

L'applicabilità dell'art. 17-bis l. 241/90 alle autorizzazioni paesaggistiche.

All'indomani della novella legislativa di cui all'art. 3 della legge 124/2015 è stato inserito nella L. 241/90 l'art. 17-bis che attribuisce all'inerzia delle amministrazioni un significato rilevante, finanche per le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

Tale assoluta novità ha posto problemi applicativi che il Palazzo Spada ha cercato di chiarire con il parere n. 1640/2016 richiamato, poi, dalla giurisprudenza successiva e che rappresenta un punto fermo proprio a favore della tesi volta a ritenere applicabile l'art. 17-bis anche alla tutela paesaggistica.

Il parere de quo affronta i diversi ambiti di applicazione soggettiva ritenendolo applicabile a tutte le amministrazioni (regioni ed Enti locali), finanche agli organi politici, alle Autorità indipendenti ed ai gestori di servizi pubblici, oggettiva ritenendolo applicabile agli atti normativi ed ai procedimenti relativi a interessi pubblici primari.

Non è applicabile nei confronti del privato.

Sull'applicabilità dell'art. 17-bis nell'ambito della conferenza di servizi trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi.

La Commissione speciale suggerisce in alternativa, al fine di estendere l'ambito applicativo dell'art. 17-bis, la soluzione secondo cui il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis operi sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e prevenga la necessità di convocare la conferenza di servizi. Quest'ultima andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate, e avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della conferenza appositamente convocata.

Il parere radica il fondamento della sua determinazione anche dalla matrice eurounitaria che ha introdotto il "principio della tacita autorizzazione" con cd. direttiva Bolkestein (considerando 43; art. 13, par. 4); nonché nell'art. 97 cost.

Le stesse conclusioni poi sono riportate nella nota alla Circolare n. 27158 del 10/11/2015

Ministero Beni e delle attività culturali per quanto attiene alle competenze del Ministero.

Dall'emanazione del detto parere n. 1640/2016 la giurisprudenza è stata sempre oscillante in ordine alla natura del provvedimento della Soprintendenza da rendere all'interno del procedimento ex art. 146 Dlgs 42/2004.

LA SENTENZA CDS N. 8610/2023

Da ultimo, con la recente sentenza n. 8610/2023 il Consiglio di Stato sembra avere preso posizione sulla tesi volta all'applicabilità tout court dell'art. 17-bis sia nell'ambito del procedimento ex art. 146 Dlgs 42/2004, sia nell'ambito della conferenza di servizi.

La sentenza de qua -estensore Dott- Luigi Furno-, ha avuto il pregio di effettuare una compiuta e completa ricognizione delle tesi che nel tempo si sono avvicinate in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 17-bis al procedimento ex art. 146 Dl.gs 42/2004, propendendo a favore della sua applicazione attraverso compiute e motivate argomentazioni.

La vicenda oggetto della sentenza trae origine dal ricorso promosso da un proprietario di un terreno ricompreso in area assoggettata a tutela paesaggistica ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. f) D.Lgs. n. 42/2004 e del D.M. 10.10.1967, il quale aveva richiesto il rilascio del permesso di costruire per l'edificazione di una residenza turistico-alberghiera e formulato domanda di autorizzazione paesaggistica.

La Soprintendenza aveva espresso il parere contrario ben oltre il termine assegnato dall'Amministrazione procedente (il Comune) la quale rilevava che il dissenso espresso non era superabile senza apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza, così come rappresentato nel parere contrario della Soprintendenza.

Il TAR con la sentenza n. 2946/22 nell'accogliere il ricorso del proprietario ha statuito che *"...agli atti risulta evidentemente inosservato il termine legalmente previsto per l'adozione del richiesto atto consultivo da parte dell'Autorità Tutoria; la circostanza dianzi acclarata, ossia l'intempestività dell'intervento consultivo da parte dell'autorità tutoria statale, ha finito per generare la formazione del silenzio assenso "orizzontale" o "interno" ex art. 14 bis, comma 4, della l. n. 241/1990 (di recente modificato dall'art. 12, comma 1, lett. g, del d.l. n. 7c/2020, conv. in l. n. 120/2020) sull'istanza di autorizzazione paesaggistica relativa al progetto controverso e per implicare l'inefficacia ex art. 2, comma 8 bis, della l. n. 241/1990 del parere soprintendentizio negativo"*.

