

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2022 - Anno XLIII

APPLICABILITÀ DEL SILENZIO ASSENSO PROCEDIMENTALE AL PARERE DELLA SOPRINTENDENZA SULL'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA (NOTA A TAR CAMPANIA, SALERNO, 29/11/2021, N. 2589)

Stefano Crocitto, Dottorando di ricerca in "Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo" presso il Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari

Abstract [Ita]: il presente contributo esamina la questione dell'applicabilità del silenzio assenso di cui all'art. 17 bis, l. 241/1990, al parere della Soprintendenza sull'autorizzazione paesaggistica. La soluzione non è pacifica in giurisprudenza, sia per l'ambiguità della disciplina, sia per via delle perplessità che investono il rapporto tra silenzio assenso e interessi sensibili.

Abstract [Eng]: the paper examines the question if the silent consent provided in the art. 17 bis, l. 241/1990, is applicable to the binding opinion that the Soprintendenza has to give about the landscape authorisation. On this topic there are various jurisprudential orientations, because of the ambiguity of law and the scepticism about the relationship between silent consent and sensitive interests.

Massima

Al parere reso dalla Soprintendenza sull'autorizzazione paesaggistica è applicabile l'istituto del silenzio assenso tra

pubbliche amministrazioni, con conseguente inefficacia del parere tardivo.

Parole chiave e norme di legge

Paesaggio – autorizzazione paesaggistica – parere – Soprintendenza – applicabilità – silenzio assenso – inefficacia – art. 146 d.lgs. 42/2004 – D.P.R. 31/2017 – art. 17 bis l. 241/1990 – art. 2, co. 8 bis, l. 241/1990

Premessa. – 1. Disciplina dell'autorizzazione paesaggistica e del silenzio assenso. – 2. La decisione del Tar e i precedenti giurisprudenziali. – 3. La difficile convivenza tra esigenze della semplificazione e interessi sensibili.

Premessa

La sentenza in commento affronta la questione dell'applicabilità della disciplina del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni al parere espresso oltre i termini dalla Soprintendenza sull'autorizzazione paesaggistica.

La fattispecie riguarda la richiesta, rivolta da una società al Comune, di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in vista della realizzazione di un autolavaggio all'interno di un preesistente impianto di distribuzione carburanti. A seguito del parere favorevole della Commissione Locale per il Paesaggio, il Comune aveva trasmesso la documentazione alla Soprintendenza, affinché rendesse il parere vincolante di sua competenza. La Soprintendenza aveva comunicato i motivi ostativi e aveva confermato la propria posizione anche dopo le osservazioni della società, esprimendo parere contrario. Di conseguenza, il Comune aveva respinto l'istanza di autorizzazione.

La società impugna il provvedimento di diniego e il parere della Soprintendenza, poiché quest'ultimo sarebbe stato reso tardivamente e, dunque, si sarebbe formato il silenzio assenso di cui all'art. 17 bis, l. 241/1990, e il parere tardivo sarebbe inefficace ai sensi dell'art. 2, co. 8 bis, l. 241/1990. L'amministrazione statale contesta la doglianza sulla tardività del parere, sostenendo il carattere interruttivo di una richiesta di integrazione documentale rivolta al Comune.

Il Tar accoglie la domanda nel senso prospettato dalla ricorrente, dichiara il parere inefficace e annulla il diniego comunale.

1. Disciplina dell'autorizzazione paesaggistica e del silenzio assenso

La materia è regolata dall'art. 146, co. 5 ss., d.lgs. 42/2004, secondo cui l'autorizzazione paesaggistica è rilasciata dalla Regione (o dall'ente locale delegato), previa acquisizione del parere vincolante della Soprintendenza. Nello specifico, l'amministrazione procedente accerta che l'intervento sia conforme alle dichiarazioni di interesse pubblico e ai piani paesaggistici e trasmette la documentazione alla Soprintendenza. Questa rende il parere entro 45 giorni dalla ricezione degli atti; in caso di parere negativo, è tenuta a comunicare il preavviso di diniego ex art. 10 bis, l. 241/1990. L'amministrazione procedente provvede conformemente al parere entro 20 giorni dalla sua ricezione. Tuttavia, qualora il parere non sia reso entro 60 giorni, l'amministrazione deve provvedere autonomamente. In relazione ad interventi di minore entità, il D.P.R. 31/2017, secondo quanto disposto dal co. 9 dell'art. 146 cit., contempla una procedura semplificata, con termini più brevi, e sancisce che, in caso di mancata espressione del parere vincolante nei tempi previsti, esso si intende acquisito ai sensi dell'art. 17 bis, l. 241/1990, e l'amministrazione procedente rilascia l'autorizzazione.

L'art. 17 bis, l. 241, infatti, coerentemente con le finalità di semplificazione per cui è stato introdotto dalla c.d. riforma Madia del 2015¹, stabilisce che, ove l'amministrazione procedente necessita dell'assenso – comunque denominato – di un'altra amministrazione e questa rimanga inerte, il silenzio vale assenso. La disciplina si applica anche se l'assenso debba essere richiesto a un'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili, compreso quello paesaggistico-territoriale².

Tuttavia, nella prassi si sono riscontrate incertezze applicative, soprattutto con riferimento al rilascio, da parte dell'amministrazione co-decedente, di una determinazione negativa dopo e nonostante la formazione del silenzio assenso. Per ovviare a tale inconveniente e al contempo incentivare il rispetto dei termini, il legislatore ha inserito, con l. 120/2020, di conversione del d.l. 76/2020, il comma 8 bis nell'art. 2, l. 241, che rende effettivo il meccanismo di silenzio assenso previsto in talune fattispecie (compresa quella prevista dall'art. 17 bis), qualificando come inefficaci gli atti emessi dopo la formazione del silenzio assenso. L'intervento si è reso necessario per "sterilizzare" un orientamento giurisprudenziale minoritario disposto a riconoscere la legittimità della suddetta prassi, evidentemente lesiva del concetto stesso di silenzio assenso. Senonché, l'intento di semplificazione del legislatore è ridimensionato da una formulazione ambigua, che solleva due ordini di complicazioni interpretative, a

¹ Art. 3, l. 7 agosto 2015, n. 124, «*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*». L'art. 17 bis ha successivamente subito delle modifiche, anche nella rubrica, ad opera della l. 120/2020, di conversione del d.l. 76/2020.

² Sulle implicazioni dell'art. 17 bis, cfr., *ex multis*, 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 www.federalismi.it, 17/2015; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in www.federalismi.it, 20/2015; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 1/2016; P. MARZARO, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2/2016; I. CACCIAVILLANI, *La conferenza di servizi nella c.d. "legge Madia": riforma od atrofizzazione?*, in www.lexitalia.it, 3/2016; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, 7/2016; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 4/2017; F. MARTINES, *La 'non decisione' sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 3/2018; L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in www.federalismi.it, 1/2019.

proposito del regime dell'inefficacia e dell'autotutela³. Quanto all'inefficacia, non è chiaro quale sia la sua causa (di per sé, infatti, essa è un mero effetto): è comunque plausibile, dato lo scopo perseguito dal legislatore, che l'inefficacia funga da sanzione per l'amministrazione ritardataria, e che quindi presupponga un atto invalido⁴, nello specifico nullo per carenza di potere⁵. Quanto all'autotutela, non è chiaro se la locuzione «fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni» intenda far salvi i relativi poteri, qualora l'amministrazione ritenga che il silenzio assenso si sia formato illegittimamente, o se, invece, attribuisca all'amministrazione il potere di annullare gli atti tardivi emanati⁶.

L'art. 17 bis è, come detto, richiamato dal D.P.R. 31/2017, in tema di procedura semplificata per l'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica, non invece riguardo alla procedura "ordinaria" di cui all'art. 146, d.lgs. 42/2004. Il nodo della controversia non risiede tanto nella questione della tardività o meno del parere, quanto piuttosto nella riconducibilità o meno del procedimento dell'art. 146 alla fattispecie di cui all'art. 17 bis, l. 241.

2. La decisione del Tar e i precedenti giurisprudenziali

La sentenza in commento, riconoscendo la riconducibilità della fattispecie all'art. 17 bis e la conseguente applicazione dell'art. 2, co. 8 bis, accoglie

³ Su tali questioni, cfr. M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020; M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*. (note a margine di *Cons. Stato*, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476), in *www.giustiziainsieme.it*, 26/11/2020; ID., *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021; F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, 36/2020; A. FORMICA, *L'inefficacia del provvedimento quale strumento di tutela rafforzata del privato nelle nuove disposizioni in materia di semplificazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Torino, 2021. Sul problema della semplificazione "complicante", v. le osservazioni di L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni generali sul «semplificare»...ma all'italiana*, in *AmbienteDiritto*, 4/2020.

