

## La controversa relazione tra silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica

di *Francesco Scalia*

1. Premessa. - 2. La giurisprudenza in tema di rapporti tra l'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990 e l'autorizzazione paesaggistica. - 3. (*segue*) L'orientamento del Consiglio di Stato contrario all'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica. - 4. (*segue*) L'orientamento del Consiglio di Stato favorevole all'applicabilità dell'istituto al procedimento di autorizzazione paesaggistica. - 5. Considerazioni critiche sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato contraria all'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica. - 6. L'inapplicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica per il principio di specialità.

1. - *Premessa*. In un primo commento<sup>1</sup> dell'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990<sup>2</sup> sostenni che una lettura

<sup>1</sup> F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 1, 2016, 11.

<sup>2</sup> Innestato nel corpo della legge generale sul procedimento amministrativo dall'art. 3 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia), l'art. 17 *bis* disciplina l'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, per l'adozione di un provvedimento normativo o amministrativo, debba acquisire l'assenso, il concerto o il nulla osta, comunque denominato, di un'altra amministrazione pubblica o di un gestore di beni o servizi pubblici. In tal caso, l'assenso si intende acquisito con l'inutile decorso del termine di trenta giorni dal ricevimento, da parte dell'amministrazione tenuta a pronunciarsi, dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione. Il termine può essere interrotto una volta sola qualora l'amministratore o il gestore che deve rendere il proprio assenso rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica motivate e puntuali. Ricevuti gli elementi istruttori richiesti o il nuovo schema di provvedimento, inizia a decorrere un nuovo termine di trenta giorni per l'espressione dell'assenso, scaduto inutilmente il quale, questo si intende acquisito. Il comma 3 estende l'applicazione del modulo procedimentale appena descritto 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, prevedendo però in tali casi il più lungo termine di novanta giorni. Infine, con norma di chiusura, l'ultimo comma esclude l'applicazione dell'istituto ai casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi. L'art. 12, comma 1, lett. g), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto «Semplificazioni»), convertito con modificazioni in l. 11 settembre 2020, n. 120, ha modificato la rubrica dell'articolo sostituendo le parole «Silenzio assenso» con le seguenti: «Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti», ed ha esteso il medesimo modulo procedimentale alle ipotesi in cui, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi, sia prevista la proposta da una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, prevedendo che la proposta stessa debba essere trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione competente. Quest'ultima, qualora la proposta non sia trasmessa nel termine di trenta giorni dalla richiesta, può comunque procedere. In tal caso, lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso, il quale si forma tacitamente decorsi ulteriori trenta giorni. Significativamente, la disposizione espressamente esclude l'applicazione del modulo procedimentale descritto ai casi in cui la proposta sia di competenza di amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili. Il decreto «Semplificazioni» ha innovato la disciplina del silenzio tra amministrazioni anche inserendo il comma 8 *bis* nell'art. 2 della legge n. 241/1990, statuendo l'inefficacia delle 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, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'art. 14 *ter*, comma 7, nonché dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'art. 19, commi 3 e 6 *bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti. I termini di cui all'art. 17 *bis*, comma 1, risultano, invece, dimidiati *ex art.* 5, comma 1, lett. a *bis*), d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, come modificato dall'art. 57, comma 1, lett. b), n. 1.2 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni in l. 29 luglio 2021, n. 108, in relazione al procedimento di autorizzazione unica per la realizzazione di progetti infrastrutturali nelle zone economiche speciali (ZES) da parte di soggetti pubblici e privati, di cui all'art. 5 *bis* del d.l. n. 91/2017 cit. Vasta la dottrina sul tema. Si vedano, in particolare: F. APERIO BELLA, *Il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17 bis della l. n. 241 del 1990)*, intervento al convegno «I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive e imprenditoriali», 8-9 aprile 2016, Campobasso, in *www.diritto-amministrativo.org*; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. app.*, 2016, 7, 758 ss.; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche non riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste*

costituzionalmente orientata della disposizione ne limitasse l'operatività, quando fossero in gioco interessi sensibili, ai casi in cui l'atto di assenso richiesto avesse un basso tasso di discrezionalità e comunque carattere non conformativo, limitandosi ad una adesione o ad un diniego di adesione allo schema di provvedimento proposto dall'amministrazione precedente<sup>3</sup>. Ciò induceva ad escludere l'applicabilità del nuovo istituto all'autorizzazione paesaggistica, per la quale invece l'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio<sup>4</sup> ha previsto uno speciale meccanismo di superamento dell'inerzia della Soprintendenza, imponendo ad essa di esprimere il proprio parere vincolante entro quarantacinque giorni dalla proposta di provvedimento e abilitando l'amministrazione precedente – decorso inutilmente il termine di sessanta giorni – a provvedere prescindendo dal suo parere.

La tesi non ha avuto fortuna, incontrando di lì a poco il diverso avviso della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, che – fornendo chiarimenti al Ministero dei beni culturali sull'interpretazione del nuovo istituto<sup>5</sup> – concluse che «[l]a formulazione testuale del comma 3 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso»<sup>6</sup>.

D'altronde, lo stesso Ufficio legislativo del Ministero aveva già segnalato che il parere soprintendentizio sarebbe ricaduto «senz'altro nel meccanismo del nuovo silenzio-assenso (decorso, peraltro, deve ritenersi, [...] il termine più breve di quarantacinque giorni assegnato dalla legge a tale organo)»<sup>7</sup>.

---

*ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, Relazione al convegno dell'1 aprile 2022 «Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza», in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1173 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2015; A. DEL PRETE, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e sistematici*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3, 704 ss.; 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*, II ed., Milano, 2017, 853 ss.; ID., *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2016, 61 ss.; F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.; 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 co-gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 10 ss.; ID., *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento "orizzontale" all'interno della "nuova amministrazione" disegnata dal Consiglio di Stato*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2016; ID., *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Giustamm.it*, 2016, 5; ID., *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, *ibidem*, 2015, 12; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, Intervento al convegno dell'1 aprile 2022 «Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza», cit.; ID., *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*; ID., *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 [federalismi.it](http://federalismi.it), 2015; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.

<sup>3</sup> Per questa tesi si veda anche F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, cit., 790.

<sup>4</sup> D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

<sup>5</sup> Osserva P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 2, 432 ss. (434) che «la nuova disposizione è venuta alla luce senza che ne fosse in realtà chiaro l'ambito di applicazione, al punto che lo stesso Governo, neanche un anno dopo la sua entrata in vigore, pose al Consiglio di Stato in sede consultiva tutta una serie di quesiti volti a definirne il perimetro, ai quali venne data risposta con il parere n. 1640 del 2016».

<sup>6</sup> Cons. Stato, Ad. Commissione speciale 13 luglio 2016, n. 1640, *Parere su alcuni problemi applicativi concernenti il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17 bis della l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 3 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>7</sup> Cfr. la circolare n. 27158 del 10 novembre 2015 del Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (cons. Paolo Carpentieri), 7-8.

Anche autorevole dottrina ha osservato che la tesi prospettata «*postula una interpretazione restrittiva che contrasta con la chiara portata della norma stessa che non pone limitazioni al suo ambito applicativo*»<sup>8</sup>.

Per contro, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente, sia pure con diverse motivazioni, escluso l'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso tra amministrazioni al procedimento di autorizzazione paesaggistica, salvo da ultimo affermare il contrario, rivalutando le conclusioni sul punto del parere del 2016.

Si sono formati così due indirizzi<sup>9</sup>, con probabile rimessione della questione all'Adunanza plenaria.

Muovendo dall'analisi di tale giurisprudenza, il contributo intende indagare la relazione tra il silenzio interamministrativo e autorizzazione paesaggistica.

**2. - La giurisprudenza in tema di rapporti tra l'art. 17 bis della legge n. 241/1990 e l'autorizzazione paesaggistica.** In una prima fase, la giurisprudenza dei T.A.R. ha ritenuto applicabile al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica il meccanismo di silenzio assenso previsto dall'art. 17 bis, legge n. 241/1990, precisando che il provvedimento tacito si formerebbe nel minor termine di quarantacinque giorni previsto dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, coerentemente con il secondo periodo del terzo comma dell'art. 17 bis, a mente del quale il termine di novanta giorni si applica solo «*ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso*»<sup>10</sup>.

Già in questa prima fase, però, i T.A.R. hanno deviato rispetto alla rigorosa applicazione dell'istituto introdotto dalla riforma Madia nel decidere sulla portata del parere tardivo della Soprintendenza.

Invero, l'applicazione dell'art. 17 bis avrebbe dovuto condurre a ritenere *tamquam non esset* il parere emesso una volta formatosi il silenzio assenso<sup>11</sup>. Nondimeno, la giurisprudenza citata si è divisa tra chi ha ritenuto il parere tardivo illegittimo e da annullare<sup>12</sup> e chi ha affermato che, compiutosi il termine dei quarantacinque giorni, il parere successivamente reso non sarebbe più vincolante, potendo l'amministrazione procedente provvedere anche in difformità dello stesso e dovendo – per contro – motivare l'eventuale adesione al suo contenuto precettivo<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2020, 547. Del pari critico nei confronti della tesi prospettata è R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020, 240.

<sup>9</sup> In dottrina, per l'applicabilità dell'art. 17 bis al procedimento di autorizzazione paesaggistica ex art. 146, d.lgs. n. 42/2004, oltre al già citato V. LOPILATO: P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 14-20; 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 co-gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, cit.; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, cit., 16-17. Esclude, invece, che l'art. 17 bis si applichi al procedimento di autorizzazione paesaggistica: C. GUACCI, *La valutazione di compatibilità paesaggistica*, Torino, 2023, 250 ss.

