetto dell’istanza.

Il proprietario del fondo ha, pertanto, impugnato il provvedimento conclusivo innanzi al T.A.R. Campania-Salerno, sostenendo che, essendo inutilmente decorsi i termini legislativamente previsti per la pronuncia del parere paesaggistico, si fosse perfezionato il c.d. silenzio-assenso orizzontale.

Difendendosi in giudizio, l’Amministrazione comunale ha rappresentato, tuttavia, che il parere tardivo della Soprintendenza non poteva considerarsi come *tamquam non esset*, ma di esso il Comune avrebbe, comunque, dovuto tenere conto ai fini della decisione finale.

Il ricorso è stato accolto[[3]](#footnote-3), proprio in ragione della consumazione del potere soprintendizio per effetto del decorso del termine per provvedere, e la sentenza di primo grado è stata confermata dal Consiglio di Stato, con una motivazione che segna una pietra miliare nella ricostruzione dell’istituto del silenzio-assenso, anche alla luce del principio della certezza del diritto.

In particolare, il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi, fino ad oggi non maggioritaria[[4]](#footnote-4), secondo cui il parere in questione costituisce espressione di “cogestione attiva del vincolo paesaggistico”. Troverebbe, perciò, applicazione l’art. 17-*bis* della L. n. 241/1990 (c.d. silenzio-assenso tra Amministrazioni pubbliche), il quale può operare in tutti i casi di decisione “pluristrutturata”, cioè in cui la decisione finale da parte della P.A. procedente richiede per legge l’assenso vincolante di altra Amministrazione[[5]](#footnote-5).

In tale ottica, il parere reso tardivamente è inefficace, come espressamente previsto dall’art. 2, comma 8-*bis* della L. n. 241/1990 (introdotto dalla L. 120/2020)[[6]](#footnote-6), poiché il termine è tassativo.

Una diversa soluzione interpretativa si porrebbe in contrasto con il dato letterale della norma di cui all’art. 17-*bis* della legge n. 241/1990 sulla formazione del silenzio-assenso, che non troverebbe così mai applicazione nell’ambito delle Conferenze dei Servizi relative agli interventi sui beni disciplinati dal d.lgs. n. 42/2004.

Se la conclusione è chiara, particolarmente suggestive sono le argomentazioni logico-giuridiche che la supportano, fondate anche sui criteri interpretativi della legge.

1. **L’introduzione dirompente dell’art. 17-*bis*: resistenza della giurisprudenza e funzione consultiva del Consiglio di Stato**

L’innovatività della decisione in commento è avvalorata anche dalla congerie di prospettive che si registravano sull’istituto del silenzio-assenso in relazione all’autorizzazione paesaggistica.

Nel tempo, si era infatti sviluppata una giurisprudenza conservativa del Consiglio di Stato e di alcuni Tribunali amministrativi che continuava a fare applicazione del modello del parere meramente devolutivo — in luogo del silenzio-assenso — oppure affermava, più radicalmente, la non applicabilità dell’art. 17-*bis* alla materia paesaggistica[[7]](#footnote-7).

La giurisprudenza in tema di silenzio-devolutivo[[8]](#footnote-8) sostiene la tesi secondo cui, in caso di pronuncia tardiva (purché anteriore alla “chiusura” del procedimento segnata dal rilascio del provvedimento finale da parte del Comune), il parere vincolante della Soprintendenza dequota a obbligatorio, ma resta efficace[[9]](#footnote-9).

In altri termini, il potere della Soprintendenza di esprimere il suo parere non si consuma automaticamente allo scadere del termine legalmente previsto, ma solo nel momento in cui il Comune chiude il procedimento con l’adozione della formale autorizzazione paesaggistica. Ragion per cui il parere ministeriale “tardivo” non è né nullo, né annullabile, ma perde soltanto la sua efficacia vincolante, scadendo a mero parere obbligatorio, che deve, come tale, essere comunque preso in considerazione dal Comune che non avesse ancora provveduto, con conseguente obbligo motivazionale specifico in caso di diverso avviso.

Ciò in quanto il valore paesaggistico non potrebbe essere obliterato nella comparazione degli interessi in gioco, devoluta al modello della Conferenza dei Servizi.

Sennonché, all’atto dell’introduzione dell’art. 17-*bis* nella L. n. 241 del 1990 ad opera del legislatore del 2015[[10]](#footnote-10), si è posta la questione se questa nuova norma avesse cambiato la ricostruzione del procedimento autorizzatorio paesaggistico, come disciplinata dall’art. 146 del Codice del 2004.