⁴ «Il privato già conosce poco il meccanismo del silenzio assenso e ancora meno è propenso a ritenere non efficace un provvedimento espresso comunque validamente adottato» (M. MACCHIA, *L'inefficacia*, cit., p. 181).

⁵ F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*, cit., p. 6, utilizzano l'icastica immagine di uno "spegnimento" del potere, a seguito della scadenza dei termini – perentori – per provvedere. A parere degli Aa., se l'atto fosse considerato semplicemente illegittimo, si cadrebbe in contraddizione, poiché esso non potrebbe essere annullato, in quanto già *ex lege* improduttivo di effetti. Per la tesi della nullità, cfr. anche M. CALABRÒ, *L'inefficacia*, cit., che esamina il regime derivante da tale qualificazione (p. 13-14).

⁶ Per la prima tesi, v. M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso*, cit., punto 2.3. L'A. pone in evidenza l'impossibilità della seconda tesi, giacché l'annullamento d'ufficio presuppone un atto illegittimo, mentre l'atto tardivo è espressamente qualificato inefficace.

la domanda del ricorrente e per l'effetto annulla il diniego comunale, sulla base dell'accertamento della tardività del parere⁷, richiamando per intero la motivazione di un recente precedente della sezione⁸. A sua volta, il precedente riconosce esplicitamente la presenza di un orientamento contrario del Consiglio di Stato e vi oppone una diversa ricostruzione. Ma procediamo con ordine.

La tesi favorevole all'applicazione dell'art. 17 bis muove dal parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato⁹. Secondo i giudici di Palazzo Spada, il disposto dell'art. 17 bis si pone come nuovo paradigma di portata generale nei rapporti interni tra amministrazioni pubbliche, con la precisazione che esso si riferisce a ipotesi in cui il procedimento debba concludersi con una decisione "pluristrutturata"¹⁰. Ciò significa che l'amministrazione procedente necessita dell'assenso vincolante di un'altra amministrazione, adempimento evidentemente richiesto dalla legge per coordinare più interessi pubblici intersecantisi. La decisione è pluristrutturata, in breve, quando l'amministrazione titolare del procedimento e quella interpellata condividono una funzione decisoria sostanziale. Se invece un'amministrazione si limita a raccogliere e trasmettere l'istanza a un'altra amministrazione unica decidente, la decisione va considerata "monostrutturata", dunque non si rientra nell'art. 17 bis: a ritenere il contrario, il silenzio assenso dell'art. 17 bis favorirebbe il privato, e l'art. 20 risulterebbe tacitamente abrogato

⁷ Sul punto, la decisione condivide le argomentazioni del ricorrente, che sostiene l'effetto sospensivo, anziché interruttivo, della richiesta di integrazione documentale rivolta dalla Soprintendenza al Comune, sulla base di un'analisi sistematica del d.lgs. 42/2004, avvalorata dal fatto che l'art. 146, co. 5, non prevede espressamente tale effetto interruttivo.

⁸ Tar Campania, Salerno, 23/06/2021, n. 1542, appellata con ric. n. 7412/2021. In sede cautelare il Consiglio di Stato (ord. 16/09/2021, n. 5034) ha sospeso l'esecutività della sentenza, in virtù della prevalenza dell'«interesse pubblico al mantenimento della res adhuc integra sino alla definizione del giudizio», ma ha riconosciuto che «la questione affrontata dalla sentenza impugnata è tutta di diritto e, come tale, richiede l'approfondimento proprio del merito», per cui viene fissata pubblica udienza il 3 febbraio 2022.

⁹ Parere reso in data 13/07/2016 da una Commissione speciale, appositamente costituita per l'esame di un quesito del Governo su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17 bis, l. 241/1990. In argomento cfr., in part., A. BERTI SUMAN, *Il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis, legge n. 241/90): dovere di istruttoria e potere di autotutela. Commento al parere n. 1640/16 del Consiglio di Stato su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Foro Amm.*, 6/2016; G. SCIULLO, *Gli 'interessi sensibili' nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *GiustAmm.*, 9/2016; C. VITALE, *Il silenzio assenso tra Pubbliche Amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato - il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 1/2017.

¹⁰ V. il punto 3.1, alle p. 13-14.

laddove esclude, in taluni casi, l'operatività del silenzio assenso nei rapporti con i privati¹¹.

Il Consiglio di Stato, inoltre, delimita il campo di applicazione dell'art. 17 bis, da un lato, e degli artt. 16 e 17, dall'altro: questi si riferiscono alla fase istruttoria, l'art. 17 bis alla fase decisoria, vale a dire quando l'istruttoria è ormai chiusa. Se ne deduce che, mentre i pareri non vincolanti ricadono negli artt. 16 e 17, il parere vincolante è soggetto al regime dell'art. 17 bis, data la sua valenza codecisoria¹².

Pertanto il Tar Salerno, nella decisione n. 1542 e, in modo tralatizio, nella n. 2589 qui in commento, ritiene che non si sottragga all'applicazione dell'art. 17 bis, come interpretato nel parere n. 1640 cit., il procedimento di rilascio del parere di cui all'art. 146, d.lgs. 42/2004¹³. A sostegno di tale opinione, il Tribunale cita precedenti del Consiglio di Stato che mostrerebbero di considerare il parere della Soprintendenza *«espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico»*¹⁴. A ulteriore conferma di tale ricostruzione, si rileva che l'art. 17 bis è espressamente dichiarato applicabile dal D.P.R. 31/2017, in tema di procedura semplificata: e questo non sarebbe possibile se la disciplina di rango primario concepisse il procedimento di rilascio del parere come estraneo all'art. 17 bis, dato che il D.P.R. ha rango secondario. Inoltre, il Tar nota che la prassi amministrativa del Ministero per i beni e le attività culturali è orientata nello stesso senso¹⁵. L'applicabilità dell'art. 17 bis e la tardività del parere

¹¹ V. il punto 4, sub *«Ambito di applicazione oggettivo»*, sub *«Non applicabilità ai procedimenti ad iniziativa di parte che si svolgono presso un'amministrazione competente a ricevere la domanda del privato ma rispetto ai quali la competenza sostanziale è di altra amministrazione»*, alle p. 33-34.

¹² V. il punto 4, sub *«Rapporto con gli artt. 16 e 17 legge n. 241/1990»*, alle p. 30-31.

¹³ Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sent. n. 394/2017; Tar Campania, Napoli, sent. n. 3099/2019 (che però riconduce all'art. 17 bis il procedimento di rilascio di un diverso parere vincolante, quello dell'art. 167, co. 5, d.lgs. 42/2004); Tar Campania, Salerno, sentt. n. 1811/2020 (sospesa in sede cautelare dal Consiglio di Stato con ord. n. 2743/2021, simile all'ord. sub nota 8) e n. 659/2021 (sospesa in sede cautelare dal Consiglio di Stato con ord. n. 6160/2021, su cui v. la nota 16).

¹⁴ V. Cons. Stato, sentt. n. 4843/2016, n. 2358/2021 e n. 2390/2021: invero, in tutte e tre le decisioni tale locuzione non si riferisce al parere previsto dall'art. 146, d.lgs. 42/2004. V., in ogni caso, Cons. Stato, sent. n. 1129/2013, secondo cui *«il modello procedimentale delineato nell'art. 146 del d.lgs. 42 del 2004 [...] attribuisce oggi al Ministero dei beni e delle attività culturali, per il tramite delle locali Soprintendenze, un ruolo di cogestione attiva del vincolo paesaggistico, con la titolarità di penetranti poteri valutativi di merito»*, nonché Cons. Stato, sent. n. 2751/2015, che afferma: *«La funzione esercitata dalla Soprintendenza è perciò consultiva ma non di meno il relativo parere assume valenza, in sostanza, di tipo codecisionale rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica emanata dal Comune»*. È altresì vero, come sostiene il Tar, che il legislatore sembra attribuire una valenza provvedimentoale a tale parere, laddove richiede la comunicazione del preavviso di diniego in caso di parere negativo (art. 146, co. 8).

¹⁵ Cfr. le direttive n. 27158/2015 (sub lett. d)), n. 21892/2016 (sub lett. d)), n. 11688/2017 (sub lett. b1)), e i pareri n. 1293/2016 e n. 23231/2018. Dalla direttiva n. 11688: *«Riguardo agli effetti dell'inutile decorso del*

comunque reso dalla Soprintendenza comportano la dichiarazione di inefficacia di esso ai sensi dell'art. 2, co. 8 bis, l. 241, e infine l'annullamento del diniego comunale, in quanto basato esclusivamente sul parere.