<sup>10</sup> Cfr. T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I 9 giugno 2017, n. 1048: «*deve in primo luogo rilevarsi che la norma, per la sua portata generale, è senz'altro applicabile alla fattispecie in esame, laddove l'Amministrazione statale preposta alla tutela del paesaggio concorre all'esercizio del potere autorizzatorio di pertinenza comunale, mediante la formulazione di un parere avente portata vincolante (art. 146, comma 5, d.lgs. n. 42/2004). In secondo luogo, ricorre nella specie anche il presupposto procedimentale correlato alla provenienza della richiesta di assenso da parte di una p.a. (individuabile nel Comune preposto all'esercizio del potere di autorizzazione). Deve altresì evidenziarsi che, con riferimento al procedimento in esame, la vigenza di una previsione ad hoc del termine entro il quale la Soprintendenza deve esprimere il parere (45 giorni dalla ricezione degli atti da parte del Comune, ex art. 146, comma 8, d.lgs. n. 42/2004) esclude l'applicabilità della disposizione temporale sussidiaria*». In termini: T.A.R. Sardegna, Sez. II 8 giugno 2017, n. 394; T.A.R. Abruzzo - Pescara, Sez. I 10 maggio 2018, n. 153; T.A.R. Umbria, Sez. I, 17 maggio 2018, n. 334; T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II 30 novembre 2020, n. 1811 e 23 giugno 2021, n. 1542. Solo tali ultime due sentenze sono state appellate. Quanto alla prima, il Consiglio di Stato ha dichiarato l'appello inammissibile per non aver il Ministero gravato tutti i capi della motivazione della pronuncia impugnata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV 14 gennaio 2022, n. 440). La seconda, invece, è stata annullata da Cons. Stato, Sez. IV 7 aprile 2022, n. 2584. Le sentenze citate sono tutte rinvenibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>11</sup> Come ritenuto, senza però motivare sul punto, da T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I 9 giugno 2017, n. 1048, cit.

<sup>12</sup> T.A.R. Umbria, Sez. I 17 maggio 2018, n. 334, cit.

<sup>13</sup> T.A.R. Abruzzo - Pescara, Sez. I 10 maggio 2018, n. 153, cit.; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II *quater* 15 luglio 2020, n. 8104, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che però non si esprime sull'applicabilità dell'art. 17 bis al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ritenendo comunque il parere emesso dopo ottanta giorni dalla proposta tempestivo rispetto al termine

L'orientamento è mutato con la sentenza n. 1200 del 3 luglio 2019 della II Sezione di Salerno del T.A.R. per la Campania<sup>14</sup>, che, muovendo da una lettura del citato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato difforme da quella sino ad allora praticata<sup>15</sup>, ha ritenuto non applicabile l'art. 17 *bis* al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in quanto in tale fattispecie l'assenso sarebbe richiesto dall'amministrazione procedente nell'interesse del privato e troverebbe, pertanto, applicazione l'art. 20 della legge sul procedimento amministrativo che esclude il silenzio assenso in presenza di interessi sensibili<sup>16</sup>.

La pronuncia è stata confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 27 luglio 2020, n. 4765<sup>17</sup>.

La stessa Sezione del T.A.R. Campania ha successivamente radicalmente mutato il proprio avviso, affermando l'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica. Ciò è avvenuto dapprima con sentenza 30 novembre 2020, n. 1811<sup>18</sup>, quindi con sentenza 23 giugno 2021, n. 1542, pronunciata quando era stata già pubblicata altra sentenza in materia del Consiglio di Stato<sup>19</sup>, fornendo l'occasione per una nuova pronuncia del Giudice di appello<sup>20</sup> e infine, dopo essersi conformata all'orientamento del Consiglio di Stato<sup>21</sup>, è tornata, con sentenza n. 2946 del 4 novembre 2022, ad applicare il silenzio

---

di novanta previsto da tale disposizione, ma non più vincolante in ragione di quanto dispone l'art. 146 del codice («La ricorrente espone che il 9/11/18 la Regione Lazio ha trasmesso al parco archeologico la relazione per l'accertamento di conformità, con proposta di accoglimento, e che la Soprintendenza ha provveduto con preavviso di parere negativo solo 80 giorni dopo, ovvero il 28/1/19. Perciò, il parere negativo sarebbe illegittimo, anzitutto perché sopraggiunto rispetto al silenzio assenso previsto dall'art. 17 bis l. 241/90. Tuttavia, posto che il comma 3 di tale disposizione assegna alle autorità preposte alla tutela ambientale 90 giorni per provvedere, la censura è infondata, a prescindere dal problema della applicabilità di tale norma ai fatti di causa. Inoltre, la illegittimità deriverebbe dall'inosservanza del termine perentorio di 45 giorni per esprimere il parere vincolante sull'autorizzazione paesaggistica, previsto dal comma 8 dell'art. 146 d.lgs. 42/04. Per tale verso, la censura è fondata, nei limiti che seguono»).

<sup>14</sup> T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II 3 luglio 2019, n. 1200, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>15</sup> La sentenza, invero, cita il precedente T.A.R. Campania - Napoli, Sez. IV 13 settembre 2018, n. 5499, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale era però relativo ad un procedimento diverso dall'autorizzazione paesaggistica (si verteva in materia di riconoscimento dello status di scuola paritaria) e si limitava a ribadire il principio espresso dal parere del Consiglio di Stato senza offrirne la lettura innovativa datane dalla Sezione di Salerno con riferimento al procedimento *ex art.* 146 del d.lgs. n. 42/2004.

<sup>16</sup> In linea con tale orientamento, sia pure con una motivazione più articolata, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. III 6 novembre 2020, n. 5049, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): «non deve essere trascurato che il silenzio assenso di cui si discorre opera nel rapporto "orizzontale" tra le amministrazioni e non già nel rapporto "a valle", esso si di tipo "verticale", tra l'autorità preposta alla gestione vincolo (Regione o ente territoriale subdelegato) e il privato che ha chiesto l'autorizzazione paesaggistica (Circolare dell'Ufficio legislativo del MiBACT n. 21892 del 20 luglio 2016). La riemersione di tale rapporto "verticale" è rinvenibile nel caso di specie, una volta che il parere della Soprintendenza abbia perso il proprio carattere vincolante, cosicché torna in rilievo il rapporto di tal tipo tra Autorità decidente e privato, dovendo la prima esprimersi autonomamente in merito e nei riguardi del richiedente l'autorizzazione paesaggistica (...). In tal caso il silenzio-assenso che sarebbe configurabile è dettato dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, ma esso non si applica "agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico" in virtù di quanto dispone il quarto comma, a sua volta non inciso dalla legge n. 124 del 2015».

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. IV 27 luglio 2020, n. 4765, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La sentenza è stata commentata da F. D'ANGELO, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 2, 231 ss.

<sup>18</sup> La sentenza è stata appellata dal Ministero, ma il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile l'appello per ragioni di carattere processuale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV 24 gennaio 2022, n. 220, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. IV 29 marzo 2021, n. 2640, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Su tali pronunce si veda il commento (favorevole nei confronti del T.A.R. e assai critico rispetto al giudice di appello) di S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urb. app.*, 2021, 4, 449 ss.

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. IV 7 aprile 2022, n. 2584, cit. Il T.A.R. Salerno ha ribadito l'applicabilità dell'art. 17 *bis* al diverso procedimento disciplinato dall'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004 con sentenza 29 marzo 2021, n. 809 riformata da Cons. Stato, Sez. VI 19 agosto 2022, n. 7293, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Il T.A.R. Salerno si è poi conformato all'orientamento espresso da Cons. Stato, Sez. IV 4 aprile 2022, n. 2484, con le sentenze 3 giugno 2022, n. 1523; 16 maggio 2022, n. 1711; 31 agosto 2022, n. 2278; 21 ottobre 2022, n. 2778; 19 dicembre 2022, n. 3505 e, da ultima, con sentenza 20 marzo 2023, n. 630; nondimeno, ancora con sentenze n. 2907 del 3 novembre 2022 e 11 gennaio 2023, n. 48, dopo aver riportato la posizione espressa dal Consiglio di Stato con la pronuncia appena citata, la Sezione di Salerno ha concluso che «sussistono plurimi orientamenti, non soltanto della dottrina, ma anche del Consiglio di Stato, che militano invece per la piana applicabilità dell'istituto in parola». Le sentenze sono tutte rinvenibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



interprocedimentale anche al procedimento di autorizzazione paesaggistica, trovando questa volta il favore del Giudice di appello<sup>22</sup>.

**3. - (segue)** *L'orientamento del Consiglio di Stato contrario all'applicabilità dell'art. 17 bis al procedimento di autorizzazione paesaggistica.* Con sentenza n. 4765/2020, il Consiglio di Stato ha escluso l'applicabilità del silenzio interprocedimentale all'autorizzazione paesaggistica in ragione di due ordini di argomentazioni.

Innanzitutto, l'istituto disciplinato dall'art. 17 bis della legge n. 241/1990 costituisce un «nuovo paradigma» applicabile in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo si deve concludere con una decisione «pluristrutturata», ponendosi nell'ambito dei «rapporti orizzontali» tra amministrazioni, ma non può trovare applicazione nei procedimenti nei quali il rapporto intersoggettivo tra pubbliche amministrazioni si inserisce in un procedimento ad istanza di parte. Sul punto la sentenza cita il parere n. 1640 del 23 giugno 2016 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio, il quale afferma che «[n]ei casi in cui un'Amministrazione ha un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'Amministrazione unica decidente), la decisione risulta monostrutturata. In questo caso, infatti, come osserva la richiesta di parere, 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». Sarebbe questo – a giudizio del Giudice d'appello – il caso del procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 in quanto, «al di là della effettiva natura pluristrutturata della procedura relativa alla autorizzazione paesaggistica», lo stesso procedimento è attivato ad istanza di una parte privata.

Il secondo ordine di argomentazioni muove dall'interpretazione dell'art. 146 del Codice e dalla natura, ivi delineata, del parere soprintendentizio. Osserva il Consiglio di Stato che la «proposta di provvedimento» – trasmessa dalla Regione (o dall'ente locale subdelegato) alla Soprintendenza ai sensi dell'art. 146, comma 7 – non può essere assimilata allo «schema di provvedimento» – cui l'art. 17 bis, comma 1, legge n. 241/1990, ha attribuito decisivo rilievo –, «così come lo stesso parere della Soprintendenza, per la sua natura di atto consultivo espressamente conferita dal legislatore, non costituisce uno “schema di provvedimento”. In sostanza, l'art. 146 del codice n. 42 del 2004 ha previsto che l'atto conclusivo del procedimento (l'autorizzazione paesaggistica ovvero il diniego di essa) rimanga un “provvedimento monostrutturato”, riferibile alla autorità che emana l'atto finale».

Tali argomenti sono stati integralmente confermati dalla sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 2584/2022<sup>23</sup>, che ha annullato il *revirement* della Sezione di Salerno del T.A.R. per la Campania.