Una risposta esaustiva in merito era già rinvenibile nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1640/2016 del 13 luglio 2016, che ha tracciato le linee guida poi riprese dalla sentenza in commento.

Il quesito era stato posto dall’Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica Amministrazione, con nota del 31 maggio 2016 e concerneva alcuni delicati problemi applicativi dell’articolo 17-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall’articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Secondo il Consiglio di Stato, il silenzio-assenso di cui all’art. 17-*bis* introduce un “nuovo paradigma” nei rapporti tra amministrazioni pubbliche, operando in una duplice prospettiva di semplificazione. Da un lato, la norma incide sui tempi del procedimento amministrativo (fissando il termine in trenta giorni, salva l’ipotesi degli interessi primari); dall’altro, equipara l’inerzia ad un atto di assenso, che consente all’Amministrazione procedente di assumere la decisione finale.

Tale istituto si basa su di una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell’inerzia amministrativa, che viene stigmatizza al punto tale da ricollegare al silenzio dell’Amministrazione il più efficace dei rimedi, che si traduce, nell’equiparazione del silenzio della P.A. ad un provvedimento di accoglimento.

In ragion di ciò, il silenzio-assenso si sostanzia per le pubbliche amministrazioni “*nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento*”.

1. **La semplificazione come nuovo paradigma dopo la Riforma Madia**

Per ripercorrere l’evoluzione che ha interessato la materia, il Consiglio di Stato ha analiticamente vagliato la pertinente disciplina normativa, distinguendo tra quella propria del periodo ante “Riforma Madia” (legge 7 agosto 2015, n. 124) - caratterizzato dall’attribuzione di valenza “obbligatoria” al parere ministeriale tardivo - e quella sopravvenuta, nell’ambito della quale la preoccupazione di garantire un’adeguata tutela agli interessi paesaggistici è stata interpretata in maniera maggiormente conforme al quadro normativo di riferimento.

La sentenza in commento ha, così, messo in risalto un volto moderno della semplificazione, che da valore strumentale (ossia principio generale da collegare all’esigenza di migliorare l’efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l’efficacia nella cura degli interessi pubblici) è divenuta bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati.

In tale contesto, l’innovativa impostazione del c.d. “silenzio-assenso orizzontale” *ex* art. 17-*bis* nascerebbe proprio dall’incontro tra la trasformazione del ruolo della semplificazione e l’attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell’attributo di primarietà associato agli interessi sensibili.

Ed invero, prima della riforma era stato a più voci affermato che il silenzio-assenso non si applicasse, in maniera assoluta, agli atti e procedimenti riguardanti interessi “sensibili”, vale a dire quelli a tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, dell’ambiente, del rischio idrogeologico, della difesa nazionale, della pubblica sicurezza, dell’immigrazione, dell’asilo e della cittadinanza, della salute e della pubblica incolumità[[11]](#footnote-11).

In base all’art. 146 del Codice di settore del 2004, l’autorità competente alla gestione del vincolo - di regola il Comune, delegato dalla Regione - avrebbe dovuto provvedere sulla domanda del privato entro 60 giorni, acquisito il parere del Soprintendente (obbligatorio e vincolante fino alla conformazione o adeguamento della strumentazione urbanistica alla nuova pianificazione paesaggistica), da rendere entro 45 giorni dalla ricezione degli atti.

Si parlava di “silenzio-devolutivo”, nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la Soprintendenza avesse comunicato il parere, il Comune aveva il dovere funzionale di decidere da solo e doveva provvedere sulla domanda (“*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*”: art. 146, comma 9), ma senza obliterare il parere medesimo.

In caso di inerzia, poi, dello stesso Comune e di inutile decorso di questo termine, non essendo tale fattispecie tipizzata e resa significativa in alcun senso - né positivo, né negativo - dalla legge, e non potendosi fare applicazione neppure dell’art. 20 della L. n. 241 del 1990, si aveva a che fare con una normale ipotesi di inerzia non significativa della p.a., di silenzio-inadempimento, ricorribile dinanzi al Tribunale amministrativo competente *ex* art. 117 c.p.a.