Occorre tuttavia riferire dell'orientamento contrario, sostenuto dal Consiglio di Stato nella sentenza 29 marzo 2021, n. 2640¹⁶, che muove dal disposto dell'art. 146, co. 9, d.lgs. 42/2004, a mente del quale *«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»*. Da tale norma i giudici di Palazzo Spada deducono agevolmente che, decorso il termine, l'amministrazione procedente sia legittimata ad adottare l'autorizzazione *«prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza»*. Questo, però, non significa che l'inerzia della Soprintendenza elimini del tutto la possibilità di rendere il parere; in realtà, l'inerzia ha il più limitato effetto di privare il parere del suo valore vincolante: se l'amministrazione procedente può prescindere dal parere, a

termine endoprocedimentale riservato alla Soprintendenza per la pronuncia del parere vincolante (45 giorni ex art. 146; 20 giorni ex art. 11 del d.P.R. n. 31 del 2017), deve ribadirsi [...] che in entrambi i casi opera il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni già in forza diretta dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015, che ha inserito nella legge n. 241 del 1990 il nuovo art. 17-bis». Il parere 1293, «onde evitare equivoci interpretativi», precisa che «l'operatività dell'istituto del "silenzio-assenso", di cui all'art. 17-bis della l. n. 241 del 1990, all'interno del procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del codice di settore, è limitata alla sola ipotesi di proposta positiva da parte dell'amministrazione procedente. Infatti, il procedimento delineato dall'art. 146 del codice di settore, come è noto, prevede un meccanismo di "co-decisione", subordinando il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica alla doppia delibera conforme dell'amministrazione procedente e del Ministero, che si esprime in via consultiva».

¹⁶ Cfr. il precedente Cons. Stato, sent. n. 4765/2020, che per sostenere la tesi contraria all'applicazione dell'art. 17 bis cita il già menzionato parere n. 1640/2016, nella parte in cui afferma che *«l'argomento [...] della equivalenza, tra l'art. 17 bis e l'art. 20, nella tutela riservata agli interessi pubblici primari non è convincente, perché, mentre l'art. 20, comma 4, prevede, ove vengano in rilievo interessi primari, l'esclusione del silenzio assenso, l'art. 17-bis si limita a prevedere un allungamento dei termini (o, meglio a far salvi i termini di settore), ferma restando, però, allo scadere del termine speciale o allungato, l'operatività del silenzio-assenso. Deve, quindi, escludersi che il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni possa operare nei casi in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse, ma nell'interesse del privato (destinatario finale dell'atto) che abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico. Non incide sull'applicabilità del nuovo istituto la circostanza, del tutto irrilevante, che l'istanza il privato la presenti direttamente o per il tramite di un'Amministrazione che si limita ad un ruolo di mera intermediazione, senza essere coinvolta, in qualità di autorità co-decidente, nel relativo procedimento»* (sub *«Non applicabilità ai procedimenti ad iniziativa di parte che si svolgono presso un'amministrazione competente a ricevere la domanda del privato ma rispetto ai quali la competenza sostanziale è di altra amministrazione»*, p. 34). Pertanto, secondo il Consiglio di Stato (punti 7.2 e 9 della motivazione), nonostante l'*«effettiva natura pluristrutturata della procedura relativa alla autorizzazione paesaggistica»*, l'art. 17 bis non è ad essa applicabile, trattandosi di un procedimento in cui *«il rapporto intersoggettivo tra pubbliche amministrazioni si inserisce in un procedimento ad istanza di parte»*. Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, ord. n. 6160/2021. Sulla sent. n. 2640/2021, v. M. ASARO, *La supremazia della pianificazione paesaggistica (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, sentenza n. 2640)*, in *AmbienteDiritto*, 3/2021, e G. FRANCHINA, *Silenzio assenso e procedimenti di autorizzazione paesaggistica tra giudice delle leggi e giudice amministrativo*, in *AmbienteDiritto*, 4/2021.

maggior ragione potrà «*autonomamente e motivatamente valuta[rlo]*», qualora sia reso tardivamente. L'art. 17 bis, quindi, nelle argomentazioni del Consiglio di Stato non è applicabile, giacché «*vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "precedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concertati o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi*»¹⁷. A ritenere altrimenti, cioè che si formi il silenzio assenso e che esso sia vincolante per l'amministrazione precedente, quest'ultima si vedrebbe espropriata del potere di opporre una diversa valutazione, con un sostanziale svuotamento delle proprie prerogative decisorie normativamente previste.

3. La difficile convivenza tra esigenze della semplificazione e interessi sensibili

La questione controversa reca con sé due ordini di problemi: il primo è interpretativo, e riguarda, come detto, l'applicabilità o meno dell'art. 17 bis al rilascio del parere da parte della Soprintendenza; il secondo, invece, sottintende profili di politica del diritto, in particolare, se non la legittimità costituzionale, quantomeno l'opportunità dell'estensione del regime del silenzio assenso agli interessi sensibili.

Sul primo problema, pare individuabile in dottrina un filone che riconosce l'astratta applicabilità dell'art. 17 bis alla fattispecie in commento, pur esprimendo perplessità¹⁸, riconducibili allo generale scetticismo, di cui si

¹⁷ Nello stesso senso, Cons. Stato, sent. n. 3145/2021; su posizioni più sfumate Tar Campania, Salerno, sent. n. 821/2021, secondo cui «*la giurisprudenza largamente maggioritaria non disconosce il potere della Soprintendenza di adottare il parere tardivamente, senza quindi che la tardività costituisca motivo di illegittimità e/o inefficacia dello stesso. In particolare [...] la tardività del parere reso dall'Organo tutorio (se adottato comunque prima del provvedimento finale) comporta, quale unica conseguenza, la perdita del carattere di parere vincolante (in tal senso, cfr., Tar Salerno, 24.3.2021, n.740; Tar Napoli, 14.1.2021, n.271; Tar Roma, 15.7.2020, n.8104; Tar Napoli, 3.9.2018, n.5317; Consiglio di Stato, 9.8.2016, n.3561), dovendo in tal caso la p.a. precedente (Comune) motivare autonomamente nella determinazione finale adottata, pur tenendo conto del parere espresso (tardivamente) dalla Soprintendenza. L'argomentazione trova conferma nell'art.146, co.9 D.Lgs.n.42/2004*». D'altronde, la stessa sent. n. 821 cit. riconosce che «*l'art.2, co.8bis L.n.241/90, come novellato, [...] immuta obiettivamente l'ordinamento, impedendo che il parere tardivo possa spiegare alcun effetto*».

¹⁸ V., già prima che l'art. 17 bis entrasse in vigore, G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, intervento al Convegno AIPDA-AIDU sul tema *Gli effetti del d.l. "Sblocca-Italia" conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, 22 gennaio 2015, disponibile in www.dtesis.univr.it, p. 12; 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*

dirà a breve, che investe il rapporto tra semplificazione e interessi sensibili. Dal punto di vista strettamente normativo, le incertezze non riguardano tanto la precisa sussumibilità del procedimento dell'art. 146 nella formulazione dell'art. 17 bis¹⁹ – o al limite in quella dell'art. 14 ter, co. 7 – quanto piuttosto l'incontro tra una disciplina settoriale e una generale²⁰. Si è visto che nella giurisprudenza, invece, sussistono approcci contrastanti²¹ già (anche se non solo) a livello di interpretazione del dato letterale, per i quali si auspica un intervento chiarificatore del Consiglio di Stato, dato che le esigenze di certezza sono tanto più pressanti in tema di interessi sensibili.

Il secondo problema si inserisce in un più generale discorso sulla qualificazione degli interessi sensibili come interessi "differenziati". Gli interessi possono essere sensibili per diversi motivi; in tal novero, la tutela dell'ambiente e quella del paesaggio si connotano per la fragilità del loro sostrato concreto, pertanto necessitano di una protezione "rafforzata". In passato, la loro fragilità ha giustificato l'implementazione di discipline speciali, caratterizzate dall'enfasi posta sul momento istruttorio, e al contempo la sottrazione agli istituti di semplificazione, secondo un *trend*

Stato, in *www.federalismi.it*, 19/2016, p. 32 ss.; M. TIMO, *La semplificazione procedimentale nell'ottica della tutela del patrimonio culturale*, in *www.federalismi.it*, 21/2019, p. 24 ss.