Intanto, altra sentenza della stessa Sezione<sup>24</sup> ha escluso l'applicabilità del silenzio interamministrativo al procedimento di autorizzazione paesaggistica, citando un proprio precedente<sup>25</sup> riferito – però – ad un caso di assenza della Soprintendenza in conferenza di servizi, il quale a sua volta ha citato un altro precedente<sup>26</sup> intervenuto in materia di copianificazione paesaggistica. Il risultato di tale teoria di rimandi è il

<sup>22</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. IV 7 aprile 2022, n. 2584, cit.: «L'inapplicabilità nella specie dell'art. 17 bis l. n. 241 del 1990 consegue al fatto che il rapporto amministrativo è di carattere “verticale”, non “orizzontale”, in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la Soprintendenza, non fra il Comune e la Soprintendenza. 5.2. Elemento centrale è rappresentato dal fatto che il procedimento è ad istanza di parte: pertanto, la fase istruttoria, benché formalmente curata dall'Amministrazione comunale, pertiene comunque allo scrutinio dell'istanza di un privato, sì che siffatta originaria e costitutiva dimensione “verticale” pervade e connota ab interno tutta la dinamica procedimentale; non rileva, in senso contrario, rilevare che - per il tramite del parere della Soprintendenza - vi è una sostanziale coesistenza del vincolo da parte dello Stato, poiché ciò che importa è la disciplina introdotta dal legislatore sull'articolazione formale del procedimento conseguente all'istanza del privato. 5.3. Ne consegue, inoltre, che è inconfigurabile la valenza provvedimentale del silenzio soprintendentizio, ai sensi dell'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, trattandosi di un parere in senso tecnico».

<sup>24</sup> Cons. Stato, Sez. IV 19 aprile 2021, n. 3145, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. IV 29 marzo 2021, n. 2640, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale al punto 8, lett. ii) afferma «l'istituto del silenzio-assenso di cui all'articolo 17 bis della legge n. 241/1990 non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per silentium con la conseguenza che l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente».

<sup>26</sup> Cons. Stato, Sez. V 14 luglio 2020, n. 4559, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

seguito principio: «Il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17 bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, si applica esclusivamente ai rapporti fra l'amministrazione "precedente" per l'adozione di un provvedimento definitivo e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta" a questo prodromici, e non anche al rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi nei confronti di un'amministrazione terza, come è nel caso della Regione e della Soprintendenza in relazione all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42»<sup>27</sup>.

Più articolata è la motivazione di altra sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato<sup>28</sup> sul tema, di riforma, ancora una volta, di una pronuncia della Sezione di Salerno del T.A.R. campano<sup>29</sup>. Il Giudice d'appello dichiara di aderire – «con alcune precisazioni» – all'orientamento della Sezione, ma in realtà ne confuta gli argomenti. Innanzitutto, il Collegio ritiene che non rilevi, in senso opposto alla applicabilità dell'art. 17 bis, la circostanza che il procedimento «principale» sia avviato ad istanza di un privato, perché il silenzio assenso di che trattasi «non ha valore provvedimentale e non sostituisce l'autorizzazione paesaggistica espressa, che, ove non adottata tempestivamente, legittima il privato a ricorrere ai poteri sostitutivi, a conferma del fatto che l'autorizzazione paesaggistica non può mai formarsi per silentium»<sup>30</sup>. Quanto al secondo ordine di argomenti, la sentenza chiarisce che «nell'ambito del sub-procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, la proposta che viene trasmessa dalla Regione alla Soprintendenza rappresenta lo schema del provvedimento che decide sulla istanza di rilascio di autorizzazione paesaggistica» e che «il parere della Soprintendenza ha natura obbligatoria e vincolante, e ciò denuncia la natura pluristrutturata della autorizzazione paesaggistica, e la condivisione del potere decisorio in materia tra la Regione e la Soprintendenza, che costituisce un tratto essenziale dei procedimenti nell'ambito dei quali può formarsi il silenzio assenso disciplinato dall'art. 17 bis»<sup>31</sup>.

Quindi, demoliti gli argomenti utilizzati nel precedente della stessa Sezione, la sentenza fonda la medesima conclusione di inapplicabilità del silenzio interamministrativo nel procedimento di autorizzazione paesaggistica su un argomento assai sottile. Sostiene il Collegio che «se presupposto all'art. 146, comma 9, vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 bis, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche in tal caso l'amministrazione precedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi». Il Collegio ammette che, anche facendo applicazione del procedimento previsto dall'art. 146, comma 9, del Codice, l'amministrazione precedente è tenuta a provvedere, in caso di inerzia della Soprintendenza, in conformità alla propria proposta iniziale, pena l'illegittimità del provvedimento<sup>32</sup>. Afferma, però, che in tal caso, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo (come, evidentemente, a giudizio del Collegio, avverrebbe in caso di applicazione dell'art. 17 bis), l'amministrazione precedente «potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela». Di qui la conclusione del giudice: «ciò che porta ad affermare che l'art. 17 bis della legge 241/90 non è applicabile alle procedure di rilascio disciplinate dall'art. 146, comma 9, d.lgs. 42/2004, è solo, e unicamente, la circostanza che il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione precedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"»<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Cons. Stato, Sez. IV n. 3145 del 2021, cit., punto 10.7.

<sup>28</sup> Cons. Stato, Sez. IV 24 maggio 2022, n. 4098, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II 2 febbraio 2021, n. 306, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>30</sup> Punto 11.8.2. in diritto.

<sup>31</sup> Punto 11.8.3. in diritto.

<sup>32</sup> Cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. VI 11 dicembre 2017, n. 5799, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>33</sup> *Ibidem*, punti da 11.8.4. a 11.8.8. in diritto. Riprende i medesimi argomenti Cons. Stato, Sez. VI 21 aprile 2023, n. 4057, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui «il silenzio-assenso previsto dall'art. 17 bis della legge 241/90 non può formarsi in materia di autorizzazione paesaggistica, nei rapporti tra la Regione, o l'ente da essa delegato, e la Soprintendenza: sul punto si rinvia a quanto rilevato nelle motivazioni della sentenza n. 4098/2022, nella quale si è evidenziato come l'art. 146, comma 9, del d.lgs. 42/2004, stabilendo che l'amministrazione competente, a fronte della inerzia della Soprintendenza nel rendere il parere di sua competenza, "provvede comunque" - e non già "provvede in conformità" - evidenzia l'assenza di un atto vincolante per l'amministrazione competente e, quindi, l'assenza di un silenzio-assenso sulla proposta formulata dalla amministrazione competente alla Soprintendenza. L'impossibilità di applicare l'art. 17 bis con specifico

Con altra sentenza, questa volta della VI Sezione, il Consiglio di Stato<sup>34</sup>, pur confermando l'inapplicabilità del silenzio tra amministrazioni al procedimento di autorizzazione paesaggistica, muta radicalmente l'impianto motivazionale.

La sentenza è relativa ad un'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica di opere già in parte eseguite in assenza e/o in difformità dai titoli autorizzativi, ai sensi dell'art. 167 del Codice, ma – con approccio didascalico – affronta il tema dell'applicabilità dell'istituto del silenzio tra amministrazioni anche nel procedimento disciplinato dall'art. 146 dello stesso decreto.

Il Giudice d'appello, principiando dall'esame del procedimento disciplinato dall'art. 167, commi 4 e 5, del Codice, fonda il proprio giudizio di inapplicabilità del meccanismo del silenzio interamministrativo su due ordini di motivi, il secondo dei quali comune al procedimento previsto dall'art. 146 del Codice<sup>35</sup>. Tale argomento si fonda sulla natura vincolante del parere della Soprintendenza, da rendersi entro un termine espressamente qualificato perentorio, decorso il quale l'organo statale decade dal suo potere di conformare la decisione dell'amministrazione procedente, ma non dal potere di intervenire nel procedimento per fornire il proprio contributo partecipativo, ponendo in essere un atto non obbligatorio e non vincolante<sup>36</sup>.

In particolare, la natura vincolante del parere porta la Sezione a ritenere che non si formi nel procedimento di compatibilità paesaggistica, di cui all'art. 167, come parimenti nel procedimento di autorizzazione preventiva, di cui all'art. 146, la decisione pluristrutturata richiesta dall'art. 17 *bis* perché operi il silenzio tra amministrazioni. Difatti, l'amministrazione procedente (preposta alla tutela del vincolo) o si conforma al parere vincolante reso dalla Soprintendenza nel termine alla stessa imposto o, decorso tale termine perentorio, decide autonomamente, dovendo tener conto – ma solo come parere non obbligatorio né vincolante – dell'eventuale apporto tardivo dell'organo statale. In ogni caso si avrebbe una decisione monostrutturata: sostanzialmente della Soprintendenza, il cui parere tempestivo vincola l'amministrazione procedente ad adottare un atto conforme; formalmente e sostanzialmente dell'amministrazione procedente, nel caso in cui l'organo statale non renda il suo parere nel termine perentorio imposto.

Il procedimento previsto dall'art. 17 *bis* sarebbe, invece, a giudizio del Consiglio di Stato, strutturalmente diverso. Da un lato, la norma, pure ammettendo la presentazione (a cura delle Amministrazioni interpellate) di richieste di modifica dello schema di provvedimento, non prevede l'obbligo dell'amministrazione procedente di accogliere tali richieste ove non condivise; dall'altro, l'art. 17 *bis*, comma 2, legge n. 241/90 detta un'apposita disciplina per l'ipotesi di «*mancato accordo tra Amministrazioni statali*» – incentrata sul potere del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, di decidere sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento – in tale maniera avvalorando l'esigenza di un accordo (tacito o espresso) tra tutte le Amministrazioni co-decidenti sul testo del provvedimento da adottare (e, dunque, sullo schema originario di provvedimento ovvero sulle successive modifiche richieste dalle Amministrazioni interpellate), altrimenti dovendo ricorrersi a meccanismi di superamento del dissenso per pervenire alla decisione finale. Ciò che renderebbe la decisione finale pluristrutturata, in quanto frutto del concorso e del necessario accordo tra Amministrazioni diverse<sup>37</sup>.

---

*riferimento alle autorizzazioni paesaggistiche discende, dunque, dalla mera constatazione che si tratta di un effetto evidentemente non voluto dal legislatore».*

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. VI 19 agosto 2022, n. 7293, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>35</sup> Il procedimento descritto dall'art. 167 cit. ha una struttura non compatibile con le coordinate poste dall'art. 17 *bis*, non prevedendo uno schema di provvedimento formato dall'Amministrazione procedente su cui l'Amministrazione interpellata è chiamata a statuire e su cui, dunque, possa in ipotesi considerarsi formato un silenzio tacito. Pertanto, difettando un tale schema provvedimentale, il silenzio assenso non potrebbe che formarsi sull'istanza di parte trasmessa dall'Amministrazione procedente, venendo in rilievo, anziché un rapporto orizzontale tra Amministrazioni co-decidenti - come previsto dall'art. 17 *bis*, legge n. 241/90 -, un rapporto verticale tra l'istante e l'Amministrazione titolare del potere decisionale, sussumibile sotto il diverso disposto dell'art. 20, comma 4, legge n. 241/90, inapplicabile agli «*atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico*».