Il Ministero della Cultura ha proposto appello avverso la detta sentenza sostenendo che nel caso de quo si sia in presenza di un procedimento mono-strutturato in cui prevale la volontà di una singola Pubblica Amministrazione e che il silenzio-assenso endoprocedimentale, si applica solo ai rapporti orizzontali tra Amministrazioni e non anche al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Secondo il Ministero, dunque, il parere non sarebbe *"tamquam non esset"*, ma il Comune deve comunque tenere conto ai fini della determinazione in ordine al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Ed invero, nonostante con la riforma del 2015 sia stato introdotto l'istituto del silenzio assenso anche in materia paesaggistica, parte della giurisprudenza ha comunque continuato ad applicare il modello del parere meramente devolutivo: secondo tale indirizzo interpretativo, in caso di pronuncia tardiva, ma comunque anteriore alla definizione del procedimento ed al rilascio del provvedimento autorizzativo da parte del Comune, il parere della Soprintendenza era da intendersi *"dequotato"* ad obbligatorio, restando efficace e fondando l'obbligo per l'Amministrazione procedente di esaminarlo e di motivare il proprio provvedimento finale in caso di dissenso.

Il Consiglio di Stato parte da un presupposto fondamentale, ovvero la volontà legislativa all'applicabilità tout court dell'art. 17-bis L. 241/90 che si rinviene con l'introduzione del comma 8bis all'art. 2 L. 241/90 (inserito dall'art. 12, comma 1, lett. a) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76) che dispone testualmente 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 15, commi 3 e c-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"*. Il comma 3 dell'art. 17-bis, infatti, mal si concilia con la tesi che esclude l'applicazione del silenzio assenso al parere della Soprintendenza: *"Il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale palesa, in altri termini, una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, inerzia che viene 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 procedimento."*

Ma ancor prima con l'art. 11 del DPR 31/2017 che al 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'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1950, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica”*. Tale disposizione è chiarissima nel qualificare il parere (semplificato) della soprintendenza come atto codecisorio ai sensi dell'art. 17-bis. Tale determinazione, infatti appare in linea con il parere n. 1640/2016 secondo cui l'art. 17-bis si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata e pertanto *“ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990”*.

La Sentenza: Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. n. 8610/2023, ha chiarito che il procedimento di autorizzazione paesaggistica, anche alla luce dell'art. 146 D.Lgs. n. 42/2004 come novellato dalla riforma del 2011, deve essere più propriamente qualificato come pluristrutturato, in quanto l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza co-decisoria.

La sentenza per poter giungere a considerare il parere della Soprintendenza come facente parte di un procedimento pluristrutturato, obietta appunto sulle diverse opzioni interpretative ritenendo che se la Soprintendenza, nell'esprimere il suo parere sulla proposta di autorizzazione paesaggistica, deve ignorare la compresenza di qualsiasi altro interesse pubblico, anche di analoga valenza (ad esempio la tutela dell'ambiente), non considera che il tratto qualificante dell'istituto della conferenza di servizi risiede proprio nella necessità di confrontare e comporre, mediante una dialettica paritaria, tutti gli interessi rilevanti.

Ciò posto, considerando la natura vincolante del parere reso dalla Soprintendenza ed alla luce dell'attribuzione delle competenze della Soprintendenza ex art. 117 Cost. statuisce che , *“In questo quadro, costituzionalmente vincolato, sarebbe quindi più coerente con le coordinate di fondo del sistema riconoscere alla Soprintendenza un ruolo propriamente co-decisorio, con la conseguenza che il procedimento in esame dovrebbe più propriamente qualificarsi come pluristrutturato.”*

Non vale a contraddire la tesi della natura di provvedimento pluristrutturato del provvedimento della Soprintendenza la considerazione che in tal modo verrebbe ad essere *“sacrificato il principio della competenza di cui all'art. 117 Cost. inibendo alla stessa di tutelare l'interesse paesaggistico successivamente alla scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto rendere il proprio parere.*

Infatti, resta sempre ferma la possibilità per la Soprintendenza di poter agire in autotutela

secondo il principio del *contrarius actus* (che la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni richiamato con riferimento all'autotutela sui provvedimenti adottati all'esito della conferenza di servizi) in base al quale l'eventuale esercizio dell'autotutela deve seguire il medesimo procedimento d'emanazione dell'atto che si intende rimuovere o modificare. Questo significa che l'amministrazione autrice dell'assenso silenzioso non potrà limitarsi ad esprimere il proprio sopravvenuto dissenso, ma dovrà sollecitare l'avvio del procedimento di riesame, condotto dall'amministrazione procedente, secondo le regole dell'art. 21-nonies o 21-quinquies, evidenziando le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificerebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni.

Orbene, dato atto che il meccanismo del silenzio-assenso non è configurabile con riferimento ai pareri meramente istruttori, nel caso dell'art. 17-bis L. 241/90 il parere della Soprintendenza si configura una decisione "a doppia chiave" e dunque una decisione pluristrutturata.