¹⁹ Di «(inequivoca) qualificazione legislativa» parla A. MOLITERNI, *Semplificazione*, cit., p. 27, riferendosi però all'effetto di assenso attribuito al silenzio da tali norme. Tuttavia, v., su quest'ultimo punto, le considerazioni di G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon*, 3/2015, punto 3: «la qualificazione operata dal legislatore in termini di silenzio assenso procedimentale dell'inerzia dell'amministrazione non [ha] una piena equipollenza rispetto all'esplicita valutazione (dello schema di atto sottopostole) in termini positivi o di non contrarietà riguardo all'interesse curato, ma determin[a] solo l'effetto di non precludere all'amministrazione procedente di assumere il provvedimento (o l'atto normativo). Il che comporta per detta amministrazione il vincolo a rappresentare e a ponderare, sia pure sulla base delle conoscenze a sua disposizione, anche l'interesse non rappresentato dall'amministrazione che l'ha in carico (in ipotesi avvalendosi di valutazioni di altre strutture pubbliche idonee per tipo di interesse curato)».

²⁰ V. P. MARZARO, *Silenzio assenso*, cit., secondo cui «pare molto plausibile che l'art. 17 bis, con il corredo di contenuti che sono stati evidenziati nelle pagine precedenti, non intervenga per abrogare, ma per integrare la disciplina vigente, qualificando un rapporto di cogestione del vincolo che era già stato sostanzialmente tracciato dalla legislazione di settore, alla luce di quello che è stato definito uno dei 'nuovi parametri' dell'azione amministrativa, ovvero la certezza dei rapporti tra le Amministrazioni co-decidenti» (p. 34); al contempo – ecco le perplessità di cui si diceva – l'A. rileva come «non ci si può nascondere però la delicatezza dei problemi che questo 'effetto di assestamento in chiave di certezza' provoca sull'intero sistema della gestione dei vincoli paesaggistici, fondato sul principio della cogestione del vincolo, che vede sempre coinvolte Amministrazione statale e Amministrazione regionale, ma più spesso gli enti da essa delegati, in primis i Comuni. Ciò non solo per quanto riguarda i provvedimenti che possono essere interessati dalla riforma, ma anche per la configurazione sostanziale del sistema di gestione del vincolo, che non dipende solo dalle relazioni tra due amministrazioni, ma dal funzionamento integrato di un sistema molto più ampio di tutela che poggia prima di tutto sulla definizione delle prescrizioni d'uso dei beni vincolati e sull'attuazione dei piani paesaggistici che ancora mancano in gran parte delle Regioni. Senza contare che ancora una volta il funzionamento del sistema richiede un'organizzazione in grado di far fronte ai propri compiti» (p. 35).

²¹ Per una sintesi dei quali v. Tar Campania, Salerno, sent. n. 821/2021 cit.

che tuttavia si è invertito a partire dalla fine degli anni '90²². In effetti, una serie di indici normativi²³ rivela come le linee di sviluppo ordinamentale siano ormai stabilmente orientate nel senso di valorizzare una logica del "fare" e "fare presto" (se non addirittura "fare comunque"), al punto da delineare «una sorta di ossessione per il tema del tempo»²⁴. Ciò non significa che semplificazione e interessi sensibili siano ontologicamente incompatibili e che non siano concepibili modalità per far convivere in equilibrio tali due istanze, purché nel solco dei principi di proporzionalità e ragionevolezza²⁵.

Tanto premesso in generale, l'introduzione dell'art. 17 bis ha suscitato un serrato dibattito, dove l'interpretazione lata e rassicurante, fornita dal citato parere n. 1640/2016 e avallata dal Ministero dei beni culturali²⁶, si è contrapposta alle vivaci critiche sollevate dalla dottrina più tempestiva su molteplici profili.

Difatti, l'introduzione di un nuovo istituto in una trama normativa preesistente genera fisiologiche difficoltà interpretative. In primo luogo, si è discusso della sovrapposizione con la disciplina della conferenza di servizi²⁷, in particolare con il disposto dell'art. 14, co. 2, l. 241/90. In risposta al quesito, posto anche dal Governo, il Consiglio di Stato, nel parere n. 1640 cit., ha condiviso «la tesi secondo cui l'art. 17-bis 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», giacché

²² A. MOLITERNI, *Semplificazione, cit.*, p. 701 ss. e 707.

²³ Su tutti si veda la disciplina dell'art. 14 quinquies, l. 241, in tema di «*Rimedi per le amministrazioni dissenzienti*».

²⁴ F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *La fatica di semplificare, cit.*, p. 4.

²⁵ Cfr. soprattutto E. GIARDINO, *La tutela dei beni paesaggistici nel processo di semplificazione amministrativa: dalla differenziazione all'omologazione del regime giuridico*, in *www.aipda.it*, 4-5-6 ottobre 2018, nonché G. SCIULLO, *Legge Madia, cit.*, che analizzano anche la giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto. Sulla semplificazione in materia ambientale, cfr. M. BUCCARELLA, *Alcune considerazioni sulle principali novità introdotte dal decreto semplificazioni in materia di diritto ambientale*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021.

²⁶ Il punto 3.1 del parere afferma espressamente: «*La portata generale di tale nuovo paradigma fornisce una importante indicazione sul piano applicativo dell'art. 17-bis, poiché ne consente una interpretazione estensiva, quale che sia l'amministrazione coinvolta e quale che sia la natura del procedimento pluristrutturato*». Per il Ministero, v. in part. la direttiva n. 21892/2016.

²⁷ Sul rapporto tra i due istituti, cfr. F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17-bis della l. n. 241 del 1990)*, intervento al convegno AIPDA "I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali", Campobasso, 8-9 aprile 2016, p. 6-8; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *www.federalismi.it*, 16/2016, p. 13-15.

«rappresenta [...] quella che fornisce il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa»²⁸.

In secondo luogo, ammessa l'estensibilità dell'art. 17 bis ai pareri vincolanti²⁹, è sembrato incoerente che i medesimi interessi sensibili, da un lato, potessero essere sottoposti al silenzio assenso – dunque a un trattamento deteriore – se oggetto di parere vincolante, dall'altro, in caso di pareri non vincolanti e valutazioni tecniche (artt. 16 e 17), fossero immuni da meccanismi acceleratori. Nondimeno, il citato parere n. 1640, una volta delimitati i rispettivi campi applicativi (v. *supra*), ha espressamente affrontato il problema, asserendo che «*gli interessi sensibili [...] restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'Amministrazione preposta alla loro cura*»³⁰.

Inoltre, è apparsa irragionevole la disparità di trattamento rispetto al silenzio assenso dell'art. 20, l. 241, non consentito in relazione a interessi sensibili parzialmente coincidenti (co.4)³¹. D'altra parte, si è obiettato che le due fattispecie sono diverse per struttura e *ratio*, e che l'art. 20, co. 4, non pare espressivo di un principio costituzionale – peraltro non rinvenibile – secondo cui silenzio assenso e interessi sensibili sarebbero sempre incompatibili; anzi, piuttosto che come generalizzazione dell'esclusione degli interessi sensibili dall'applicazione del silenzio assenso, l'art. 20, co. 4, può essere letto come una deroga alla generalizzazione dello stesso operata dal co. 1, alla luce di un'attenta disamina della giurisprudenza europea, costituzionale e amministrativa³².

²⁸ Sub «Rapporti con la conferenza di servizi», p. 34-35.

²⁹ V. però l'opinione contraria di M. A. SANDULLI, *Postilla all'editoriale "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 *www.federalismi.it*, 20/2015, p. 3.

³⁰ «[...] Quanto alla successiva fase decisoria, 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 precedente» (sub «Rapporto con gli artt. 16 e 17 legge n. 241/1990», p. 30-31). A proposito dell'incidenza della semplificazione sull'attività consultiva, v. almeno M. OCCHIENA – N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019.

³¹ F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso*, cit., p. 4-5.

³² F. SCALIA, *Il silenzio assenso*, cit., p. 15-17.

Sicché, andrebbe anche ridimensionato l'asserito contrasto con pronunce della CGUE e della Corte costituzionale³³. Indubbiamente, la Corte di Giustizia si è più volte³⁴ pronunciata nel senso che le amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente – ma il discorso è agevolmente estensibile agli altri interessi sensibili – debbano decidere con provvedimento che dia espressamente conto delle risultanze dell'istruttoria, con ciò garantendo che essa sia stata effettivamente esperita, data l'importanza dell'interesse curato. E non a caso, l'art. 17 bis, al co. 4, esclude la propria applicabilità laddove l'ordinamento europeo richieda l'adozione di provvedimenti espressi. Tuttavia, la stessa direttiva servizi, quando consente l'applicazione di autorizzazioni e altre restrizioni giustificate da motivi imperativi di interesse generale (tra cui rientra la protezione dell'ambiente), richiama il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità³⁵. Anche la Consulta si è non di rado espressa a sfavore del silenzio assenso in materia ambientale³⁶. Eppure, come rileva il parere n. 1640 cit., *«la giurisprudenza costituzionale [...] non ha sancito un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, limitandosi ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale. [...] non sembra[...] di per sé impedire alla potestà legislativa statale la previsione di casi di silenzio assenso anche in materie sensibili»*³⁷. In tale quadro composito, pertanto, non sono mancate letture volte a "redimere" l'art. 17 bis, co. 3, interpretandolo nel senso di non permettere una totale obliterazione dell'interesse sensibile³⁸.

³³ F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso, cit.*, p. 5-8.

³⁴ Seguendo un indirizzo inaugurato da CGCE, 28 febbraio 1991, C-360/87, *Commissione c/Rep. Italiana*.

³⁵ Dir. 2006/123/CE, soprattutto il cons. 56, ma anche l'art. 4, n. 8, e gli artt. 9 e 10.

³⁶ V., ad es., Corte cost., 1° luglio 1992, n. 307; Corte cost., 9 luglio 2014, n. 209.

³⁷ Parere n. 1640, cit., sub *«Applicabilità a procedimenti relativi a interessi pubblici primari»*, p. 27-30. In dottrina cfr., ad es., G. SCIULLO, *Legge Madia, cit.*: *«Quanto poi alla posizione del giudice costituzionale, va rilevato anzitutto che non si rinvengono pronunce in cui il silenzio assenso sia stato valutato (e tanto meno dichiarato illegittimo) in rapporto all'art. 9 Cost. Le pronunce di incostituzionalità di norme contemplanti ipotesi di silenzio assenso nella giurisprudenza della Corte sono discese, invero, dalla violazione di principi che presiedono ai rapporti fra fonti statali e fonti regionali. In secondo luogo, ad avviso sempre del giudice delle leggi, la "primarietà" di taluni valori costituzionali [...] "non legittima un primato assoluto in un'ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali" e non li sottrae alla fondamentale regola del bilanciamento e del contemperamento»* (punto 3).

³⁸ V., ad es., F. SCALIA, *Il silenzio assenso, cit.*, p. 19-20, secondo cui l'effetto di assenso del silenzio, previsto dall'art. 17 bis, non può sostituire provvedimenti ad alto tasso di discrezionalità, che nelle materie sensibili costituiscono la regola; quindi *«un'interpretazione costituzionalmente orientata [...] ne limita l'operatività,*

Su un piano più sistematico, risulta comunque pacifica (e condivisibile) l'opinione che il silenzio assenso possa danneggiare gli interessi sensibili se modellato come un automatismo generalizzato che si risolve nella loro omessa valutazione e dunque in un mancato bilanciamento di interessi³⁹. Se a ciò si aggiunge il dubbio che i meccanismi semplificatori abbiano anche la funzione di occultare le disfunzioni organizzative delle amministrazioni e il mancato intervento dell'ordinamento su di esse⁴⁰, se ne trae lo sconcertante quadro di un sistema che va discostandosi dai principi di imparzialità e buon andamento cui invece dovrebbe informarsi.

quando siano in gioco interessi sensibili, ai casi in cui l'atto di assenso richiesto abbia un basso tasso di discrezionalità e comunque un carattere non conformativo»; v. anche l'opinione di G. SCIULLO, Legge Madia, cit., già citata sub nota 19. Per una posizione radicalmente contraria all'art. 17 bis, co. 3, v. M. BOMBARDELLI, Il silenzio assenso, cit., p. 767-768.

³⁹ L. BISOFFI, *Semplificazione, cit.*, p. 19-20.

⁴⁰ Cfr. le considerazioni di A. BONOMO, *Gli assenti ambientali e il contagio da virus semplificatorio: riflessioni critiche*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021, p. 21 ss.

Pubblicato il 29/11/2021

N. 02589/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01622/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso, numero di registro generale 1622 del 2021, proposto da:
Energas s. p. a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'Avv. Marcello Fortunato, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto, in Salerno, via SS.
Martiri Salernitani, 31;

contro

Comune di Casal Velino, in persona del legale rappresentante pro tempore,
non costituito in giudizio;
Ministero della Cultura e Soprintendenza Beni Culturali ed Ambientali di
Salerno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno,
domiciliati ex lege in Salerno, a, Corso Vittorio Emanuele, 58;

per l'annullamento, previa sospensione:

- A) del provvedimento, prot. n. 8400 del 5.08.2021, con il quale il Comune di Casal Velino, sulla base del parere sub B), ha espresso il diniego al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ex art. 146 del D. Lgs. 42/2004, per la “realizzazione di un autolavaggio, tipo self service, all'interno dell'impianto stradale di distribuzione carburanti” sito alla Via Velia – Frazione Marina;
- B) della nota, prot. n. 15927-P del 20.07.2021, con la quale la Soprintendenza Archeologica Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino ha – tardivamente – espresso parere contrario al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica di cui sopra;
- C) ove e per quanto occorra, della nota soprintendentizia, prot. n. 14679-P del 5.07.2021, recante la comunicazione dei motivi ostativi;
- D) ove e per quanto occorra, della nota comunale, prot. n. 7373 dell'8.07.2021;
- E) di tutti gli atti, anche non conosciuti, presupposti, collegati, connessi e/o consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura e della Soprintendenza Beni Culturali ed Ambientali di Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2021, il dott. Paolo Severini,

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

La società ricorrente, premesso che:

- aveva la disponibilità di un'area sita alla Via Velia – Frazione Marina – del Comune di Casal Velino, all'interno della quale era in esercizio, da anni, un impianto di distribuzione carburanti, previa acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica;

- avendo interesse alla “realizzazione di un autolavaggio, tipo self service, all'interno dell'impianto stradale di distribuzione carburanti” – recte, di un mero impianto tecnologico a servizio della struttura principale, riconducibile alla manutenzione straordinaria – in data 12.01.2021 aveva depositato apposita istanza;

- attivata l'istruttoria, la C.L.P. aveva espresso parere favorevole e, in data 11.03.2021, il Comune aveva trasmesso la documentazione alla Soprintendenza, ai fini della formulazione del parere di competenza;

lamentava che, con nota del 5.07.2021, la Soprintendenza aveva – tardivamente – comunicato i motivi ostativi, in riscontro alle quali la ricorrente aveva depositato articolate osservazioni, con le quali aveva “chiarito l'erroneità dei rilievi opposti”; che, con nota del 20.07.2021, la Soprintendenza aveva comunque reso parere contrario; e che, a seguire, con provvedimento del 5.08.2021, il Comune di Casal Velino, muovendo solo da detto parere, aveva respinto l'istanza d'autorizzazione paesaggistica;

ed articolava, avverso tali atti, le seguenti censure in diritto:

A – SULL'ILLEGITTIMITÀ DEL PARERE CONTRARIO RESO DALLA SOPRINTENDENZA

- I) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 146 DEL D.LGS. N. 42/2004 IN RELAZIONE AGLI ARTT. 10 E 11 DEL D.P.R. N. 31/2017 ED ALL'ART. 17 BIS DELLA L. N. 241/1990) - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D'ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ MANIFESTA – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ – ILLOGICITÀ – IRRAGIONEVOLEZZA):

1.1 – Il parere reso era, prima di tutto, tardivo. In disparte quanto si dirà in prosieguo in ordine alla riconducibilità delle opere, in oggetto alla fattispecie, di cui all'allegato A del d. P. R. 31/2017, le stesse erano – al più – riconducibili all'elenco, di cui al successivo allegato B, ovvero alle opere soggette ad autorizzazione paesaggistica semplificata. Tale circostanza assume portata dirimente in quanto comporta l'applicazione dei termini, di cui agli artt. 10 e 11 del predetto d. P. R., minori rispetto a quelli di cui all'art. 146 del D. Lgs 42/2004. In particolare: - 60 giorni per la conclusione dell'intero procedimento (art. 10); - 20 giorni per la formulazione del parere di competenza della

Soprintendenza (art. 11 – comma 5). Il tutto, pena la formazione del “silenzio – assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 (...)” (art. 11 - comma 9).

1.2 – Nella specie, la Soprintendenza: - in data 12.03.2021, aveva acquisito la documentazione trasmessa dal Comune ai fini dell'adozione del parere di competenza; - in data 22.04.2021, aveva chiesto integrazione documentale, riscontrata dal Comune di Casal Velino in data 20.05.2021; - in data 5.07.2021, ha comunicato i motivi ostativi; - solo in data 20.07.2021, ovvero quando ormai era ampiamente decorso il prescritto termine di 20 giorni, di cui all'art. 11 – comma 5 del d. P. R. 31/2017, aveva reso parere contrario.

1.3 - Muovendo da tali presupposti era evidente che: - sull'istanza del privato s'era formato un provvedimento favorevole per silentium; - il parere contrario si sovrapponeva ad un parere favorevole già acquisito.

1.4 - Sul punto, citava giurisprudenza anche della Sezione (omissis).