In questo percorso verso elevati livelli di semplificazione, a tutela dei cittadini ed operatori economici, le disposizioni introdotte dall’art. 17-*bis* della L. n. 241/1990 hanno rappresentato una tappa molto incisiva giacché, per la prima volta, in via generale, è stata superata la tradizionale limitazione posta alle norme sulla semplificazione (ed in particolare a quelle che determinano il formarsi del silenzio-assenso sostitutivo del provvedimento espresso) nelle materie c.d. sensibili, ovvero, quelle che involgono la disciplina in concreto di interessi differenziati e primari (tutela del patrimonio culturale, paesaggistico, ambientale, tutela della salute dei cittadini, ecc.) che, per legge, e secondo l’interpretazione giurisprudenziale costante, avrebbero meritato una piena ed espressa decisione da parte delle amministrazioni preposte alla loro tutela[[12]](#footnote-12), tra cui il Ministero della Cultura.

Il Consiglio di Stato è, invece, giunto ad una più raffinata conclusione: non si può contrapporre l’interesse alla semplificazione agli interessi curati dalle amministrazioni, la cui inerzia dà luogo a fenomeni di complicazione, e quindi crea un corto circuito nella tenuta generale del sistema.

Anche tali interessi vengono pregiudicati dalle lentezze dell’attività amministrativa e hanno, quindi, bisogno di essere supportati dall’intervento di semplificazione, che non può di per sé essere progettato in modo da favorire solo l’interesse di chi aspira ad ottenere in tempi rapidi un provvedimento ampliativo della sua sfera soggettiva[[13]](#footnote-13).

1. **La portata decisoria del parere della Soprintendenza: la nuova linea tracciata dal Consiglio di Stato**

Il Consiglio di Stato, rimeditando l’orientamento che tradizionalmente ha escluso l’applicabilità dell’art 17-*bis* al parere della Soprintendenza, ha passato in rassegna una serie di indici sintomatici, affermando in maniera chiara che il parere tardivo dell’organo soprintendizio costituisce “espressione di co-gestione attiva del vincolo paesaggistico”.

Tra questi, ha richiamato la natura “vincolante” del parere ministeriale, secondo un inquadramento giuridico pienamente condivisibile, se si guarda all’effetto delle determinazioni sulla sfera giuridica altrui.

Ha osservato il Consiglio di Stato che i pareri vincolanti determinano il contenuto della decisione finale, per cui bisognerebbe espungerli dal novero degli atti preparatori e ricondurli nell’ambito di quelli decisori o co-decisori, a differenza di quelli di cui agli artt. artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990, rispetto ai quali (solo) il legislatore ha ritenuto non configurabile il silenzio-assenso, collocandosi nella fase istruttoria e privi, come tali, di portata decisoria.

È evidente, allora, che il parere di cui all’art. 17-*bis*, appartenendo alla fase decisoria, dopo che l’istruttoria si è chiusa, configurerebbe un’ipotesi di parere vincolante, al quale ben potrebbe essere applicato l’istituto del silenzio-assenso configurato dal legislatore.

In tale prospettiva, la Soprintendenza non eserciterebbe un sindacato di mera legittimità sull’atto autorizzatorio adottato dall’Ente a ciò deputato, con il correlativo potere di annullamento “ad estrema difesa del vincolo”, ma effettuerebbe una valutazione di merito amministrativo, espressione dei nuovi poteri di co-gestione attiva del vincolo paesaggistico.

E proprio perché configurantesi come ipotesi di co-gestione attiva, il procedimento di cui all’art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientrerebbe a pieno titolo tra le decisioni pluristrutturate, nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l’Amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l’assenso vincolante di altra pubblica amministrazione.

1. **L’inefficacia del provvedimento tardivo: l’anello che mancava**

Tra gli argomenti che, ad avviso del Consiglio di Stato, depongono per l’accoglimento della tesi che estende al procedimento di autorizzazione paesaggistica il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale è stato fatto rientrare, soprattutto, il comma 8-*bis* introdotto nel corpo dell’art. 2 della l. n. 241/1990 dal recentissimo d.l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), il quale offrirebbe definitivo suggello alla tesi della formazione implicita del titolo[[14]](#footnote-14).

La norma, infatti, afferma che “*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*”.

All’evidenza, la disposizione qualifica come inefficaci[[15]](#footnote-15) le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottati dopo la scadenza dei termini di cui all’art. 20, comma 1, l. n. 241/1990, facendo salvezza del potere d’annullamento d’ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni[[16]](#footnote-16).

Si tratta, in sostanza, di una dichiarazione *ex lege* di inefficacia dei provvedimenti *medio tempore* adottati a dispetto dell’operatività del meccanismo di semplificazione[[17]](#footnote-17).

