

SILENZIO: Autorizzazione amministrativa - Autorizzazione paesaggistica - Silenzio assenso - 17 bis l. 241/1990.

Tar Campania - Salerno, Sez. II, 2 novembre 2022, n. 2896

“[...] il parere della Soprintendenza risulta emesso ben dopo il decorso dei 45 giorni previsti dall’art. 146, comma 8, del D.lgs. n. 42/2004, decorrenti, nella specie concreta, dal 17.05.2022: data in cui tutti la documentazione completa è pervenuta all’attenzione della Soprintendenza [...].

Secondo il ricorrente, a tale ritardo consegue la formazione del silenzio assenso, di cui all’art. 17-bis della legge n. 241/1990.

In merito all’applicabilità della norma testé indicata alla fattispecie regolata dall’art. 146 del D.lgs. n. 42/2004 sussiste un articolato contrasto nella giurisprudenza amministrativa, laddove sono riscontrabili due, se non addirittura tre orientamenti [...].

Comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l’art. 17-bis si attaglia ai soli procedimenti c.d. “orizzontali”, ossia con fase decisoria pluristrutturata.

La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di un potere decisorio sostanziale.

Al contrario, nel caso in cui un’amministrazione abbia un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l’istanza all’altra amministrazione, unica decidente, la decisione risulta mono-strutturata ed il beneficiario del provvedimento va individuato nel solo soggetto privato (procedimento c.d. “orizzontale”).

Ciò premesso, il filone negativo all’operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della P.A. procedente. Il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza è dunque meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria, ma quella istruttoria.

Viene rimarcata, inoltre, l’estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di “ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi”, atteso che il parere è “atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica”, in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica “deve essere ... tecnico e proprio del caso concreto”.

Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace. Esso però non vincola la P.A. procedente, alla quale tocca tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici [...].

Tanto, in applicazione del comma 9 dell'art. 146, in base al quale, “decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”: norma non espressamente abrogata dall'art. 17-bis della legge n. 241/1990, la quale istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso.

Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili all'art. 17-bis, è stato più recentemente assunto dalla Sezione VI [...].

Preliminarmente, la decisione in rassegna nega che esistano ragioni di natura sostanziali per negare che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento “principale” sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disegnata dall'art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17-bis».

L'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria è, viceversa, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui «l'amministrazione competente», cioè la regione o l'ente delegato, “provvede comunque”: dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta ad adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato».

Ora, «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 procedente adottasse il provvedimento finale “in conformità”: in tal caso, “in conformità” alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi».

Tanto, induce a ritenere 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 procedente è tenuta a provvedere “comunque” e non “in conformità”».

Ciò nondimeno, la sentenza ha osservato che «dal punto di vista pratico cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso ex art. 17-bis, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5799 dell'11

dicembre 2017); l'amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo».

Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza.

Ulteriori considerazioni vengono espresse, nella medesima decisione, riguardo alla fattispecie di silenzio assenso per le opere minori, contenuta nell'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017.

In tale ipotesi, invero, «la formazione del silenzio assenso "endoprocedimentale" [si verifica] solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla "amministrazione procedente", rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo».

Di conseguenza, «il silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017 deve ritenersi impedito dal fatto che la Soprintendenza, prima che si formi il silenzio assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della Soprintendenza), notifici motivi ostativi all'accoglimento ai sensi dell'art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l'obbligo per il Soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso dal Soprintendente. Pertanto:

(i) se il parere negativo definitivo del Soprintendente pervenga entro il termine indicato dall'art. 11, comma 7, sarà vincolante per l'amministrazione procedente;

(ii) se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della Soprintendenza, e a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto.

(iii) il parere tardivo emesso dalla Soprintendenza, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del D.P.R. n. 31/2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi, quando sia stato preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali – come precisato – impediscono la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio-assenso;

(iv) il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del Soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio assenso ex art. 17-bis».

Esiste, infine, un terzo orientamento, di segno positivo “senza condizioni” all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso al parere della Soprintendenza, che muove dalla considerazione per cui 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.

A tali pareri, si applica 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.

Dunque, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-bis consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso [...].

Altre sentenze, infine, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'art. 17-bis, definiscono il parere della Soprintendenza “espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico” [...], “nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza” [...].

Tanto esposto, il collegio, conformemente ad un orientamento oramai consolidato, aderisce al primo orientamento, ossia quello contrario all'applicabilità dell'art. 17-bis al parere paesaggistico.

Donde, il parere impugnato, in quanto reso tardivamente, è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. precedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici [...].”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per Le Province di Salerno e Avellino e di Ministero della Cultura Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2022 il dott. Nicola Durante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Il ricorrente impugna: a) il diniego di autorizzazione paesaggistica n. 16962 del 30.08.2022, adottato dal Comune di Castellabate, sull'istanza depositata dal ricorrente in data 21.01.2022 ai fini della realizzazione di un intervento di "ristrutturazione edilizia con demolizione e ricostruzione ed ampliamento volumetrico del 35%" in frazione Santa Maria; b) il presupposto parere contrario n. 18889 del 29.08.2022, reso dalla Soprintendenza ai beni paesaggistici delle Province di Salerno ed Avellino.

Il ricorso può essere deciso con sentenza in forma semplificata.