- II) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 17 BIS L. N. 241/1990 IN RELAZIONE ALL'ART. 146 D. LGS. 42/2004 ED ALL'ART. 2 – COMMA 8 BIS L. 241/1990.) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO D'ISTRUTTORIA – DEL PRESUPPOSTO – SVIAMENTO – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ):

2.1 Il parere era tardivo, anche a voler applicare il regime ordinario, di cui all'art. 146 D. Lgs. 42/2004. Com'è noto, infatti, in applicazione dell'art. 17 bis – della l. 241/1990, introdotto dall'art. 3 della l. 124/2015, come da ultimo modificato dalla l. 120/2020: - “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...” (comma 1); - “decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito ...” (comma 2); - “le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei

beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali 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 precedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito (comma 3).

2.2 - Con tale previsione, cioè, il legislatore ha introdotto – per quanto di interesse - il regime del silenzio – assenso anche nelle ipotesi di “assensi, concerti o nulla osta comunque denominato da parte di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico – territoriale”. La portata di tale previsione è stata univocamente chiarita dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo il quale, con la Circolare n. 40 del 20.11.2015, ha stabilito l’operatività del silenzio assenso anche per gli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico nei casi in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione, fermo restando il rispetto dei termini speciali previsti.

2.3 - Nella specie, ricorrono anche tali presupposti, ovvero il richiesto parere risultava favorevolmente acquisito per silentium, anche a voler applicare il regime ordinario. La sequenza temporale che aveva caratterizzato il procedimento in oggetto era dirimente. Ed invero, la Soprintendenza: - in data 12.03.2021 ha acquisito la documentazione trasmessa dal Comune dai fini dell’adozione del parere di competenza; - in data 22.04.2021, ha chiesto integrazione documentale, riscontrata dal Comune di Casal Velino in data 20.05.2021; - in data 5.07.2021, ovvero dopo 87 giorni dall’acquisizione

(12.03.2021) della documentazione (tale calcolo già esclude il periodo 22.04.2021 – 20.05.2021), e, comunque, dopo 46 giorni dall'integrazione documentale (20.05.2021), ha comunicato i motivi ostativi; - solo in data 20.07.2021, ovvero quando ormai era ampiamente decorso il prescritto termine di 45 giorni di cui all'art. 146, comma 5, del D. Lgs. 42/2004, ha reso parere contrario.

La tardività era dunque evidente, anche in relazione al regime ordinario.

2.4 Citava, a sostegno, recente giurisprudenza anche della Sezione.

- III) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 17 BIS L. 241/1990 IN REL. ART. 146 D. LGS. 42/2004 ED ART. 2 – COMMA 8 BIS L. 241/1990.) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO D' ISTRUTTORIA – DEL PRESUPPOSTO – SVIAMENTO – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ):

3.1 – Né varrebbe, in contrario, sostenere che il termine per rendere il parere di competenza (20 o 45 giorni) sia iniziato nuovamente a decorrere, dall'integrazione documentale del 5.07.2021 e/o dai motivi ostativi/osservazioni del privato del 16.07.2021.

3.2.1 – Ciò, prima di tutto, perché la richiesta d'integrazione documentale non interrompe il termine del procedimento, ma lo sospende (...).

3.2.3 – In ogni caso, in quanto il termine per la conclusione del subprocedimento di competenza della Soprintendenza è perentorio. Tale circostanza esclude che il procedimento possa essere interrotto.

3.2.4 – Fermo quanto sopra, i motivi ostativi sono stati comunicati, dopo 46 giorni dalla trasmissione della richiesta integrazione documentale. Quale che sia il regime applicabile (ordinario o semplificato), dunque, il parere: - è

comunque – pacificamente – tardivo; - risulta acquisito favorevolmente per silentium.

3.3 Citava giurisprudenza della Sezione a sostegno;

- IV) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 146 COMMA 8 D. LGS. 42/2004 – ART. 97 COST.) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D’ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ):

L’autorizzazione paesaggistica, atto autonomo e presupposto rispetto al titolo edilizio, attiene esclusivamente alla verifica della compatibilità paesaggistica dell’intervento, laddove la Soprintendenza non può opporre rilievi di natura urbanistica e/o edilizia; nella specie, invece, la Soprintendenza aveva opposto solo rilievi edilizi; inoltre, in presenza di una puntuale motivazione resa dalla C. L. P., in ordine alla compatibilità dell’intervento sotto il profilo paesaggistico, era “ancora più evidente l’illegittimità del parere contrario reso dalla Soprintendenza”, che non aveva fornito alcuna motivazione sul perché si fosse discostata dal parere, reso dalla C.L.P. (difetto di motivazione). Citava giurisprudenza, anche della Sezione, a sostegno;

V) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 146 COMMA 8 D. LGS. 42/2004 – ART. 97 COST.) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D’ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ):

Il parere contrario reso era, poi, “illegittimo per violazione del principio del dissenso costruttivo” (omissis);

VI) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 149 D.LGS. 42/2004 – ART. 97 COST.) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO

DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D’ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ):

Il parere contrario era illegittimo anche nel merito (omissis);

B) SULL’ILLEGITTIMITÀ DEL CONSEGUENTE DINIEGO DEL COMUNE.

- VII) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 146 D. LGS. 42/2004) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D’ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ – TRAVISAMENTO) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO (ART. 97 COST.):

Il provvedimento comunale di diniego era, prima di tutto, illegittimo in via derivata per tutti i motivi di cui sopra, cui si rinviava:

- VIII) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 146 D. LGS. 42/2004) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D’ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ – TRAVISAMENTO) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO (ART. 97 COST.):

Attesa l’intervenuta formazione, per silentium, del parere favorevole della Soprintendenza, il provvedimento di diniego muoveva da un presupposto errato: si rinviava alle censure di cui sopra, le quali avevano “effetto caducante anche sul conseguente diniego del Comune”;

IX) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 146 D. LGS 42/2004) – ECCESSO DI POTERE – (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO):

Anche a voler superare il silenzio – assenso, il diniego opposto sarebbe stato comunque illegittimo. Il Comune di Casal Velino aveva respinto l’istanza, ritenendo vincolante il parere contrario reso dalla Soprintendenza. Ma l’art. 12 – comma 1, lett. a) della l. 120/ 2020 ha introdotto, all’art. 2 della l. 241/1990,

il comma 8 bis. In particolare, in virtù di tale previsione normativa, “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”. Tale previsione trovava applicazione nella specie, sicché: - il parere – comunque tardivo - doveva ritenersi inefficace; - il Comune non poteva limitarsi a richiamarlo, ritenendolo vincolante, ma doveva effettuare un’autonoma valutazione. Citava giurisprudenza della Sezione, a sostegno. Sotto altro profilo, il parere soprintendentizio non poteva comunque essere ritenuto vincolante; l’art. 146 del D. Lgs. 42/2004 ha delineato competenze, modalità e tempi entro i quali vanno definiti i procedimenti; nella specie, come già chiarito in precedenza, il parere è stato reso tardivamente. Per l’effetto, quanto meno non era e non è vincolante;

- X) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 10 BIS L. 241/1990) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – D’ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ):

Chiarita la portata non vincolante del parere soprintendentizio, la comunicazione dei motivi ostativi era dovuta, non trovando applicazione il

regime di cui all'art. 21 octies l. 241/1990 e la prevista partecipazione sarebbe stata anche utile.

Seguiva il deposito di documenti, nell'interesse della ricorrente.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni statali intimata, con atto di stile, quindi producendo memoria, in cui controdeducevano ai motivi di gravame, come segue: “Le doglianze di controparte s’incentrano anzitutto sulla tardività del provvedimento soprintendentizio. In particolare la ricorrente, nel primo motivo di gravame, sostiene che nella specie avrebbero dovuto trovare applicazione i termini di cui agli artt. 10 e 11 d. P. R. 31/2017, ridotti rispetto a quelli dell'art.146 del D. Lgs. 42/04, applicati al caso di specie, e questo per il rientrare delle opere, al più, nell'elenco di cui all'allegato B, se non, addirittura, in quelle di cui all'allegato A del medesimo d. P. R. Pertanto, ad avviso della ricorrente, considerando la tempistica delle varie fasi procedurali, sarebbe chiara la tardività del parere emesso. L'assunto, sostenuto nel I motivo di gravame, viene ripreso nel VI motivo, punto 6.4, nel quale viene sostenuta la riconducibilità delle opere nelle ipotesi di esclusione, contemplate dal punto A.5 dell'allegato A del d. P. R.31/17, vale a dire: “installazioni di impianti tecnologici esterni a servizio di singoli edifici non soggette ad alcun titolo abilitativo edilizio (...)”. La riconducibilità delle opere in oggetto alla suddetta ipotesi confermerebbe, a dire della ricorrente, l'esclusione dall'obbligo d'autorizzazione paesaggistica. Per la controparte, non varrebbe, in contrario, escludere la riconducibilità agli interventi di cui al citato allegato A, come sostenuto dalla Soprintendenza, per la quale si tratterebbe di nuova costruzione soggetta al permesso di costruire, e non di impianto tecnologico, non soggetto ad alcun titolo edilizio. Per sostenere l'erroneità di questo assunto la ricorrente richiama il parere favorevole reso