<sup>36</sup> La sentenza cita sul punto Cons. Stato, Sez. VI 19 novembre 2020, n. 7193, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>37</sup> L'argomento della natura vincolante del parere della Soprintendenza e, quindi, del carattere monostrutturato della decisione

A tale argomento, il Consiglio di Stato, per il procedimento *ex art.* 146, ne aggiunge un altro di carattere sistematico: la previsione espressa dell'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica, disciplinato dal d.p.r. 13 febbraio 2017, n. 31<sup>38</sup>. La tesi è che la circostanza per cui sia stata avvertita l'esigenza di prevedere, in materia di procedimento autorizzatorio semplificato, nell'ambito di un atto normativo del 2017 – successivo all'introduzione dell'art. 17 *bis*, legge n. 241/90 (inserito dall'art. 3, comma 1, l. 7 agosto 2015, n. 124) – l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso disciplinato da tale norma, denota come, in assenza di tale clausola di rinvio, la materia non sarebbe stata assoggettata alla disciplina generale posta dall'art. 17 *bis* cit. E ciò in forza del principio dell'effetto utile, secondo cui le disposizioni normative devono essere intese nel significato in cui assumano una qualche rilevanza, anziché nel senso in cui risultino del tutto inutili<sup>39</sup>.

4. - (segue) *L'orientamento del Consiglio di Stato favorevole all'applicabilità dell'istituto al procedimento di autorizzazione paesaggistica.* Recentemente, la IV Sezione del Consiglio di Stato<sup>40</sup>, affrontando il tema del silenzio della Soprintendenza nella conferenza di servizi e, ritenendolo strettamente correlato a quello dell'applicabilità o meno al procedimento di autorizzazione paesaggistica dell'art. 17 *bis*, legge n. 241/1990, ha mutato il proprio orientamento ribadendo le considerazioni e conclusioni sul punto del parere n. 1640/2016<sup>41</sup>.

---

è usato anche nella disamina dell'art. 146 del Codice. Difatti, anche il procedimento ivi disciplinato è connotato da una particolare forma di cogestione del vincolo paesaggistico, in cui il parere della Soprintendenza è vincolante, sì che «*l'amministrazione preposta deve provvedere "in conformità", con un atto dovuto*». La sentenza cita Cons. Stato, Sez. VI 1° settembre 2017, n. 4162 e, sulla necessità di qualificare il parere della Soprintendenza quale «*parere vincolante (rectius: conforme)*», Cons. Stato, Sez. IV 29 marzo 2021, n. 2640, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Emerge, quindi, uno schema procedimentale in parte analogo a quello dell'accertamento di compatibilità paesaggistica *ex art.* 167, d.lgs. n. 42/2004 - parimenti incentrato sul potere soprintendizio di vincolare la decisione finale non adottabile in difformità - ostativo (per le ragioni espresse) all'applicazione dell'art. 17 *bis*, legge n. 241/90.

<sup>38</sup> Di adozione del «*Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata*». L'art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004 ha previsto che, con regolamento da emanarsi ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. 23 agosto 1988, n. 300, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, fossero stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti. In attuazione di tale delega è stato dapprima emanato il d.p.r. 9 luglio 2010, n. 139, sostituito poi dal d.p.r. 13 febbraio 2017, n. 31. La semplificazione del procedimento di autorizzazione paesaggistica è stata assicurata (*ex artt.* 8 e s., d.p.r. n. 31/17) mediante l'introduzione di disposizioni derogatorie rispetto a quelle generalmente applicabili: trattasi, in particolare, di previsioni dirette ad assicurare una semplificazione documentale *ex art.* 8, d.p.r. n. 31/17, una concentrazione procedimentale *ex art.* 9, d.p.r. n. 31/17, una riduzione dei termini di conclusione del procedimento *ex art.* 10, d.p.r. n. 31/17, una semplificazione organizzativa *ex art.* 12, d.p.r. n. 31/17 e una semplificazione procedimentale *ex art.* 11, d.p.r. n. 31/17. Tale ultimo articolo assume particolare rilievo per il nostro discorso in quanto dispone espressamente, al comma 9, che «*in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica*».

<sup>39</sup> Con riferimento al procedimento semplificato disciplinato all'art. 11, comma 9, del d.p.r. n. 31/2017, Cons. Stato, Sez. VI 20 febbraio 2023, n. 1710, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha precisato che la formulazione della norma indica la volontà di consentire la formazione del silenzio assenso «endoprocedimentale» solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla «amministrazione procedente», rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo: tale contegno silenzioso, potendo essere letto come una valutazione positiva, per assenza di elementi ostativi, crea il presupposto logico perché la «amministrazione procedente» sia legittimata a dare corso al rilascio dell'autorizzazione. Viceversa, nel caso in cui la Soprintendenza comunichi dei motivi ostativi all'accoglimento, è evidente che non vi sono le condizioni perché possa innestarsi la presunzione che essa abbia valutato positivamente la proposta della «amministrazione procedente», neppure a seguito delle eventuali controdeduzioni della parte interessata.

<sup>40</sup> Cons. Stato, Sez. IV 2 ottobre 2023, n. 8610, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> La sentenza cita alcuni precedenti conformi, nessuno dei quali però relativo al procedimento di autorizzazione paesaggistica *ex art.* 146 del Codice: Cons. Stato, Sez. V 14 gennaio 2022, n. 255, che, pronunciando sul diverso caso del procedimento di autorizzazione di interventi edilizi su beni culturali, ha statuito che nella conferenza di servizi prevista dall'art. 25 del Codice «*i pareri delle Amministrazioni preposte alla tutela dei beni si intendono acquisiti favorevolmente decorsi 90 giorni dalla richiesta in applicazione dell'art. 17 bis della legge 241 del 1990*»; Cons. Stato, Sez. VI 1° ottobre 2019, n. 6556, che però si riferisce al diverso caso del silenzio della Soprintendenza nel procedimento di accertamento della compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, comma



La sentenza ripercorre, con approccio didascalico, il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, individuando nella c.d. riforma Madia (legge n. 124/2015 e relativi decreti delegati), il punto di svolta rispetto alla tradizionale impostazione basata sul riconoscimento di una tutela rafforzata degli interessi sensibili nell'ambito del procedimento amministrativo, avendo questa, da un lato, introdotto il silenzio assenso orizzontale tra pubbliche amministrazioni *ex art. 17 bis*, legge n. 241/1990, applicabile anche all'inerzia di un'amministrazione preposta alla cura di interessi sensibili, dall'altro, riscritto la disciplina della conferenza di servizi, prevedendo che il dissenso di una p.a. preposta a un interesse sensibile non è più ostativo alla conclusione positiva della conferenza simultanea<sup>42</sup>. Tale innovativa impostazione, a giudizio del Collegio, è la conseguenza del combinato operare di due fattori: la trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale a bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati, e l'attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi.

In particolare, la sentenza confuta l'orientamento che ritiene l'autorizzazione paesaggistica un provvedimento mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte interessata e non della p.a. precedente e risolvendosi la relazione tra Regione/ente locale e Soprintendenza in un rapporto meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria ma quella istruttoria del procedimento. La sentenza aderisce sul punto all'indirizzo giurisprudenziale che muove dalla premessa che tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione, e individua nel parere della Soprintendenza l'espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico<sup>43</sup>. A tali pareri si applicherebbe pertanto l'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17.

La sentenza in commento, quindi, riprendendo il parere del 2016, valorizza principalmente l'argomento letterale<sup>44</sup> per cui «[l]a formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 bis l. n. 241 del 1990 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso».

Infine, ad avviso del Collegio l'orientamento che esclude l'operatività del meccanismo del silenzio assenso in relazione alle fattispecie di tutela degli interessi paesaggistici, se già appariva poco coerente con il quadro normativo successivo alla riforma Madia, oggi sarebbe ulteriormente da disattendere alla luce della

---

4, del d.lgs n. 42 del 2004; Cons. Stato, Sez. VI 14 luglio 2020, n. 4559, che si riferisce ad un'ipotesi di copianificazione paesaggistica e affronta il tema dell'applicabilità dell'art. 17 *bis* nel procedimento di formazione di atti amministrativi generali.

<sup>42</sup> La sentenza attribuisce carattere innovativo anche alla previsione del silenzio assenso in caso di mancata partecipazione o partecipazione non collaborativa o costruttiva in conferenza di servizi anche di amministrazioni preposte ad interessi sensibili. Sennonché, tale tabù è stato già infranto a partire dal 2010, con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122. Sia consentito rinviare sul tema a F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 6, 625 ss. spec. 643-652.

<sup>43</sup> Il Collegio cita sul punto: Cons. Stato, Sez. VI 21 novembre 2016, n. 4843; Cons. Stato, Sez. VI 15 maggio 2017, n. 2262; Cons. Stato, Sez. VI 17 marzo 2020, n. 1903; Cons. Stato, Sez. VI 16 giugno 2020, n. 3885; Cons. Stato, Sez. VI 5 ottobre 2020, n. 5831; Cons. Stato, Sez. VI 18 marzo 2021, n. 2358; Cons. Stato, Sez. VI 27 maggio 2021, n. 4096; Cons. Stato, Sez. IV 19 aprile 2021, n. 3145, tutte rinvenibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>44</sup> Afferma il Collegio che «[i]l testo della legge, specie quando formulata, come nel caso in esame, mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria; esso, come è stato autorevolmente osservato, rappresenta il punto fermo da cui occorre muovere nell'attività interpretativa e a cui, (all'esito del combinato ricorso a tutti gli altri canoni di interpretazione) è necessario ritornare. Ne consegue che il testo della legge costituisce, almeno nei casi come quello in esame, un limite insuperabile rispetto ad opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili».

lettera e della *ratio* del novellato art. 2, comma 8 *bis*, legge n. 241/1990, in base al quale «[l]e 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*, appare inequivocabile nell'affermare il principio (che non ammette eccezioni) secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto prive di carattere vincolante. Da ciò il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, fa discendere che non ci sia 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.

5. - *Considerazioni critiche sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato contraria all'applicabilità dell'art. 17 bis al procedimento di autorizzazione paesaggistica.* Pur rimanendo convinto dell'inapplicabilità dell'istituto del silenzio assenso tra amministrazioni al procedimento di autorizzazione paesaggistica *ex art. 146* del Codice, ritengo gli argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato, nelle sentenze passate in rassegna, per giungere a tale conclusione frutto di torsioni interpretative<sup>45</sup> pericolose per l'operatività dell'istituto stesso.