Pertanto, il ricorso, da parte del legislatore, alla categoria dell’inefficacia per qualificare giuridicamente la determinazione tardiva non può non far propendere, oramai, per l’irrilevanza dell’atto tardivo nel procedimento amministrativo nel quale avrebbe dovuto inserirsi (entro il termine prescritto).

La scelta del legislatore di adottare tale categoria trova giustificazione nella volontà di disincentivare l’inerzia degli amministratori nel rispetto dei termini sul procedimento, garantendo soprattutto la piena operatività delle norme che qualificano il silenzio come assenso[[18]](#footnote-18).

Secondo un’ottica sostanzialistica, a tratti europeisticamente orientata, il comma 8-*bis* guarderebbe alla sostanza della consumazione del potere provocata dalla norma, una consumazione esplicitamente imposta dal legislatore attraverso la declaratoria di inefficacia[[19]](#footnote-19).

In tal senso, l’aver qualificato in termini di inefficacia[[20]](#footnote-20) il provvedimento tardivo ha il risultato di confermare (seppur indirettamente) che la decisione silenziosa non rappresenta un’opzione per l’Amministrazione; ovvero che il silenzio-assenso non possa configurarsi come un *modus procedendi* che l’Amministrazione è libera di scegliere in alternativa alla emanazione del provvedimento espresso, bensì, piuttosto, come una sanzione a fronte della violazione di un preciso dovere di provvedere che incombe sempre in capo alla p.a.[[21]](#footnote-21), dagli effetti irreversibili.

Successivamente alla formazione del silenzio-assenso, l’Amministrazione competente può “soltanto” assumere determinazioni in via di autotutela; e, in tal caso, ovviamente, dovranno sussistere tutti i presupposti necessari, oggi espressamente indicati dall’art. 21-*nonies* della Legge n. 241 del 1990, ivi compresa la valutazione degli interessi in gioco, tenendo conto del tempo trascorso.

Da quanto innanzi discende che non c’è più spazio, alla luce del *novum* normativo in disamina, per tentare la strada della sopravvivenza del c.d. silenzio-devolutivo, stante la formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova norma, di cui al comma 8-*bis*.

1. **Teoria generale dell’interpretazione: prima del contenuto, il metodo**

Con la sentenza in commento, oltreché circoscrivere (*rectius*: individuare) l’ambito applicativo dell’art. 17-*bis* L. n. 241/1990, il Consiglio di Stato ha inteso segnare un reciso confine tra “interpretazione adeguatrice e/o conforme” e “disapplicazione del testo normativo”.

Uno dei trattati salienti della sentenza in parola ha riguardato, difatti, proprio la teoria generale dell’interpretazione.

Secondo lo scrutinio del Consiglio di Stato, non sussisterebbero dubbi ermeneutici sull’applicabilità dell’art. 17-bis L. n. 241/1990 anche agli atti di assenso di competenza delle Amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica.

Ed una tale conclusione discenderebbe, chiaramente, dal dato letterale.

Per meglio tracciare l’*iter* logico-giuridico che sottende il ragionamento condotto dal Consiglio di Stato, è necessario prendere le mosse dalla norma “per eccellenza” in tema di interpretazione giuridica.

Nel nostro ordinamento, la disposizione fondamentale in punto di interpretazione degli atti normativi è senza alcun dubbio l’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 («Disposizioni sulla legge in generale», dette comunemente «preleggi»), il quale stabilisce che “*Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*” (comma 1); “*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*” (comma 2).

Partendo da tale ineludibile dato normativo, il Consiglio di Stato ha affermato che il testo della legge fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria; esso rappresenta il punto fermo da cui occorre muovere nell’attività interpretativa e a cui, all’esito del combinato ricorso a tutti gli altri canoni di interpretazione, è necessario ritornare.

In altre parole, il testo della legge costituisce un limite insuperabile rispetto ad opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili.

Citando anche la Cassazione a Sezioni Unite[[22]](#footnote-22), il Consiglio di Stato ha ricordato che la giurisprudenza, nell’interpretazione e nell’applicazione della legge, dà vita al testo normativo e dà contenuto alle clausole generali, elaborando la regola del caso concreto e poi reiterando la regola del caso nelle successive decisioni.

Il giudice è incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo, anche al fine di evitare che - in contrasto con il principio della divisione dei poteri - il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, la regola da applicare al caso concreto.

Nella medesima direzione si è orientata anche la giurisprudenza costituzionale[[23]](#footnote-23), che ha individuato nell’univoco tenore letterale della norma un limite all’interpretazione costituzionalmente conforme.

In tal senso, è stato autorevolmente riconosciuto che se il confine tra normare e interpretare esiste, questo confine può essere superato da un’applicazione non sorvegliata del principio dell’interpretazione conforme a Costituzione.

Per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere “adeguati” alla Costituzione, l’opera di “adeguamento” non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c’è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse[[24]](#footnote-24).

Neppure l’esigenza di rendere il testo legislativo compatibile con i principi costituzionali potrebbe, pertanto, giustificare una “torsione” dell’enunciato oltre il suo possibile orizzonte di senso.

Ogni disposizione ha un “*range* semantico”, all’interno del quale la giurisprudenza legittimamente e doverosamente esercita una discrezionalità tecnica, orientata dalle coordinate costituzionali, convenzionali o di sistema[[25]](#footnote-25).

Sul punto, ha affermato il Consiglio di Stato, non può ritenersi esistente un potere del giudice di decidere una controversia a lui sottoposta facendo diretta applicazione di un principio costituzionale (c.d *unmittelbare drittwirkung*), anche quando non si sia in presenza di una lacuna (e cioè quando esista una normativa di legge applicabile al caso, a meno che questa normativa non sia formulata attraverso il ricorso ad un principio o a una clausola generale).

Bisogna rammentare, invero, l’esistenza di margini di praticabilità dell’esegesi conforme.

Tale risorsa ermeneutica può configurarsi come possibile fin dove il testo la consenta, in quanto le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti ed al giudice sia concesso uno spazio valutativo da utilizzare.

**7. Conclusione**

I dubbi interpretativi in ordine al silenzio-assenso in materia di autorizzazione paesaggistica non possono dirsi, oggi, del tutto sopiti.

Ciò che è certo, tuttavia, è che al fine di dare un senso alla previsione normativa in forza della quale opera il silenzio – come manifestazione della volontà della Amministrazione – è necessaria una interpretazione che sia il più possibile scevra da ulteriori filtri applicativi, onde evitarne una neutralizzazione nei fatti.

In questo senso, la sentenza in commento segna un “passo in avanti” nella prospettiva della certezza delle situazioni giuridiche, pubbliche e private, scaturenti dall’applicazione dell’istituto del silenzio-assenso in ordine agli interessi sensibili.

La giurisprudenza commentata ha dato, infatti, avvio ad un percorso interpretativo che, ponendo l’accento su elementi sia testuali sia logico-giuridici, non lascia dubbio alcuno sulla certa applicabilità dell’istituto del silenzio-assenso anche al parere tardivo della Soprintendenza.

La portata pioneristica della pronuncia del Consiglio di Stato risiede, allora, nella volontà di recuperare i vantaggi e le certezze che avrebbero dovuto, nel tempo, permeare il silenzio-assenso, concepito per porsi quale vero ed effettivo paradigma di garanzia nei confronti del privato cittadino, ma anche nell’offrire agli operatori un metodo di analisi delle norme giuridiche, in continua evoluzione e non sempre secondo un disegno a monte coerente, che possa ricondurle a “sistema”.