dalla C.L.P. nella seduta del 9.03.2021. In particolare, con detto parere, la C.L.P., nel chiarire che “l’intervento è equiparabile ad impianto tecnologico, inserito nell’ambito di una stazione di servizio, ubicata in fascia di rispetto stradale, per distribuzione carburanti”, avrebbe reso evidente che l’intervento in oggetto non sarebbe soggetto a p. d. c.; trattandosi, infatti, di opera pertinenziale, connessa alla struttura principale - al più - riconducibile alla manutenzione straordinaria e, quindi, soggetta a s. c. i. a., sarebbe riconducibile al punto A.5 dell’Allegato A del d. P. R. 31/2017. In ogni caso, a suo dire, la riconducibilità o meno dell’intervento a nuova costruzione, piuttosto che a manutenzione straordinaria, esulerebbe da qualsivoglia valutazione da parte della Soprintendenza, rilevando, ai fini del rilascio del parere di competenza, solo l’incidenza delle opere sul paesaggio. In conclusione, per la ricorrente, quale sia il titolo edilizio richiesto, esso sarebbe del tutto irrilevante. Le predette censure di controparte, ad avviso di questa difesa, sono del tutto infondate. Si ribadiscono in questa sede le motivazioni poste alla base del provvedimento impugnato, che danno una chiara risposta a dette doglianze, già poste in sede di osservazioni ai motivi ostativi e riscontrate con chiarezza dall’Amministrazione. Non rimane che precisare che del tutto esiguo appare il tentativo di controparte di fondare la riconducibilità dell’intervento, nell’ambito dell’allegato A, sul richiamo al parere della Commissione per il Paesaggio, organo solo consultivo, che (...) “impropriamente” ha qualificato l’intervento de quo, come impianto tecnologico. Ciò “non comporta affatto che lo stesso sia da ritenersi escluso dall’autorizzazione paesaggistica”. A tal proposito, s’evidenzia che non solo il Responsabile comunale del procedimento per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica lo ha ritenuto sottoposto ad autorizzazione, formulando con la

nota, prot. 2376 del 11.03.2021, proposta di provvedimento favorevole, ma lo ha ritenuto anche soggetto ad autorizzazione, ai sensi dell'art. 146, comma 5, del D. Lgs. 42/04, vale a dire con procedura ordinaria, come anche la stessa società ricorrente che, con la nota acquisita dal Comune di Casal Velino prot. 227 del 12.01.2021, ha formulato richiesta d'autorizzazione, ex art. 146 D. Lgs. 42/04. Questo, perché ben consapevole che tale era la disciplina applicabile al caso in esame. In merito alla tardività del provvedimento impugnato, sostenuta nel ricorso, si ritiene che le relative doglianze siano infondate, non essendo il provvedimento della Soprintendenza tardivo. Non soccorre, a sostegno dell'assunto di controparte, neanche la tempistica esplicitata dalla ricorrente nel II motivo di gravame. In realtà, l'effettiva sequenza temporale che ha caratterizzato il procedimento in oggetto è dirimente. Invero, la Soprintendenza: - in data 12.03.2021, ha acquisito la documentazione trasmessa dal Comune, ai fini dell'adozione del parere di competenza; - in data 22.04.2021, ha chiesto integrazione documentale, riscontrata dal Comune di Casal Velino in data 20.05.2021. Avendo la richiesta d'integrazione carattere interruttivo, il termine giorni di 45 giorni è iniziato a decorrere, ex novo, dal ricevimento delle integrazioni, e dopo 46 giorni dall'integrazione documentale (20.05.2021), l'Ufficio, in data 5.07.2021, ha comunicato i motivi ostativi. Non v'è alcun sfioramento del termine di 45 giorni, perché cadendo il quarantacinquesimo giorno di domenica, automaticamente è stato prorogato al quarantaseiesimo, vale a dire lunedì 5.07.2021. Ora, considerato che le osservazioni sono pervenute in data 16.07.2021 (prot. n. 15770) ed il provvedimento è stato adottato in data 20.07.2021, è chiaro che i termini sono stati rispettati. Da ultimo, una precisazione: la Soprintendenza contesta la censura, secondo la quale la

richiesta d'integrazione avrebbe carattere sospensivo, e non interruttivo. Vero è che quando il legislatore ha ritenuto operante l'effetto sospensivo, lo ha precisato espressamente, come nel caso degli effetti dell'art. 10 bis, laddove con la novella della legge 120/2020 ha attribuito espressamente effetto sospensivo, al preavviso di diniego. L'effetto interruttivo della richiesta d'integrazione è rimasto immutato. Il richiamo della ricorrente contenuto nel III motivo di gravame alle fattispecie nelle quali il Codice dei Beni Culturali ha utilizzato il termine "sospende" e non il termine "interrompe", conferma che la sospensione opera, solo su esplicita previsione normativa, operando, negli altri casi, il diverso istituto dell'interruzione. Per le controdeduzioni di carattere tecnico, in mancanza di relazione tecnica del funzionario responsabile del procedimento, conclusosi con il provvedimento impugnato, si rinvia all'impianto motivazionale del medesimo parere contrario".

All'udienza in camera di consiglio del 24.11.2021, il ricorso era trattenuto in decisione.

Lo stesso può essere deciso con sentenza breve, essendo evidentemente fondato.

Valga – con riferimento alla seconda censura dell'atto introduttivo del giudizio, come sopra riportata – il recente precedente, rappresentato dalla sentenza della Sezione, n. 1542/2021 del 23.06.2021, che di seguito si riporta, nella parte in diritto:

“Il punto centrale della vicenda riguarda l'applicabilità, o meno, dell'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 17-bis della legge 241 del 1990, al parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici ai sensi dell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004, reso oltre i quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti.

Prevede la norma che: “il soprintendente rende il parere ... entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti ... in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell’art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l’amministrazione provvede in conformità”.

Prevede, invece, l’art. 17-bis della legge 241 del 1990 che: “1. 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 ... 2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito ... 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all’art. 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”.

In tale quadro, è sopraggiunto l’art. 2, comma 8-bis, della legge 241 del 1990 (operante solo a partire dalla sua introduzione, con legge n. 120 del 2020), per

il 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, lett. c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’art. 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”.

Pur non ignorando i variegati orientamenti esistenti in giurisprudenza (per la tesi contraria, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640), il collegio opina per l’operatività dell’art. 17-bis della legge 241 del 1990 con riferimento al procedimento di rilascio del parere di cui all’art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004 (da ultimo, cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811).

Occorre premettere che, per opinione granitica, il parere in esame costituisce “espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843, 18 marzo 2021, n. 2358 e 19 marzo 2021 n. 2390), “nel quale l’apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145).

Se così è, ad esso ben si attagliano le perspicue argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere n. 1640/2016, secondo cui:

- “l’art. 17-bis opera 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), per i quali 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”;

- “l'art. 17-bis è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria ‘pluristrutturata’ e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza codecisoria. In base a tali considerazioni, deve, allora, ritenersi che la disposizione sia applicabile anche 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. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'amministrazione preposta alla loro cura”;

- “l'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dev'essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto”;

- “la locuzione ‘termine diverso’ autorizza la conclusione per cui, in materia di interessi sensibili, restano in vigore e prevalgono non solo le norme che prevedono termini più lunghi (rispetto al termine di novanta giorni), ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi”.

Per vero, configurandosi come ipotesi di ‘cogestione attiva del vincolo paesaggistico’, il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientra 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 un'altra amministrazione.

Esso è dunque reso nell'ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l'una proponente e l'altra deliberante.

Inoltre, l'espressa qualificazione in termini provvedimentali, data dal legislatore al parere ("in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241"), rende concepibile che su di esso possa formarsi il silenzio assenso.

Tutto ciò determina l'operatività della nuova disposizione, la quale "si applica ad ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria 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" (cfr. pag. 26 del parere n. 1640/2016).

Non sfugga, per altro, il parallelismo procedurale esistente tra le disposizioni di cui:

- ai commi 7 e 8 dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, in base ai quali "l'amministrazione ... trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento. Il soprintendente rende il parere ... entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti";
- al comma 1 dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, in base al quale "le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta, entro trenta giorni [novanta, nelle ipotesi di cui al

comma 3] dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente”.