Occorre partire dal dato di fatto per cui il parere della Soprintendenza risulta emesso ben dopo il decorso dei 45 giorni previsti dall'art. 146, comma 8, del D.lgs. n. 42/2004, decorrenti, nella specie concreta, dal 17.05.2022: data in cui tutta la documentazione completa è pervenuta all'attenzione della Soprintendenza.

Questa, infatti, ha comunicato i motivi ostativi solo in data 11.07.2022, e cioè trascorsi 55 giorni dal ricevimento della detta documentazione.

Secondo il ricorrente, a tale ritardo consegue la formazione del silenzio assenso, di cui all'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990.

In merito all'applicabilità della norma testé indicata alla fattispecie regolata dall'art. 146 del D.lgs. n. 42/2004 sussiste un articolato contrasto nella giurisprudenza amministrativa, laddove sono riscontrabili due, se non addirittura tre orientamenti.

Comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l'art. 17-*bis* si attaglia ai soli procedimenti c.d. "orizzontali", ossia con fase decisoria pluristrutturata.

La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di un potere decisorio sostanziale.

Al contrario, nel caso in cui un'amministrazione abbia un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l'istanza all'altra amministrazione, unica decidente, la decisione risulta mono-strutturata ed il beneficiario del provvedimento va individuato nel solo soggetto privato (procedimento c.d. "orizzontale").

Ciò premesso, il filone negativo all'operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della P.A. procedente. Il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza è dunque meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria, ma quella istruttoria.

Viene rimarcata, inoltre, l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di "ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi", atteso che il parere è "atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica", in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica "deve essere ... tecnico e proprio del caso concreto".

Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace. Esso però non vincola la P.A. procedente, alla quale tocca tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; *idem*, 29 marzo 2021, n. 2640; *idem*, 7 aprile 2022, n. 2584).

Tanto, in applicazione del comma 9 dell'art. 146, in base al quale, "decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione": norma non espressamente abrogata dall'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990, la quale istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso.

Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili all'art. 17-*bis*, è stato più recentemente assunto dalla Sezione VI (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098).

Preliminarmente, la decisione in rassegna nega che esistano ragioni di natura sostanziali per negare che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all'art. 17-*bis*, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento "principale" sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disegnata dall'art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso *ex art. 17-bis*».

L'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria è, viceversa, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui «l'amministrazione competente», cioè la regione o l'ente delegato, "provvede comunque": dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta ad adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato».

Ora, «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 procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi».

Tanto, induce a ritenere 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 procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"».

Ciò nondimeno, la sentenza ha osservato che «dal punto di vista pratico cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso *ex art. 17-bis*, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5799 dell'11 dicembre 2017); l'amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo».

Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza.

Ulteriori considerazioni vengono espresse, nella medesima decisione, riguardo alla fattispecie di silenzio assenso per le opere minori, contenuta nell'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017.

In tale ipotesi, invero, «la formazione del silenzio assenso "endoprocedimentale" [si verifica] solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla "amministrazione procedente", rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo».

Di conseguenza, «il silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017 deve ritenersi impedito dal fatto che la Soprintendenza, prima che si formi il silenzio assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della Soprintendenza), notifichi motivi ostativi all'accoglimento ai sensi dell'art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l'obbligo per il Soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso dal Soprintendente. Pertanto:

- (i) se il parere negativo definitivo del Soprintendente pervenga entro il termine indicato dall'art. 11, comma 7, sarà vincolante per l'amministrazione procedente;
- (ii) se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della Soprintendenza, e a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto.

(iii) il parere tardivo emesso dalla Soprintendenza, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del D.P.R. n. 31/2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi, quando sia stato preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali – come precisato – impediscono la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio-assenso;

(iv) il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del Soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio assenso ex art. 17-*bis*».

Esiste, infine, un terzo orientamento, di segno positivo “senza condizioni” all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso al parere della Soprintendenza, che muove dalla considerazione per cui 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.

A tali pareri, si applica 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.

Dunque, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-*bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso (cfr. Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; *idem*, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; *idem*, sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; *idem*, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255).

Altre sentenze, infine, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'art. 17-*bis*, definiscono il parere della Soprintendenza “espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; *idem*, 18 marzo 2021, n. 2358; *idem*, 19 marzo 2021 n. 2390), “nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145).

Tanto esposto, il collegio, conformemente ad un orientamento oramai consolidato, aderisce al primo orientamento, ossia quello contrario all'applicabilità dell'art. 17-*bis* al parere paesaggistico.

Donde, il parere impugnato, in quanto reso tardivamente, è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici.

Da tale paradigma discendono, pertanto, due conseguenze:

- a) l'impugnativa del parere contrario tardivo è manifestamente inammissibile, stante la sua natura non vincolante e, quindi, meramente endoprocedimentale;
- b) l'impugnativa del diniego comunale è manifestamente fondata, stante la carenza, nella motivazione dell'atto, di un'autonoma valutazione sugli aspetti paesaggistici, la quale, in mancanza di un presupposto parere vincolante, si palesa doverosa.

La natura formale della decisione consente di compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile; lo accoglie nel resto e, per l'effetto, annulla il diniego di autorizzazione paesaggistica n. 16962 del 30.08.2022.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente, Estensore

Olindo Di Popolo, Consigliere

Laura Zoppo, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO