

Parere di compatibilità paesaggistica: le indicazioni del Consiglio di Stato sul silenzio assenso

Tamquam non esset: ecco gli effetti del parere tardivo di una Soprintendenza nell'ambito di una conferenza di servizi per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica

di [Redazione tecnica](#) – 30.10.2023

Il c.d. “**silenzio assenso orizzontale**”, reso quindi nell’ambito **endoprocedimentale** tra due amministrazioni, si applica anche al **parere di compatibilità paesaggistica**, che se reso tardivamente è *tamquam non esset*.

Parere tardivo della Soprintendenza: il silenzio assenso orizzontale

A queste conclusioni è giunto il Consiglio di Stato con la **sentenza del 2 ottobre 2023, n. 8610**, che potrebbe aprire la strada a un cambio importante di prospettiva, nel pieno rispetto dei principi di efficacia ed efficienza dell’**azione amministrativa**.

Il caso in esame riguarda la richiesta di **permesso di costruire** per l’edificazione di una struttura turistico-alberghiera in area sottoposta a **vincolo paesaggistico**, motivo per cui era stata anche formulata domanda di **autorizzazione paesaggistica**. Il Comune aveva quindi indetto la Conferenza di Servizi per acquisire tutti i necessari atti di assenso, compreso il parere della Soprintendenza.

Quest’ultima, dopo una richiesta di integrazione documentale, ha espresso parere contrario e l’amministrazione procedente, pur ritenendo *“l’intervento dal punto di vista urbanistico conforme al PRG e alle norme di attuazione attualmente vigenti e pertanto assentibile”*, statuiva che *“il dissenso espresso non fosse superabile senza apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza così come rappresentato dal parere contrario della Soprintendenza”*.

Da qui il ricorso al TAR, che era stato accolto sulla base del fatto che nell’ambito della Conferenza di servizi, il parere della Soprintendenza era stato reso tardivamente, per cui *“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. 76/2020, 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*.

Da cui ne è derivato che *“considerata l’inefficacia del parere reso tardivamente dalla Soprintendenza, in ragione dell’intervenuta formazione del silenzio assenso, la determina di conclusione dei lavori, oggetto della presente impugnativa, è da reputarsi illegittima”*. Sostanzialmente il TAR ha ritenuto rilasciato in senso positivo il parere di compatibilità paesaggistica e quindi il procedimento per il rilascio del permesso di costruire andava riaperto.

Da qui l’appello del Ministero secondo cui l’art. 17- bis della l. 241/90, relativo al **silenzio assenso endoprocedimentale**, si applica soltanto ai rapporti orizzontali tra amministrazioni e non anche al procedimento di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, che invece si caratterizzerebbe come un procedimento mono-strutturato, in cui prevale la volontà di una singola pubblica amministrazione.

Il Ministero ha fatto presente che il parere tardivo della Soprintendenza non sarebbe *tamquam non esset* e di esso il Comune dovrebbe comunque tenere conto ai fini della determinazione in ordine al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica.

Silenzio orizzontale: la semplificazione dell’attività amministrativa

Spiega il Consiglio che la questione riguarda proprio l’applicabilità del silenzio assenso c.d. orizzontale agli atti di tutela degli interessi sensibili e segnatamente al parere paesaggistico reso tardivamente nel corso di una conferenza di servizi indetta ai sensi dell’**art.14-bis, l. n. 241 del 1990**; una questione strettamente

correlata, a quella dell'applicabilità o meno al procedimento di autorizzazione paesaggistica dell'**art. 17-bis, l. n. 241 del 1990**.

L'orientamento che esclude l'operatività del meccanismo del silenzio assenso in relazione alle fattispecie di tutela degli interessi paesaggistici, incontra, ad avviso del Collegio, obiezioni difficilmente superabili.

L'art. 17- bis., testualmente recita *“il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici”* opera anche nei *“casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale... per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche”*, con la precisazione che in siffatte ipotesi, salva diversa previsione, il termine entro il quale le amministrazioni competenti sono tenute a comunicare il proprio assenso, concerto o nulla osta è definito dalla normativa di settore, attestandosi, in mancanza, in novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente; anche in tali ipotesi, si prevede espressamente che decorso siffatto termine senza che sia stato comunicato **l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito**.

Il regime anzidetto si applica pertanto anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela dei beni culturali. In questi casi, *«ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente»*, fermo restando che *«decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito»* (comma 3).

In tale quadro, l'istituto in esame completa, come in parte già ricordato, un'evoluzione normativa che ha progressivamente **fluidificato l'azione amministrativa**, neutralizzando gli effetti negativi e paralizzanti del silenzio amministrativo, dapprima nei rapporti con i privati e ora anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni. Il nuovo strumento di semplificazione conferma, pertanto, la natura “patologica” che connota il silenzio amministrativo, soprattutto quando maturi nell'ambito di un rapporto orizzontale con un'altra amministrazione co-decidente.

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.

Un nuovo paradigma per i procedimenti amministrativi

A tal proposito risultano particolarmente significativi i passaggi argomentativi del parere del Consiglio di Stato nel quale si legge che *“il Consiglio di Stato ritiene 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. il silenzio assenso “orizzontale” previsto dall'art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto. La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisorie necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso”*.

La semplificazione in conferenza di servizi

Le medesime conclusioni si impongono, *a fortiori*, in relazione all'art. 14-bis, legge 241 del 1990, così come modificato con il decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124), che presenta un **analogo meccanismo semplificatorio**.

Il comma del predetto articolo 14 bis afferma (anche con riferimento alle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale, in relazione alle quali si prevede solo un allungamento del termine per rendere in parere) il principio per cui si considera **acquisito l'assenso senza condizioni** delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Sul piano teleologico, la riforma dell'istituto della conferenza di servizi ha inteso, come anticipato, rimediare alle disfunzioni registrate nella prassi, prevedendo vari meccanismi di semplificazione in un'ottica di trasformazione del ruolo della semplificazione.

Come già rilevato dal Consiglio di Stato, nel parere n. 1640/2016 cit., il meccanismo del silenzio assenso orizzontale rinviene, sotto il profilo costituzionale, il proprio fondamento nel **principio di buon andamento**, di cui all'art. 97 Cost., letto 'in un'ottica moderna', che tenga conto anche dell'esigenza di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico.

Contro tale obiezione, è agevole replicare che il legislatore, attraverso gli istituti di semplificazione in esame (17-bis e 14-bis) ha cercato di raggiungere un **delicato punto di equilibrio** tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica.

In tale composito quadro, la competenza della Soprintendenza resta garantita sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione. Per altro, in caso di mancata attivazione entro i termini, resta ferma la possibilità della Soprintendenza di poter agire in autotutela secondo il principio del *contrarius*. 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.

Il definitivo superamento dell'indirizzo interpretativo contrario all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere paesaggistico, a ben vedere, è stato formalmente sancito dalla recente modifica apportata all'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 dall'articolo 12, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto-legge 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 articoli 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'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*".

La lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi ex art. 14-bis e nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17-bis, è inequivocabile nell'affermare il principio secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto privi di carattere vincolante.

Da ciò 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.

In conclusione, alla luce delle complessive considerazioni che precedono, il parere della Soprintendenza reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è ***tamquam non esset***.

Articolo tratto da *Lavori Pubblici*