L'indicato rapporto pubblico intersoggettivo non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione procedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell'autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare.

Né va confuso con la decisione 'monostrutturata'– rinvenibile, ad esempio, nei casi di gestione di pratiche tramite SUAP –, dove l'amministrazione procedente assume “un ruolo meramente formale (raccolge e trasmette l'istanza all'amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, ... non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati” (cfr. pag. 32 del parere n. 1640/2016).

Non è infatti possibile sostenere che, nella fattispecie, la Regione svolga un compito puramente servente rispetto all'amministrazione realmente munita del potere di decidere (attraverso il parere vincolante): vuoi perché la legge dispone che “sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione”, vuoi perché quest'ultima, oltre ad essere titolare del potere di decidere in via esclusiva sugli aspetti urbanistico-edilizi, è tenuta ad esprimersi direttamente sugli aspetti paesaggistici, attraverso le valutazioni della commissione per il paesaggio ed il conseguente potere di proposta.

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, depongono 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 (cfr. pag. 3, § b1), nonché con i pareri n. 1293 del 19 gennaio 2017 e n. 23231 del 27 settembre 2018.

Sotto profilo indicato, il ricorso dev'essere dunque accolto, con assorbimento di ogni altra censura.

Dev'essere di conseguenza annullato il diniego della domanda di autorizzazione paesaggistica, che risulta emanato dal Comune di Battipaglia allorquando il decorso del termine per l'emissione del parere ha già comportato la formazione del silenzio assenso ex art. 17-bis della legge n. 241 del 1990.

Ai sensi dell'art. 2, comma 8-bis, della legge 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 120 del 2020, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 228 del 14.09.2020, il parere n. 16827 del 18.09.2020 va dichiarato *ratione temporis* inefficace e non semplicemente privo di “carattere vincolante”, come sostenuto dalla Soprintendenza.

Le spese del giudizio possono essere compensate, attesa la natura controversa della questione di diritto affrontata”.

Conformemente a quanto, nella citata decisione, sancito, anche nella presente fattispecie, l'operatività del meccanismo di semplificazione procedimentale, di cui all'art. 17 bis della l. 241/90, applicato all'espressione del parere della Soprintendenza, ex art. 146, comma 5, d. l.vo 42/2004 (“Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione”), implica l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento negativo impugnato, reso dal Comune di Casal Velino (“Dev'essere di conseguenza annullato il diniego

della domanda di autorizzazione paesaggistica, che risulta emanato dal Comune di (...) allorquando il decorso del termine per l'emissione del parere ha già comportato la formazione del silenzio assenso ex art. 17-bis della legge n. 241 del 1990”), con la precisazione, pure contenuta nella prefata sentenza della Sezione, che: “Ai sensi dell’art. 2, comma 8-bis, della legge 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 120 del 2020, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 228 del 14.09.2020, il parere n. 16827 del 18.09.2020 va dichiarato *ratione temporis* inefficace e non semplicemente privo di carattere vincolante”.

Le contrarie argomentazioni della difesa erariale, di cui alla memoria difensiva in atti, non colgono nel segno.

Anzitutto, nella loro prima parte, le stesse si rivolgono, esclusivamente, alla prima doglianza dell’atto introduttivo del giudizio, come sopra riferita.

Quando, poi, le stesse concernono, nel seguito della citata memoria, proprio la seconda doglianza, di parte ricorrente (la quale è stata invece ritenuta, dal Collegio, dirimente), esse non possono far obliterare il dato decisivo, per cui il parere soprintendentizio è stato, comunque, espresso dalla Soprintendenza, nella specie, ben oltre il termine perentorio di 45 giorni, ex art. 146, comma 5, d. l.vo 42/2004, decorrente – il dato è testuale – “dalla ricezione degli atti” (in particolare espresso, secondo la sequenza temporale, come di seguito descritta nel ricorso: “la Soprintendenza: - in data 12.03.2021 ha acquisito la documentazione, trasmessa dal Comune dai fini dell’adozione del parere di competenza; - in data 22.04.2021, ha chiesto integrazione documentale, riscontrata dal Comune di Casal Velino in data 20.05.2021; - in data 5.07.2021, ovvero dopo 87 giorni dall’acquisizione (12.03.2021) della documentazione (tale calcolo già esclude il periodo 22.04.2021 – 20.05.2021), e, comunque, dopo 46 giorni dall’integrazione documentale (20.05.2021), ha

comunicato i motivi ostativi; - solo in data 20.07.2021, ovvero quando ormai era ampiamente decorso il prescritto termine di 45 giorni di cui all'art. 146, comma 5, del D. Lgs. 42/2004, ha reso parere contrario”).

Non può, del resto, ritenersi che, con il richiedere l'integrazione documentale in data 22.04.2021, la Soprintendenza abbia interrotto il termine di 45 giorni, di cui si discute (che avrebbe, quindi, ripreso a decorrere, ex novo): ciò, perché, in primis, l'art. 146, comma 5, d. l.vo 42/2004, configura tale termine come innegabilmente perentorio, e non prevede affatto la facoltà, dell'organo tutorio statale, d'interromperlo, ad libitum, mercé la formulazione di richieste d'integrazione documentale, od istruttorie che a dir si voglia.

In ogni caso, si tengano presenti, al fine della qualificazione dell'effetto, conseguente alla richiesta d'integrazione documentale della Soprintendenza, come meramente sospensivo, piuttosto che interruttivo, le contrarie argomentazioni, condivise dal Collegio, esposte, da parte ricorrente, nel contesto della terza censura dell'atto introduttivo del giudizio: “Né varrebbe, in contrario, sostenere che il termine per rendere il parere di competenza (20 o 45 giorni) sia iniziato nuovamente a decorrere dall'integrazione documentale del 05.07.2021 e/o dai motivi ostativi/osservazioni del privato del 16.07.2021. Ciò, prima di tutto perché la richiesta di integrazione documentale non interrompe il termine del procedimento, ma lo sospende. Sul punto, la lettura dell'intero “Codice dei beni culturali e del paesaggio” è univoca. Il legislatore: a) non ha mai utilizzato il termine “interrompe”; b) al contrario, ha sempre utilizzato il termine “sospende” in tema di integrazione documentale; il riferimento va: - all'art. 22 – comma 2: “qualora la soprintendenza chieda chiarimenti o elementi integrativi di giudizio, il termine indicato al comma 1 è sospeso fino al ricevimento della documentazione

richiesta”; - all’art. 22 – comma 3: “ove sorga l’esigenza di procedere ad accertamenti di natura tecnica, la soprintendenza ne dà preventiva comunicazione al richiedente ed, il termine indicato al comma 1 è sospeso fino all’acquisizione delle risultanze degli accertamenti d’ufficio e comunque per non più di trenta giorni”; - all’art. 159 – comma 2, ultimo periodo: “in caso di richiesta di integrazione documentale o di accertamenti il termine è sospeso per una sola volta fino alla data di ricezione della documentazione richiesta ovvero fino alla data di effettuazione degli accertamenti”; - all’art. 159 – comma 4, ultimo periodo: “in caso di richiesta di integrazione documentale o di accertamenti, il termine è sospeso per una sola volta fino alla data di ricezione della documentazione richiesta ovvero fino alla data di effettuazione degli accertamenti”. La correttezza della ricostruzione che precede trova conferma nell’art. 11 – comma 5 del d. P. R. n. 31/2017 (“... Il procedimento resta sospeso ...”) il quale, come già ha avuto modo di chiarire codesto T.A.R., è una norma “... di rango regolamentare, (che) non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria” (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, n. 1542 del 23.06.2021). Muovendo da tale presupposto è evidente che i termini per rendere il parere di competenza non registrano alcuna interruzione – *rectius*, non riprendono a decorrere nuovamente dall’inizio – ma una mera sospensione”.

Conformemente alle considerazioni che precedono, assorbenti delle ulteriori doglianze di parte ricorrente, il presente gravame va quindi accolto, ed il provvedimento impugnato, sub A) dell’epigrafe, consequenzialmente annullato.

Sussistono, peraltro, per la novità della questione, eccezionali motivi, per compensare tra tutte le parti, spese e competenze di lite, fermo restando,

ovviamente, il rimborso del contributo unificato, in favore della società ricorrente, da porre a carico, solidalmente, del Ministero della Cultura e del Comune di Casal Velino.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, l'accoglie, nei sensi di cui in parte motiva, e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato, sub A) dell'epigrafe.

Spese compensate tra tutte le parti, fermo restando il rimborso del contributo unificato, in favore della società ricorrente, ed a carico, solidalmente, del Ministero della Cultura e del Comune di Casal Velino.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Paolo Severini, Consigliere, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE
Paolo Severini

IL PRESIDENTE
Nicola Durante

IL SEGRETARIO