A me pare che la ragione dell'inapplicabilità dell'art. 17 *bis*, legge n. 241/1990, al procedimento disciplinato dall'art. 146 del Codice stia tutta – e solo – nel carattere speciale di tale disciplina, come tale non incisa dalla norma generale introdotta dalla riforma Madia, e ciò per il principio espresso dal brocardo: *lex specialis derogat generali*.

Come si tenterà di argomentare più diffusamente *infra*, l'art. 146 del Codice prevede già un meccanismo di semplificazione procedimentale, funzionale al superamento dell'inerzia della Soprintendenza, consentendo all'amministrazione procedente di prescindere dal parere di questa, decorso il termine per la relativa espressione. Si tratta di meccanismo del tutto analogo a quello introdotto in via generale dall'art. 17 *bis*: identica è la *ratio*: impedire che l'inerzia dell'amministrazione co-decidente arresti il procedimento; identica è la conseguenza del silenzio: il dovere dell'amministrazione procedente di prescindere dall'apporto dell'amministrazione interpellata. Ma, differentemente dall'operare del silenzio interamministrativo, la disciplina speciale posta dall'art. 146 consente di far salvo l'apporto tardivo della Soprintendenza.

L'orientamento contrario del Consiglio di Stato all'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica arriva alla medesima conclusione con percorsi argomentativi, però, tra di loro contraddittori<sup>46</sup>. Il carattere monostrutturato del procedimento di autorizzazione paesaggistica viene definito a volte riducendo il parere soprintendentizio a mero atto consultivo, proprio della fase istruttoria, a volte elevandolo a sostanziale provvedimento conclusivo del procedimento per il suo effetto vincolante, in una relazione verticale con l'istante.

In particolare, le argomentazioni della sentenza n. 4765/2020<sup>47</sup> non paiono condivisibili e tradiscono il tentativo di forzare la lettera e la *ratio* dell'art. 17 *bis* – e la stessa lettura fornite dal parere n. 1640/2016

<sup>45</sup> Parla di «*forzature argomentative*» P. MARZARO, *Il silenzio assenso e l'«infinito» della semplificazione. La scomposizione dell'ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 3, 558 ss., spec. 588-593.

<sup>46</sup> P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, cit., 67-68, rileva che questo processo di progressivo arretramento del Consiglio di Stato, rispetto alla linea originaria disegnata dal parere della Commissione speciale consultiva del 2016, sia frutto non di un assestamento su argomentazioni, diverse, condivise, «*bensi sia composto da un florilegio di letture differenti delle fattispecie interessate dall'applicazione del silenzio assenso tra amministrazioni*», tale da disorientare l'interprete, «*ma pare comunque sempre riconducibile ad un unico elemento ispiratore, che ne costituisce la natura profonda: l'imprescindibilità della tutela degli interessi sensibili ai sensi di un'ampia, indefinita, eppur sempre palpabile interpretazione costituzionalmente orientata della garanzia dell'interesse sensibile, che resiste in un suo nucleo fondamentale a qualsiasi spinta semplificatoria, sulle fondamenta di un propria risalente e profondamente strutturata giurisprudenza*».

<sup>47</sup> Riprese e condivise recentemente da Cons. Stato, Sez. IV 9 marzo 2023, n. 2487, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

– al solo fine di escludere l'applicabilità della norma all'autorizzazione paesaggistica.

È innanzitutto improprio il richiamo al parere della Commissione speciale, che si riferiva – dichiaratamente<sup>48</sup> – ai casi in cui l'istanza fosse veicolata dallo sportello unico o nei quali non vi fosse alcun apporto codecisorio dell'amministrazione proponente.

Non è questo certo il ruolo della Regione (o dell'ente dalla stessa delegato), così come delineato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004<sup>49</sup>.

Di ciò è d'altronde consapevole lo stesso giudice, che al punto 9 della sentenza in commento riconosce «l'effettiva natura pluristrutturata della procedura relativa all'autorizzazione paesaggistica», ritenendo però decisivo, al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 17 bis, l'essere il procedimento attivato ad istanza di una parte privata<sup>50</sup>.

Tale considerazione, però, prova troppo, in quanto vale ad escludere dall'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 17 bis, tutti i procedimenti ad istanza di parte, ancorché connotati da una fase decisoria pluristrutturata. Tant'è che autorevole dottrina individua in tale giurisprudenza la «giusta» precisazione che «l'art. 17 bis, pur essendo un istituto di carattere generale, non deve trovare applicazione nei procedimenti nei quali il rapporto intersoggettivo tra amministrazioni si inserisca in un procedimento ad istanza di parte, in quanto esso si presta a regolare esclusivamente i rapporti procedurali tra amministrazioni»<sup>51</sup>. Ne risulterebbe però così oltre modo ridimensionata la portata dell'istituto, applicabile ai soli procedimenti d'ufficio, senza che tale limitazione trovi un fondamento nella lettera e nella ratio della norma. Questa si riferisce a tutti i 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. È necessario, cioè, che il silenzio operi nel rapporto orizzontale tra amministrazioni pubbliche, essendo del tutto irrilevante che tale rapporto si innesti in un procedimento ad iniziativa di parte.

Né pare valga ad impedire tale conclusione l'argomento usato dalla dottrina citata, ovvero che questa condurrebbe sostanzialmente all'abrogazione dell'art. 20, comma 4, legge n. 241/1990<sup>52</sup>. Tale norma, infatti, si riferisce a fattispecie diversa, in cui l'amministrazione preposta alla cura dell'interesse sensibile è la stessa autorità decidente, che, in quanto sola a decidere, è indefettibile per la natura degli interessi che è tenuta a tutelare<sup>53</sup>. Invece, nella fattispecie delineata dall'art. 17 bis, l'amministrazione procedente è tenuta a valutare comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione interpellata in ipotesi rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso, una decisione conclusiva del procedimento che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> Così conclude il brano del parere citato: «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».

<sup>49</sup> Ed invero, il comma 5 della disposizione citata statuisce che sull'istanza di autorizzazione paesaggistica «si pronuncia la Regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente». Il comma 6 dispone che la Regione «esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi dei propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali»; quindi, il comma 7 dispone che la Regione, entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza «effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessata, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento».

<sup>50</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 4765/2020 cit., punto 9: «Nel caso di specie, non vi è dubbio che al di là della effettiva natura pluristrutturata della procedura relativa alla autorizzazione paesaggistica, lo stesso procedimento sia stato attivato ad istanza di una parte privata».

<sup>51</sup> M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2023, 13, 214.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte da G. SCIULLO, *Gli "interessi sensibili" in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 56 ss.

<sup>54</sup> Si veda Corte cost. 22 luglio 2021, n. 160, in *www.osservatorioagromafie.it*, che, con riferimento al silenzio ex art. 17 bis l.p.a. nell'ambito del procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica, afferma che «l'assenso del soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione procedente si forma per silentium, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il

L'altro argomento usato dalla sentenza in commento si fonda essenzialmente sulla (asserita) natura consultiva dell'apporto della Soprintendenza, il quale interverrebbe nella fase istruttoria del procedimento autorizzativo, ovvero, più precisamente, nella fase predecisionale<sup>55</sup>. Ciò renderebbe inapplicabile l'istituto di semplificazione disciplinato dall'art. 17 *bis*, il quale interviene nella fase decisoria del procedimento.

Si tratta di argomento che affonda le sue radici sulle considerazioni di autorevolissima dottrina circa la natura di «giudizio» e non di «atto di volizione» del parere vincolante<sup>56</sup>. Sennonché, in disparte la considerazione che altra autorevolissima dottrina<sup>57</sup> afferma il contrario, ritenendo – con l'avallo di consolidata giurisprudenza<sup>58</sup> – che i c.d. pareri vincolanti non sono pareri, ma atti di decisione, è proprio la disciplina

---

*procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall'ultima parte del citato comma 9 dell'art. 11 del d.p.r. n. 31 del 2017, secondo cui l'amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, "provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica". Ciò, in linea con il divieto stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che esclude radicalmente l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti verticali tra privati e pubbliche amministrazioni preposte alla tutela dei cosiddetti "interessi sensibili", tra cui, per quanto qui rileva, quelli relativi agli atti e ai procedimenti riguardanti "il patrimonio culturale e paesaggistico".*

<sup>55</sup> Rileva V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 804 ss. (810), che i pareri, a differenza delle valutazioni tecniche, si collocano nella fase successiva al completamento della fase istruttoria, ossia nella fase predecisionale. Si veda, nello stesso senso, M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 523 ss. (529), per la quale il parere, pur formalmente collocato all'interno dell'istruttoria, è più propriamente anello di congiunzione tra la fase c.d. «istruttoria in senso stretto», di acquisizione dei fatti e selezione degli interessi, e fase di assunzione della decisione.

<sup>56</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 162-163. L'insigne Maestro rilevava che sulla questione «ormai vecchia» della natura dei pareri vincolanti vi fossero opinioni di «non pochi autorevoli scrittori» che avevano ritenuto in tale istituto (definito da Ugo Forti «ibrido») snaturata «la stessa funzione consultiva propria dei pareri» (l'Autore cita sul punto Borsi, Vitta, Trentin, Cammeo, Zanobini e Ortolani per la qualificazione del parere vincolante come «atto complesso», e Donati e Forti per la qualificazione come «autorizzazione»). Mentre, per Navarra, il parere vincolante sarebbe da collegare all'istituto dei controlli, se successivo all'atto a cui si riferisce, e all'istituto dell'autorizzazione se invece lo precede). Sandulli riteneva, però, tali opinioni non conformi ai principi, non cogliendo l'essenza del fenomeno, rinvenibile nell'essere i pareri vincolanti, al pari dei pareri facoltativi e obbligatori, «pure e semplici dichiarazioni di giudizio». E così concludeva: «Che se poi l'organo attivo dovrà in tal caso, a differenza che negli altri, attenersi necessariamente, ove debba provvedere, al consiglio ricevuto, ciò deriva non dalla natura diversa dell'atto, ma piuttosto (...) dalla circostanza che la legge, per particolari ragioni di opportunità, così esige nella ipotesi specifica». Per tale tesi, oggi, M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 533.

<sup>57</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, II ed., Milano, 1988, 565. Si veda, nello stesso senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed. (aggiornata a cura di F. Fracchia), Milano, 2021, 429-430, il quale afferma che in una prospettiva sostanziale non sembra possa essere negato che un parere che non lasci nessuno spazio di scelta in capo all'organo di amministrazione attiva non esprime nessuna consulenza, ma pone in essere una decisione preliminare, sicché solo impropriamente può essere definito alla stregua di parere. Anche G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005, 631, afferma che il parere vincolante, assumendo natura decisoria, è espressione a tutti gli effetti di amministrazione attiva, e non consultiva. Affermano la natura decisoria del parere vincolante, inoltre, A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, 601 ss. (604); M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, 27 ss. (45, 56-57); A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, II ed., Milano, 2003, 1134, al quale si rinvia anche per un efficace sintesi delle tappe evolutive della scienza giuridica relativa alla natura del parere amministrativo (1131-1133). A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, 295; D. SORACE - S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, X ed., Bologna, 2021, 337; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 514 e V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 419-420, ritengono, invece, che i pareri vincolanti abbiano natura decisoria se vincolano anche l'an del provvedere e natura consultiva se lasciano libera l'amministrazione procedente di provvedere o meno, dovendosi però adeguare al parere nel caso provveda (pareri c.d. «conformi»).

<sup>58</sup> Si vedano, tra le tante, sulla natura co-decisoria del parere vincolante: Cons. Stato, Sez. VI 21 novembre 2016, n. 4843; Cons. Stato, Sez. VI 15 maggio 2017, n. 2262; Cons. Stato, Sez. VI 17 marzo 2020, n. 1903; Cons. Stato, Sez. VI 16 giugno 2020, n. 3885; Cons. Stato, Sez. VI 5 ottobre 2020, n. 5831; Cons. Stato, Sez. VI 18 marzo 2021, n. 2358; Cons. Stato, Sez. VI 27 maggio 2021, n. 4096; Cons. Stato, Sez. IV 19 aprile 2021, n. 3145 e Cons. Stato, Sez. IV 2 ottobre 2023, n. 8610, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In particolare, l'ultima sentenza citata ha limpidamente argomentato che «[i] pareri vincolanti (...) non possono essere disattesi dall'amministrazione. Per tale ragione, non pare possa essere negato, sulle orme della dottrina più autorevole, che, in una prospettiva sostanziale, un parere che, come quello in esame, non lasci nessuno spazio di scelta in capo all'organo di amministrazione attiva non esprime nessuna consulenza, ma pone in essere una decisione preliminare, sicché solo attecnicamente può essere definito alla stregua di "parere". Invero, anche dal punto di vista della collocazione in seno alla fattispecie procedimentale, dovrebbe concludersi che i pareri vincolanti determinano il contenuto della



particolare portata dall'art. 146 del Codice a far concludere per la natura decisoria del parere soprintendentizio<sup>59</sup>. Dispone, infatti, il comma 8 dell'articolo citato che il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990. È quindi la Soprintendenza a dover gestire il contraddittorio predecisorio con l'istante, indicando le ragioni del diniego e dando conto in motivazione delle ragioni che il privato non sia riuscito a superare con le sue osservazioni. Ora, è da ritenere che il legislatore, ponendo in capo all'organo ministeriale la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, presupponga la natura provvedimentale – e quindi decisoria – del relativo parere, disciplinando l'art. 10 *bis* citato il segmento finale dei procedimenti ad istanza di parte che si concludono con un provvedimento negativo. È da notare che il testo del comma 8 citato vigente prima delle modifiche introdotte con d.l. 13 maggio 2011, n. 70<sup>60</sup> disponeva che fosse l'amministrazione procedente a comunicare il preavviso di rigetto<sup>61</sup>. La novella legislativa si è evidentemente resa necessaria proprio per consentire alla Soprintendenza – co-autrice sostanziale del provvedimento – di curare la fase predecisoria, incidente – in ragione delle osservazioni del privato – sulla motivazione del provvedimento stesso.

Inoltre, la Soprintendenza non è neutrale rispetto all'assetto degli interessi definito dalla decisione finale sull'istanza di autorizzazione paesaggistica, condividendo con l'amministrazione procedente l'interesse «primario» da perseguire, nella ponderazione comparativa con gli altri interessi pubblici e privati in gioco<sup>62</sup>. All'interno del medesimo orientamento che esclude l'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica, la VI Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 7293/2022, ha invece desunto il carattere monostrutturato della stessa proprio dalla natura vincolante del parere della Soprintendenza, in quanto il provvedimento finale sarebbe sostanzialmente ascrivibile alla sola Soprintendenza, in caso di parere reso nei termini, ovvero alla sola amministrazione procedente, in caso di silenzio o parere soprintendentizio tardivo.

Tale conclusione, però, non tiene conto della norma che delinea l'autorizzazione paesaggistica come frutto di co-decisione tra amministrazione procedente e Soprintendenza, espressione dei poteri di cogestione del vincolo paesaggistico<sup>63</sup>. E ciò soprattutto all'esito delle modifiche introdotte all'art. 146 con il

---

*decisione finale, per cui bisognerebbe espungerli dal novero degli atti preparatori e ricondurli nell'ambito di quelli decisori o co-decisori. Con tutte le conseguenze del caso: in primo luogo, quella dell'imputazione degli effetti non solo all'organo o ente che emana l'atto finale ma anche al soggetto che ha espresso il parere».*

<sup>59</sup> In dottrina, per il carattere decisorio del parere della Soprintendenza, si veda V. MAZZARELLI, *La disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 157/2006*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1080 ss. (1080) e, più recentemente, P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022, 13-14.

<sup>60</sup> Convertito con modificazione dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

<sup>61</sup> La giurisprudenza che - ancora nel 2022 - afferma che, secondo l'indirizzo prevalente, «il procedimento scandito dal rilascio del parere ex art. 146 della l. n. 42 del 2004 rende inapplicabili le disposizioni dell'art. 10 bis in tema di preavviso di rigetto», si riferisce a pareri rilasciati prima della novella del 2011 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI 25 luglio 2022, n. 6573, *www.giustizia-amministrativa.it*).

<sup>62</sup> Ancorché, come ha rilevato la giurisprudenza, l'autorizzazione paesaggistica sia «espressione di un potere decisorio complesso, facente capo a due apparati diversi, che sono inevitabilmente esponenziali di prospettive, se non anche di interessi non perfettamente sovrapponibili» (così T.A.R. Campania - Napoli, Sez. IV 7 settembre 2012, n. 3812, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Ed inverso, nonostante l'art. 146, comma 6, disponga che la Regione esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali, in ragione della componente tecnica della funzione stessa, e consenta la delega a condizione che i destinatari della stessa dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia, tanto la Regione, quanto il Comune (il principale destinatario della delega), sono enti politici, rappresentativi degli interessi generali della comunità insediata nei rispettivi territori. Dal che una tendenziale diversa prospettiva tra amministrazione procedente e Soprintendenza, la prima più incline della seconda a concepire il territorio come oggetto di sviluppo e trasformazione, piuttosto che come bene da conservare.

<sup>63</sup> Mette in relazione la natura co-decisoria del parere vincolante soprintendentizio con il principio della necessaria compartecipazione paritetica tra Stato e autonomie territoriali che caratterizza la materia paesaggistica P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 13. L'Autore indica la genesi del principio nella dialettica - giuridica e politica - tra Stato e Regioni (e Comuni), sviluppatasi a

d.l. n. 70/2011 cit., le quali hanno imposto alla amministrazione precedente di trasmettere alla Soprintendenza, insieme alla documentazione presentata dall'interessato, accompagnata con una relazione tecnica illustrativa, anche una «*proposta di provvedimenti*»<sup>64</sup>; ciò che implica che l'amministrazione precedente debba aver concluso l'istruttoria e all'esito della stessa deve proporre alla Soprintendenza il *provvedimento* (necessariamente motivato) da adottare.

Questo segmento procedimentale è stato ben rappresentato, nella sua complessità, dalla sentenza della IV Sezione n. 8610/2023, laddove ha evidenziato che l'amministrazione precedente redige, all'esito delle proprie valutazioni, non una mera sintesi delle risultanze istruttorie, bensì un «*vero e proprio progetto di decisione*», che viene sottoposto nella sua articolazione (comprensiva del segmento istruttorio e di quello decisorio) alle valutazioni della Soprintendenza<sup>65</sup>.

Si riflette, in buona sostanza, nel procedimento di autorizzazione paesaggistica la (leale) cooperazione tra Stato e Regione<sup>66</sup> che – ai sensi dell'art. 135 del Codice<sup>67</sup> – deve sostanziare la pianificazione paesaggistica. Tant'è che, a norma del quinto comma dell'art. 146, il parere della Soprintendenza non è più vincolante ma solo obbligatorio – e quindi il provvedimento di autorizzazione diviene monostrutturato – quando, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati e della positiva verifica da parte del Ministero dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, la copianificazione ha esaurito il proprio compito.

E non è senza significato, in questa prospettiva, che il secondo comma dell'art. 146 prescriva ai soggetti interessati di presentare il progetto degli interventi, corredato dalla documentazione richiesta, alle «*amministrazioni competenti*» (al plurale), ovvero – è da ritenere – sia alla Regione o ente della stessa delegato e alla Soprintendenza.

Più forte è l'altro argomento usato dalla sentenza per sostenere la non sovrapposibilità dei due schemi procedurali: ovvero che il procedimento previsto dall'art. 17 *bis*, nel caso l'amministrazione interpellata esprima il proprio avviso, non imporrebbe all'amministrazione precedente di adeguarsi, essendo anzi prevista una apposita disciplina per l'ipotesi di mancato accordo tra amministrazioni statali. E però, si tratta di argomento che, se vale a ricomprendere nello schema procedimentale delineato dall'art. 17 *bis* gli atti di assenso non vincolanti delle amministrazioni interpellate, non vale – per ciò solo – ad escludere

---

partire dagli anni '70 del secolo scorso e che ha avuto il suo culmine nell'accordo Stato-Regioni del 2001 sull'esercizio dei poteri in materia di paesaggio, trovando poi il suo precipitato normativo nel codice del 2004 (p. 15).

<sup>64</sup> Anche la precedente versione del sesto comma dell'art. 146 disponeva che l'amministrazione competente, entro il termine di quaranta giorni dalla data di ricezione dell'istanza, trasmettesse al soprintendente la «*proposta di rilascio o di diniego dell'autorizzazione*», corredata dal progetto e dalla relativa documentazione, dandone comunicazione agli interessati. Il testo introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. s), del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, il quale prescriveva all'autorità competente di trasmettere al soprintendente (solo) la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, ha fatto ritenere in dottrina che si fosse passati da una funzione propositiva ad una meramente istruttoria che si limita ad offrire all'autorità, cui è rimesso il vero potere decisionale, tutti gli elementi conoscitivi atti a fondare la propria deliberazione [cfr. F. CANGELLI, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 175 ss. (205)].