In tal caso, pertanto, l'eventuale silenzio serbato dell'autorità co-decidente consolida la scelta dell'autorità procedente, che è comunque dotata di competenza (sia pure non esclusiva) in materia.

Viene stigmatizzata così l'applicabilità della norma ai soli casi di atti che hanno natura codecisoria.

Sarebbe sufficiente che l'Amministrazione interpellata rimanga silente ed il provvedimento potrà essere sottoscritto soltanto dall'Amministrazione procedente, dando atto nelle premesse o in calce al provvedimento dell'invio dello schema di provvedimento e del decorso del termine per il silenzio assenso.

Di qui la natura perentoria del termine di trenta giorni (o il diverso termine per le Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili), scaduto il quale il parere tardivo eventualmente reso, non potrà produrre i suoi effetti.

Tali avvertite esigenze non sono circoscrivibili in ragione della natura del procedimento preso in esame, imponendosi in via generalizzata (salve le eccezioni di cui all'art. 17 bis, comma 4, L. n. 241/90) per ogni forma di esercizio del pubblico potere, amministrativo o normativo, qualora il provvedimento finale presupponga una fase di co-decisione di competenza di altra Amministrazione." (cfr. sent. 8610/2023).

Da tali considerazioni ermeneutiche discende che l'art. 17-bis in materia paesaggistica è applicabile anche nell'ambito della conferenza di servizi ex art. 14-bis L. 241/90.

A sostegno della detta interpretazione il Collegio richiama la decisione della Corte costituzionale n. 246/2018 nella quale è stato chiarito che l'art. 17-bis, sebbene collocato al di fuori degli articoli espressamente dedicati alla conferenza di servizi (artt. 14-14-quinquies), trova applicazione anche nel caso in cui occorra convocare la conferenza di servizi in quanto «il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assenti di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi. Il tutto in linea con il già più volte citato parere n. 1640/2016, secondo cui il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale rinviene il proprio fondamento nell'art. 97 Cost. letto in "un'ottica moderna" nella logica del primato dei diritti, dove i meccanismi di semplificazione non rappresentano un sacrificio dell'interesse pubblico, ma sono funzionali ad assicurare una tempestiva tutela per il privato nell'ottica del principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

Alla luce della disamina degli orientamenti contrari il Consiglio di Stato conclude che il parere della Soprintendenza reso tardivamente nell'ambito della conferenza di servizi è *Tamquam non esset*, condividendo l'orientamento già espresso con il parere n. 1640/2016 secondo il quale *"... si possa parlare di un 'nuovo paradigma': in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione 'pluristrutturata' nel senso che la decisione finale da parte dell'Amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra Amministrazione il silenzio dell'Amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'Amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo.*

Pertanto, il Consiglio di Stato ha concluso che il silenzio-assenso "orizzontale" si configura anche nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica in seno alla conferenza di servizi, nell'ambito del quale la Soprintendenza è chiamata ad esprimere il parere che, se reso tardivamente, è da considerarsi *tamquam non esset*.

Infatti, a giudizio del Collegio, la volontà del Legislatore sottesa alle riforme che hanno interessato gli istituti di semplificazione di cui agli artt. 14bis e 17bis L. n. 241/1990 è stata quella di voler raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e l'esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli all'operatore economico il quale, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica.

Il meccanismo del silenzio-assenso "orizzontale", dunque, manifestando la contrarietà dell'ordinamento all'inerzia amministrativa, ricollega 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 procedimento”.

LA SENTENZA CDS 1094/2024

Da ultimo con una recentissima sentenza il Consiglio di Stato si è spinto oltre ritenendo che, proprio sulla base della sentenza 8610/2023, “ si possa parlare di un ‘nuovo paradigma’: in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione ‘pluristrutturata’ (nel senso che la decisione finale da parte dell’Amministrazione precedente richiede per legge l’assenso vincolante di un’altra Amministrazione), il silenzio dell’Amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l’effetto di precludere l’adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all’Amministrazione precedente l’adozione del provvedimento conclusivo.”

Sulla base di tale paradigma ritiene quindi che l’art. 17-bis possa essere interpretato in maniera estensiva quale che sia l’Amministrazione coinvolta e quale che sia la natura del procedimento pluristrutturato.

Pertanto, ha ritenuto applicabile il disposto dell’art. 17-bis alla richiesta di parere obbligatorio formulata ai sensi dell’art. 167 5 comma Dlgs 42/04 in quanto tardivamente reso dalla Soprintendenza e come tale “tamquam non esset.”

Avv. Mariella Imparato