1. La norma citata, rubricata “*Silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*”, ha esteso l’istituto del silenzio-assenso ai rapporti tra pubbliche amministrazioni disponendo che nei casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell’Amministrazione procedente: il termine fissato dal legislatore per l’espressione dell’assenso può essere interrotto una sola volta per esigenze istruttorie dell’Amministrazione chiamata ad esprimersi, e decorso il termine medesimo senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. Tali disposizioni si applicano anche agli atti di assenso, nulla osta o concerti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica, territoriale e ambientale, nel qual caso il termine fissato per l’espressione dell’assenso è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell’Amministrazione procedente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica è disciplinato dall’art. 146 d.lgs. 42/2004, il quale, dopo le modifiche apportate dall’articolo 25, comma 3, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, prevede che: - i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge 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; - l’autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l’intervento urbanistico-edilizio; - la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio è esercitata dalla regione, che eventualmente può delegarne l’esercizio ai comuni o ad altre forme associative fra enti locali; - la regione, o l’ente da essa delegato, istruisce la pratica e poi la trasmette al soprintendente con una proposta di provvedimento (*id est*: di autorizzazione paesaggistica); - il soprintendente rende il parere 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*”; - 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. [↑](#footnote-ref-2)
3. La tendenza della giurisprudenza amministrativa di prime cure a riconoscere ampia portata applicativa all’art. 17-*bis* emerge già da T.A.R. Campania-Salerno, sez. I, 9 giugno 2017, n. 1048; T.A.R. Sardegna-Cagliari, sez. II, 8 giugno 2017, n. 394; T.A.R. Abruzzo-Pescara, sez. I, 10 maggio 2018, n. 153; T.A.R. Calabria-Catanzaro, 17 gennaio 2018, n. 125, tutte in giustizia-amministrativa.it. [↑](#footnote-ref-3)
4. Una prima apertura in tal senso è da rinvenirsi in Cons. Stato, 24 maggio 2022, n. 4098, in giustizia-amministrativa.it. [↑](#footnote-ref-4)
5. Peraltro, il d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31 (Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall’autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), nell’art. 11 (Semplificazioni procedimentali), comma 9, prevede espressamente che “*In caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio-assenso ai sensi dell’art.17-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e l’Amministrazione procedente provvede al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica*”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 23 giugno 2021, n. 1542, secondo cui “*verso l’applicabilità dell’art. 17-bis della Legge n. 241 del 1990 al parere ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, deporrebbero, ancora, i seguenti due argomenti.*

*Il primo è mutuato dall’art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, che recita: ‘in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio-assenso ai sensi dell’art. 17-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l’Amministrazione procedente provvede al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica.’ È evidente come la predetta norma, di rango regolamentare, non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria, così da trasformare, sia pur nell’ambito di un regime semplificato, un rapporto verticale concepito dalla Legge come monostrutturato (cui non è applicabile l’art. 17-bis) in un rapporto orizzontale pluristrutturato (cui è applicabile l’art. 17-bis). Il secondo argomento lo si ricava dalla disamina della più autorevole prassi amministrativa della P.A. resistente, favorevole all’interpretazione qui offerta. Ci si riferisce, in particolare, alle univoche e ripetute istruzioni impartite dal capo dell’ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali, con le direttive n. 27158 del 10 novembre 2015, n. 21892 del 20 luglio 2016 e n. 11688 dell’11 aprile 2017, nonché con i pareri n. 1293 del 19 gennaio 2017 e n. 23231 del 27 settembre*”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Il riferimento è a M. P. CHITI, “*Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*” in “*Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*”, a cura di G. VESPERINI, Milano, 2006, 38, secondo cui “*il principio del silenzio-assenso risponde indubbiamente a talune esigenze pratiche di definizione celere per fattispecie a basso o nullo tasso di discrezionalità, ove l’interesse del privato all’inizio di certe iniziative viene ritenuto meritevole di particolare attenzione. (....) Diverso è il caso in cui la fattispecie oggetto dell’eventuale silenzio-assenso implica necessariamente complesse fasi istruttorie o è parte di un più complesso procedimento, ove sarebbe quanto mai utile, nell’interesse tanto dell’interessato quanto dell’Amministrazione, lo svolgimento di tutte le necessarie verifiche, poi espresse nel provvedimento e nella relativa motivazione*”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640 (che richiama Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; Id., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; 15 gennaio 2013, n. 220). La sentenza n. 2640 del 2021 ha poi ribadito l’applicabilità del diverso criterio del silenzio-devolutivo. Il Consiglio di Stato (sentenza della sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559) ha poi escluso la configurabilità del silenzio-assenso tra amministrazioni nella procedura di adeguamento degli strumenti urbanistici comunali al piano paesistico. [↑](#footnote-ref-8)
9. Il superamento di questo indirizzo interpretativo (che si legava ad un analogo orientamento maturato per il diverso caso del parere tardivo reso al di fuori della conferenza di servizi) è stato formalmente sancito dalla recente modifica apportata all’art. 2 della l. n. 241/ 1990 dall’art. 12, comma 1, lett. a), n. 2), del d.l. n. 76 del 2020, che ha introdotto il nuovo comma 8-*bis*, in base al quale *“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 artt. 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all’ultima riunione di cui all’art. 14 ter, comma 7, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’art. 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*”.