<sup>65</sup> Cons. Stato, Sez. IV n. 8610/2023 cit., punto n. 11.3 in diritto.

<sup>66</sup> Ancorché con riferimento alla disciplina all'epoca vigente, la Corte costituzionale ha affermato che «*la tutela del paesaggio e delle bellezze naturali è affidata ad un sistema di intervento pubblico basato su competenze statali e regionali che concorrono o si intersecano, in una attuazione legislativa che impone il contemperamento dei rispettivi interessi, con l'osservanza in ogni caso del principio di equilibrata concorrenza e cooperazione tra le due competenze, in relazione ai momenti fondamentali della disciplina stabilita a protezione del paesaggio*» (Corte cost. 25 ottobre 2000, n. 437, in *Foro amm.*, 2001, 6).

<sup>67</sup> L'art. 135 del d.lgs. n. 42/2004, rubricato «*Pianificazione paesaggistica*», stabilisce, al comma 1, che «*[l]o Stato e le Regioni assicurano che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono*»; che «*[a] tale fine le Regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: "piani paesaggistici"*»; e che «*[l]'elaborazione dei piani paesaggistici avviene congiuntamente tra Ministero e Regioni, limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal medesimo articolo 143*».

gli atti di assenso vincolanti. Ed invero, in entrambe le ipotesi siamo in presenza di una decisione pluristrutturata, ovvero di un atto di assenso che interviene su di una proposta di provvedimento: esattamente quanto richiede la norma introdotta dalla riforma Madia.

D'altronde, seguendo il ragionamento della sentenza in commento, l'operatività del silenzio interprocedimentale dovrebbe essere esclusa ogni qual volta sia richiesto all'amministrazione interpellata un assenso vincolante; in tutti questi casi, qualora non fosse previsto dalla relativa disciplina un meccanismo diverso di superamento dell'inerzia – diversamente da quanto avviene per l'autorizzazione paesaggistica con la previsione del silenzio devolutivo –, si avrebbe un arresto procedimentale non altrimenti superabile: proprio quello che in linea generale il legislatore – con l'art. 17 *bis* – ha inteso evitare.

Assai debole, infine, si rivela l'argomento di carattere sistematico usato dalla sentenza in commento, la quale non considera che il procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica è disciplinato con norma di rango regolamentare, che, in tanto può disporre l'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento stesso in quanto ciò è consentito dall'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, il cui comma 9 esclude che possa farsi ricorso agli artt. 19, comma 1, e 20, comma 4, della legge n. 241/1990, non anche all'art. 17 *bis* della stessa legge. Anzi, l'«effetto utile» del richiamo esplicito a tale ultimo articolo sta proprio nell'eliminare ogni dubbio sull'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica.

D'altronde, il procedimento semplificato ha, sia pur con termini abbreviati, la medesima struttura di quello disciplinato dall'art. 146<sup>68</sup>; e ciò contraddice la tesi principale della sentenza in commento dell'incompatibilità di tale struttura con lo schema delineato dall'art. 17 *bis*: questo trova dichiaratamente applicazione anche ai pareri vincolanti<sup>69</sup>.

**6. - L'inapplicabilità dell'art. 17 bis al procedimento di autorizzazione paesaggistica per il principio di specialità.** L'argomento di fondo della sentenza n. 8610/2023 della IV Sezione è che la struttura del procedimento di autorizzazione paesaggistica sia perfettamente sovrapponibile allo schema delineato in via generale dall'art. 17 *bis* della l.p.a. Da qui la conclusione che non vi sia ragione per escludere la formazione del silenzio interprocedimentale nel procedimento di autorizzazione paesaggistica.

Ora, per quanto abbia tentato sin qui di confutare la tesi – nelle sue diverse formulazioni – della non compatibilità della struttura del procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 con lo schema delineato dall'art. 17 *bis*, ritengo la premessa maggiore del sillogismo operato dalla sentenza in commento non condivisibile. Ed invero, pur avendo i due schemi procedimentali la medesima struttura, diverse sono le conseguenze che – in funzione di semplificazione – le due norme riconnettono all'inerzia dell'amministrazione interpellata. Detto in altri termini, i due schemi differiscono solo per la modalità di

---

<sup>68</sup> L'art. 11, comma 5, del d.p.r. 13 febbraio 2017, n. 31, dispone che entro il termine tassativo di venti giorni dal ricevimento dell'istanza ovvero, in caso di richiesta di integrazione documentale, dal ricevimento dell'ulteriore documentazione richiesta, l'amministrazione procedente trasmette alla Soprintendenza per via telematica, anche fornendo ove possibile le credenziali per l'accesso telematico agli atti e ai documenti necessari ai fini dell'istruttoria, una motivata proposta di accoglimento, unitamente alla domanda ed alla documentazione in suo possesso. Se anche la valutazione del soprintendente è positiva, questi, entro il termine tassativo di venti giorni dal ricevimento della proposta, esprime il proprio parere vincolante, per via telematica, all'amministrazione procedente, la quale adotta il provvedimento nei dieci giorni successivi. Quindi, il comma 9 del medesimo articolo dispone che, in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

<sup>69</sup> Lo stesso Consiglio di Stato, nel rendere il parere sulla proposta di regolamento, ha giudicato il riferimento all'art. 17 *bis* (introdotto con una modifica approvata in sede di Conferenza unificata), ha affermato che nel caso di specie «l'amministrazione proponente e la Soprintendenza rivestono, nell'ambito del procedimento in esame, il ruolo di enti cui spetta la "cogestione del vincolo" - come, peraltro, confermato anche dalla circostanza che il testo dell'art. 11, così come modificato a seguito della proposta della Conferenza unificata, prevede la possibilità per l'amministrazione di respingere l'istanza del privato, a seguito di una valutazione di merito, senza adire la Soprintendenza - con la conseguenza che l'applicazione al procedimento in esame della fattispecie del silenzio assenso tra amministrazioni appare conforme ai generali principi enucleati in materia da questo Consiglio di Stato» (cfr. Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, adunanza del 30 agosto 2016, n. 1404, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

superamento dell'inerzia dell'amministrazione interpellata, adottando sistemi diversi per conseguire il medesimo risultato: l'inerzia del soprintendente abilita (ed impone a) l'amministrazione procedente di provvedere comunque; l'inerzia dell'amministrazione interpellata nello schema procedimentale delineato dall'art. 17 *bis* equivale ad assenso.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8610/2023, qualifica il silenzio della Soprintendenza nel procedimento *ex art.* 146 come silenzio «devolutivo», affermando che la distinzione tra silenzio devolutivo e silenzio-assenso sta in ciò che, nel primo caso, l'autorizzazione paesaggistica viene imputata esclusivamente all'ente territoriale che l'ha rilasciata, mentre nel secondo caso è riconducibile (in co-decisione) a entrambe le amministrazioni. Si tratta di qualificazione sicuramente corretta, in quanto l'effetto del silenzio è «devolvere» all'amministrazione procedente il potere/dovere di provvedere. Però, se si guarda alle figure di silenzio – diverse dal silenzio significativo assenso/diniego – contemplate dal capo IV della legge generale sul procedimento amministrativo – dedicato alla semplificazione amministrativa –, è forse più appropriato definire l'inerzia del soprintendente silenzio «abilitante» – ovvero il meccanismo di semplificazione previsto dall'art. 16, comma 2<sup>70</sup>, per l'acquisizione dei pareri – onde tenerlo distinto dal silenzio «devolutivo», previsto dall'art. 17 per le valutazioni tecniche<sup>71</sup>.

Il meccanismo di semplificazione che abbiamo definito «silenzio abilitante», non equiparando l'inerzia all'atto di assenso, non consuma il potere dell'amministrazione interpellata, la quale può legittimamente adottare tardivamente il proprio atto. E non pare senza significato che il legislatore abbia utilizzato tale strumento semplificatorio nella disciplina dell'attività consultiva, riposando la ragione nella volontà di assicurare la semplificazione procedimentale garantendo comunque la possibilità dell'apporto, sia pur tardivo, dell'organo consultivo all'istruttoria.

Per contro, il «silenzio assenso» consuma il potere dell'amministrazione interpellata, rendendo l'atto tardivo illegittimo e, nelle ipotesi contemplate dall'art. 2, comma 8 *bis*, inefficace.

Quindi, l'art. 17 *bis* l.p.a. e l'art. 146 del Codice dei beni culturali e paesaggistici prevedono due distinti meccanismi di semplificazione. Il rapporto tra le fattispecie delle due norme è di genere/specie: l'art. 17 *bis* disciplina in generale il procedimento di formazione di una decisione bi-strutturata, alla quale partecipi, oltre la procedente, una sola altra amministrazione, stabilendo con finalità di semplificazione i termini perentori di intervento di questa e le conseguenze della sua inerzia; l'art. 146 disciplina uno speciale procedimento di formazione di una decisione bi-strutturata, stabilendo anch'esso termini perentori di intervento dell'amministrazione interpellata, ma risolvendo diversamente il tema dell'inerzia di quest'ultima. La seconda norma è speciale perché dispone – per una fattispecie inclusa nel campo di applicazione di una norma generale – una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale<sup>72</sup>. È vero che il criterio di composizione delle antinomie cosiddetto «di specialità» non è previsto in generale da alcuna norma positiva ed è frutto di costruzione giuridica<sup>73</sup> e che di due norme si può dire che siano in tale rapporto solo ad interpretazione avvenuta, tanto da potersi affermare che tra le due norme vi sia una antinomia solo apparente. Ed infatti, la Corte costituzionale ha affermato che «[n]ell'ipotesi di successione di una legge generale ad una legge speciale, non è vera in assoluto la massima che *lex posterior generalis non derogat priori specialis*: giacché i limiti del detto principio vanno, in effetti, di volta in volta, sempre verificati alla stregua dell'intenzione del legislatore. E non è escluso che in concreto l'interpretazione della *voluntas legis*, da cui dipende la soluzione dell'indicato problema di successione di norme, evidenzia una latitudine della legge generale posteriore, tale da non tollerare

<sup>70</sup> Così come modificato dall'art. 12, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120. Per un giudizio critico della riforma dell'art. 16 si veda C. VIDETTA, *La riforma dell'art. 16 della l. n. 241/1990 del d.l. 76/2020: verso la definitiva dequotazione della funzione consultiva all'interno del procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 1, 116 ss.

<sup>71</sup> A. PAJNO, *Legge n. 241/1990, corpi tecnici e attività consultiva*, in A. BARTOLINI - T. BONETTI - B. MARCHETTI - B.G. MATTARELLA - M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 259 ss. (264), parla, con riferimento a tali tipologie di silenzio contemplate dal legislatore, di comportamento cui corrisponde «l'introduzione di una diversa organizzazione del procedimento».

<sup>72</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 117 ss.

<sup>73</sup> Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 117.



*eccezioni, neppure da parte di leggi speciali: che restano, in tal modo, tacitamente abrogate*<sup>74</sup>.

Ma è proprio l'interpretazione sistematica dell'art. 146 che fa concludere per la sua specialità rispetto alla norma generale di cui all'art. 17 *bis*, in quanto la soluzione semplificatoria individuata dalla prima norma è, da un lato, coerente con i principi che informano la tutela paesaggistica nel nostro ordinamento, dall'altro, compatibile con l'intento di semplificazione che ha motivato l'introduzione della seconda.

Ed infatti, il silenzio abilitante, se consente di porre rimedio all'inerzia della Soprintendenza, non impedisce a quest'ultima, anche dopo la scadenza del termine – sia pur per un tempo limitato, e comunque fino all'adozione del provvedimento finale – di assicurare il proprio apporto privo di effetti vincolanti<sup>75</sup>. Per contro, proprio la novella valorizzata dal Consiglio di Stato, rendendo inefficaci gli atti tardivi dell'amministrazione interpellata, se applicata al procedimento di autorizzazione paesaggistica, vanificherebbe, senza un significativo vantaggio in termini di semplificazione procedimentale, il contributo che la Soprintendenza può offrire alla formazione del provvedimento, privando il procedimento del confronto (in questo caso, davvero) dialettico tra amministrazione regionale e statale.

La soluzione semplificatoria adottata dall'art. 146 è anche la più coerente (o la meno contraddittoria) con la qualificazione ad opera della Corte costituzionale della tutela paesaggistica come «*valore unitario prevalente e a concertazione rigorosamente necessaria*»<sup>76</sup>. Come osservato in dottrina, «*è stato lo stesso art. 146 a governare a monte i meccanismi della cooperazione tra gli enti, imponendo all'autorità procedente di provvedere; fino a che ciò non avvenga, però, il principio di concertazione rigorosamente necessaria secondo lealtà le impone di tenere conto del parere tardivo, che, per le stesse ragioni di specialità, non potrebbe dirsi altresì inefficace*»<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Corte cost. 19 febbraio 1976, n. 29, in *Giur. cost.*, 1976, 105. Si veda anche Cons. Stato, Ad. plen. 27 luglio 2016, n. 17, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), laddove rammenta che «*la giurisprudenza ha convenuto che il principio lex posterior generalis non derogat priori speciali - che ha la sua ragione nella migliore e più adeguata aderenza della norma speciale alle caratteristiche della fattispecie oggetto della sua previsione - non può valere, e deve quindi cedere alla regola dell'applicazione della legge successiva allorché dalla lettera e dal contenuto di detta legge si evince la volontà di abrogare la legge speciale anteriore o allorché la discordanza tra le due disposizioni sia tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva (es. Cass., *Law.*, 20 aprile 1995, n. 4420); e "il canone interpretativo di cui si tratta, del resto non specificamente positivizzato nell'ordinamento giuridico, non corrisponde quindi ad un principio superiore ed inderogabile (...), ma è solo un criterio orientativo, pur suffragato dalla tradizione, di temperamento del primato che in omaggio al criterio cronologico occorre riconoscere alla lex posterior. La sopravvivenza della lex prior specialis in tanto può essere affermata, perciò, in quanto non debba venir esclusa alla luce di una corretta interpretazione della lex posterior, dal modo di essere della quale dipende, in definitiva, l'applicabilità o meno in concreto del canone stesso"* (Cons. Stato, V, 17 luglio 2014, n. 3823)».

<sup>75</sup> Come riferisce la stessa sentenza, «*il potere della Soprintendenza di esprimere il suo parere non si consumava automaticamente allo scadere del termine di 45 giorni per essa previsto, ma solo nel momento in cui il Comune chiudevà il procedimento con l'adozione della formale autorizzazione paesaggistica, ragion per cui il parere ministeriale "tardivo" non era né nullo, né annullabile, ma perdeva solo la sua efficacia vincolante, degradando a mero parere obbligatorio, che doveva però come tale essere comunque preso in considerazione dal Comune che non avesse ancora provveduto, con conseguente obbligo motivazionale specifico in caso di diverso avviso*».

<sup>76</sup> Corte cost. 17 novembre 2020, n. 240, in [www.cosservatorioagromafie.it](http://www.cosservatorioagromafie.it).

<sup>77</sup> P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, cit., 478. L'Autrice, che ha sostenuto in precedenti scritti, l'applicabilità dell'art. 17 *bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica, apre, in considerazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato prevalentemente negativa sul punto, ad una riconsiderazione del tema in ragione della specialità della materia della tutela paesaggistica, nella quale ruolo centrale ha la necessaria concertazione tra Stato e Regione secondo canoni di leale collaborazione. Tale specialità potrebbe - ma il giudizio pare rimanere sospeso - rappresentare la ragione dell'incompatibilità del silenzio assenso endoprocedimentale in materia paesaggistica. Sembra aprire a tale soluzione anche G. SCIULLO, *Gli "interessi sensibili" in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, cit., 61, laddove afferma che in caso di silenzio del soprintendente «*se non si applicasse per ragioni di specialità la disciplina dell'art. 146, comma 9, primo periodo, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, opererebbe l'art. 17 bis*». M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, cit., 214-215 segnala - mostrando di condividere l'arresto - che «*[s]econdo la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato la presenza di una legislazione speciale, contenuta all'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, rende inapplicabile la disciplina generale dell'art. 17 bis della legge n. 241/1990*». L'Autrice cita sul punto Cons. Stato, Sez. IV n. 2640/2021 cit., che afferma che sull'assetto di competenze definito dal d.lgs. n. 42/2004 non incide «*il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'articolo 17 bis della legge n. 241/1990. Quest'ultimo - come detto - vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "procedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti 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*». Più esplicito, nell'affermare l'inapplicabilità del silenzio interprocedimentale al procedimento di autorizzazione paesaggistica

La dottrina appena citata indica anche la disposizione del Codice dei beni culturali e del paesaggio a cui ancorare questo rapporto di specialità: l'art. 183, comma 6, secondo cui «*Le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe ai principi del presente decreto legislativo se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni*». Tale norma, pur diretta nei confronti del legislatore – non vincolandolo, non avendo valore costituzionale –, non dovrebbe essere disattesa dall'interprete, il quale non può ritenere abrogata tacitamente una norma del Codice espressiva di un principio. Il meccanismo di semplificazione disciplinato dall'art. 146, comma 8, rappresentando – come si è tentato di argomentare – il punto di equilibrio e mediazione tra il principio di necessaria cogestione del vincolo, che pervade l'intero Codice, e le esigenze di semplificazione, è espressivo del bilanciamento operato dal legislatore tra principi diversi e, come tale, non derogabile tacitamente. D'altronde, non mi pare – contrariamente a quanto affermato da autorevole dottrina<sup>78</sup> – che la modifica apportata all'art. 2 l.p.a. dall'art. 12, comma 1, lett. a), n. 2, d.l. n. 76/2020 privi di spazi seri la strada della sopravvivenza della norma speciale anteriore. La nuova disposizione non è affatto «*volutamente onnicomprensiva*», sanzionando con l'inefficacia le determinazioni tardive rispetto ai termini imposti da disposizioni specifiche, puntualmente indicate<sup>79</sup>.

È da ritenere, quindi, che, per il principio di specialità, l'art. 17 *bis* della l.p.a. non abbia abrogato tacitamente l'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nella parte in cui riconnette un effetto abilitante all'inerzia della Soprintendenza<sup>80</sup>.

---

per la specialità della relativa disciplina è stato il T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII 19 luglio 2021, n. 4971 e Sez. VI 10 agosto 2020, n. 3561, il quale ha affermato che la «*violazione del termine ex lege contemplato per l'apporto consultivo della Soprintendenza non integra una fattispecie di silenzio significativo ai sensi dell'art. 17 bis. E ciò, anzitutto, in ragione della natura speciale della disciplina foggata all'art. 146 del d.lgs. 42/04, frutto della peculiare significanza e pregnanza che la tutela dell'interesse ambientale e paesaggistico riveste nel nostro ordinamento, in ossequio alla quale l'inutile decorso dello spatium temporis che connota la scansione del procedimento: - non assume (tacita) significanza provvedimentale; - costituisce, per contro e al più, fatto devolutivo della competenza (c.d. "silenzio devolutivo"), non arrestando il procedimento*».

<sup>78</sup> P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 19, afferma che non «*ci siano spazi seri, stante la formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova norma, per tentare la strada della sopravvivenza della norma speciale anteriore*».

<sup>79</sup> Dispone l'art. 2, comma 8 *bis*, l.p.a.: «*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*».

<sup>80</sup> Si richiama, per evidenti analogie, la decisione Cons. Stato, Ad. plen. 27 luglio 2016, n. 17, che, in ragione del principio di specialità, ha ritenuto non abrogata tacitamente dall'art. 20, comma 4, l.p.a., la previsione dell'art. 13 (Nulla osta), comma 1 (e 4), l. 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) secondo cui «*decorso inutilmente*» il termine di sessanta giorni dalla richiesta di nulla osta per concessioni o autorizzazioni relative a interventi «*il nulla osta si intende rilasciato*». L'adunanza plenaria, operando un'interpretazione sistematica, ha ritenuto che l'art. 13, legge n. 394 del 1991 abbia disposto una particolare strutturazione del procedimento, comunque in grado di garantire la piena tutela dell'interesse protetto, in quanto il nulla osta dell'ente parco è provvedimento a basso tasso discrezionalità, avendo ad oggetto la previa verifica di conformità dell'intervento con le disposizioni del piano per il parco (che - a norma dell'art. 12 - persegue la tutela dei valori naturali ed ambientali affidata all'Ente parco) e del regolamento del parco (che - a norma dell'art. 11 - disciplina l'esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco), ovvero degli atti generali che rappresentano gli strumenti essenziali e indefettibili della cura dell'interesse naturalistico e ambientale in ragione della quale è istituito il parco con il suo speciale regime di tutela e di gestione.