A questo punto, anche sulla base di questa diversa disposizione e per differenti ragioni dogmatiche, si sarebbe giunti a considerare irrilevante, in quanto privo di effetti nei confronti dell’autorità competente, il parere tardivo della Soprintendenza. [↑](#footnote-ref-9)
10. La cui rubrica è stata peraltro di recente così corretta: “*Effetti del silenzio e dell’inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*” dall’art. 12, comma 1, lett. g), n. 1), del d.-L. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020 n. 120, che ha sostituito le parole “*Silenzio-assenso*” con le parole: “*Effetti del silenzio e dell’inerzia nei rapporti*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. R. CAPONIGRO, “*I comportamenti taciti della p.a.*”, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale rileva, in riferimento alla fase decisoria prevista dall’art. 17 *bis* L. n. 241/1990 che “*anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l’interesse ‘sensibile’ dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell’Amministrazione procedente. In altri termini, se l’Amministrazione istituzionalmente competente alla cura* *dell’interesse sensibile non dovesse esprimersi, ferma restando la necessità di tale attività che è e resta obbligatoria, l’interesse sensibile dovrà comunque essere valutato dall’Amministrazione deputata all’adozione del provvedimento conclusivo del procedimento. Tale tesi, peraltro, postula la problematica equiparazione tra l’accertamento compiuto dall’Amministrazione istituzionalmente preposta alla cura di determinati interessi e l’accertamento compiuto da altra Amministrazione, non preposta specificamente alla cura degli stessi interessi. In sostanza, l’attribuzione dell’attività di valutazione de qua ad Amministrazione diversa da quella preposta alla cura dell’interesse sensibile è di ardua collocazione in ambito sistematico*”. [↑](#footnote-ref-11)
12. F. MARTINES, “*La non decisione sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio-assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall’art. 17 bis della l. 241/1990*”, Diritto Amministrativo, fasc. 3, 1 settembre 2018, pag. 747. [↑](#footnote-ref-12)
13. M. BOMBARDELLI, “*Il silenzio assenso tra amministrazioni ed il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*”, in Urb. e app., 2016, pag. 758. [↑](#footnote-ref-13)
14. A. SQUAZZONI, “*L’azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un’analisi della giurisprudenza*”, in Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 1 dicembre 2021, pag. 735. [↑](#footnote-ref-14)
15. La legge sul procedimento disciplina l’efficacia-inefficacia agli artt. 21-*bis* e 21-*quater.* L’articolo 21-*bis* stabilisce che “*il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso, effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile”*.Per i provvedimenti recettizi, dunque, l’efficacia è *ex nunc;* la mancata comunicazione determina l’inefficacia, ma non l’invalidità o l’inesistenza dell’atto. Preme precisare che in quest’ottica solo gli atti cautelari e urgenti acquistano immediata efficacia, senza quindi la previa comunicazione personale e individuale all’interessato.

L’art. 21-*quater* dispone invece che: *“1. I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo. 2. L’efficacia ovvero l’esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell’atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l’esercizio del potere di annullamento di cui all’articolo 21-nonies. (comma così modificato dall’art. 6, comma 1, legge n. 124 del 2015)”.*

Sulla base di tali norme, si desume che la stessa incontra sia dei limiti temporali, ma anche territoriali. Con i primi si intendono tutti i casi in cui l’efficacia possa essere differita, sospesa, retroattiva (soprattutto per quanto attiene ai provvedimenti di secondo grado), o – ancora - che abbia effetti istantanei o durevoli. La stessa può essere inoltre subordinata al verificarsi di talune circostanze, o all’emanazione di ulteriori atti. In quest’ultimo caso si parla di inefficacia in *“senso stretto”* quando essa non derivi da un provvedimento viziato e a cui debba porsi rimedio, ma sia sottoposta a condizione o il provvedimento stesso sia soggetto ad un controllo preventivo di legittimità. [↑](#footnote-ref-15)
16. La previsione è ad applicazione generalizzata. Nondimeno, la legge prevede alcune eccezioni in relazione a determinati interessi pubblici, a casi in cui la normativa dell’Unione Europea impone l’adozione di provvedimenti amministrativi formali e ad altre eccezioni singolarmente individuate. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sono presentate, innanzitutto, quattro fattispecie, che sono già in sé oggetto di interventi semplificatori. La prima è relativa alla Conferenza di Servizi semplificata: se le amministrazioni coinvolte non provvedono entro il termine comunicato dall’Amministrazione procedente (che non può essere superiore a 45 giorni o 90 giorni in caso di cura di interessi sensibili) la mancata comunicazione della determinazione nei termini equivale ad assenso senza condizioni (art. 14-*bis*, comma 2, lettera c), della l. n. 241 del 1990). La seconda ha ad oggetto i casi di silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche (art. 17-*bis*, commi 1 e 3). Decorso il termine di 30 giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento (o di 90 giorni nel caso di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili), assensi, concerti o nulla osta comunque denominati, di competenza di altre amministrazioni pubbliche ovvero di gestori di beni o servizi pubblici, si intendono acquisiti in funzione dell’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi da parte di un pubblico potere. La terza è dedicata propriamente al silenzio-assenso (art. 20, comma 1). Nei procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi (fatta eccezione per quelli oggetto di SCIA), «*il silenzio dell’Amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda*», se la stessa Amministrazione non comunica all’interessato nei termini il provvedimento di diniego ovvero se, entro 30 giorni dalla presentazione dall’istanza, non indice una conferenza di servizi. La quarta riguarda la conferenza di servizi simultanea. I lavori di quest’ultima devono concludersi non oltre 45 giorni decorrenti dalla prima riunione o 90 giorni nel caso in cui siano coinvolte amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili (art. 14-*ter*, comma 2). Se il rappresentante di un’Amministrazione non partecipa alle riunioni ovvero, pur partecipando, non esprime nei termini la propria posizione ovvero esprime un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza, opera un meccanismo di silenzio-assenso. All’esito dell’ultima riunione, l’Amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento considerando acquisito l’assenso senza condizioni delle amministrazioni. [↑](#footnote-ref-17)
18. In DOSSIER SERVIZI STUDI CAMERA E SENATO, 21 luglio 2020, “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”*, d. l. n. 76/2020 – A.S. 1883. [↑](#footnote-ref-18)
19. F. G. RUSSO, Procuratore dello Stato, “*Il provvedimento inefficace, rectius inutile nell’ambito del comma 8-bis dell’articolo 2 della Legge n. 241/1990*”. [↑](#footnote-ref-19)
20. L’inefficacia può essere ritenuta, rispetto alla nullità, un ottimo strumento di tutela. Invero, se la nullità dell’atto può essere riscontrata solo a seguito di impugnazione giurisdizionale nel termine decadenziale prescritto dalla legge, l’inefficacia rappresenta un’autonoma condizione dell’atto, consistente nella incapacità dello stesso di produrre effetti (nel senso che la successiva attività provvedimentale posta in essere dalla p.a. deve considerarsi come come *tamquam non esset*). [↑](#footnote-ref-20)
21. In termini, A. CIOFFI, “*Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica Amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*”, in Diritto amministrativo, 2006, pag. 101 e A. TRAVI, “*Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*”, in Foro amm., 2-3/1993, pag. 607. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 30 dicembre 2022, n. 38162. [↑](#footnote-ref-22)
23. In termini, Corte Costituzionale, 25 maggio 2023, n. 104 che ha affermato “*Va ribadito l’orientamento secondo cui l’onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all’incidente di costituzionalità, allorché il giudice rimettente sostenga, come nel caso di specie, che il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione*”. [↑](#footnote-ref-23)
24. M. LUCIANI, “*Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e «l’interpretazione conforme a»*”, in Federalismi.it, 8 agosto 2007, pag. 7, secondo cui “*se il limite viene superato, le conseguenze sono numerose, e gravi. Qui, interessa mettere in luce solo quelle che toccano più da vicino la giurisdizione costituzionale, e precisamente: a) la rottura della legalità legale, che non viene più semplicemente modellata (come si dovrebbe) dalla legalità costituzionale, ma è da questa interamente sostituita; b) se il limite è superato dal giudice comune, la sua sostituzione al giudice costituzionale, con la cancellazione dell’incidentalità e il sacrificio del controllo accentrato in favore di un controllo para-diffuso di costituzionalità; c) se il limite è superato dal giudice costituzionale, la cancellazione del principio dell’annullamento delle leggi illegittime, che l’art. 136 della Costituzione impone anche a fini di certezza e di estensione (erga omnes) della pronuncia della Corte.”* [↑](#footnote-ref-24)
25. Così G. GIACALONE, “*Gli strumenti di composizione dei conflitti tra diritto interno e diritto dell’Unione: (la disapplicazione, l’interpretazione conforme)*”, nell’intervento al Convegno “Il ruolo del giudice nazionale nell’attuazione del diritto dell’Unione Europea”, tenutosi a Firenze il 29 gennaio 2020. [↑](#footnote-ref-25)