

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – SILENZIO-ASSENSO: Cons. Stato, Sezione Sesta, Sentenza 16 agosto 2024, n. 7774, in Urbanistica e Appalti n. 3/2023 pag. 739: “Le trappole delle semplificazioni: il silenzio-assenso”, di C. Commandatore.

- 1. -Procedimento amministrativo -Silenzio/assenso -Ratio e finalità -Individuazione.**
- 2. -Procedimento amministrativo -Silenzio/assenso -Verifica dei presupposti e dei requisiti per l’attribuzione del bene richiesto -Obbligo di puntuale ed esaustiva istruttoria -Sussiste.**
- 3. -Procedimento amministrativo -Silenzio/assenso -Obbligo di corredare l’istanza di tutti gli elementi necessari a consentire l’accertamento della spettanza del bene della vita -Sussistenza.**
- 4. -Procedimento amministrativo -Silenzio/assenso -Assenza di tutti gli elementi necessari a consentire l’accertamento della spettanza del bene della vita -Formazione del silenzio-assenso -Impossibilità.**

1. Il silenzio assenso costituisce una figura centrale e, in ambito eurounitario, la direttiva 2006/123/CE sui “servizi nel mercato interno” (c.d. direttiva Bolkenstein), al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall’incertezza giuridica, anche sotto il profilo dell’incertezza temporale, delle procedure amministrative, ha operato nella duplice direzione di limitare il regime della previa autorizzazione (liberalizzazione), in cui il conseguimento del bene della vita non costituisce più oggetto di potere amministrativo, come nella scia, e di introdurre il principio della tacita autorizzazione, ovvero la regola del silenzio assenso (semplificazione), vale a dire la possibilità di esternare la volontà provvedimentoale con forme diverse dal provvedimento espresso.

2. La formazione di un provvedimento implicito di assenso in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell’istanza non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente, che deve ugualmente svolgere, proprio come nell’ipotesi in cui fosse obbligata all’adozione di un provvedimento espresso, una puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l’attribuzione del bene richiesto.

Peraltro, l’amministrazione pubblica competente, effettuati i dovuti e necessari accertamenti, può decidere, in luogo dell’adozione di un provvedimento espresso, di far formare un provvedimento tacito.

Tale è la fisiologia del procedimento amministrativo ove sia presentata un’istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio assenso.

3. Va da sé che, per l’espletamento di una efficace istruttoria, l’istanza debba essere corredata da tutti gli elementi necessari a consentire l’accertamento della spettanza del bene della vita, per cui il silenzio assenso può formarsi solo in tale ipotesi, nel qual caso l’eventuale discrasia della fattispecie rispetto al modello legale di riferimento determina l’illegittimità dell’atto tacito, ma non ne impedisce il venire ad esistenza.

L’opzione ermeneutica più idonea alla tutela degli interessi in conflitto, in altri termini, deve essere individuata nel fatto che l’assenso tacito si forma allorché sulla domanda, se corredata di tutti gli elementi occorrenti alla valutazione della P.A., sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre non può essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento.

4. Diversamente, ove l’istanza non sia stata corredata da tutta la documentazione necessaria, in modo tale che l’amministrazione destinataria sia stata impossibilitata a svolgere il detto accertamento di spettanza del bene, il silenzio assenso non può formarsi, per cui si avrà un’ipotesi di inesistenza dello stesso e non di sua illegittimità.

In tale direzione, militano sia la *ratio* del sistema, atteso che, come sottolineato, il concetto di semplificazione amministrativa non coincide con quello di deresponsabilizzazione amministrativa, ma, anzi ne è l’esatto opposto, tutelando l’esigenza di certezza delle posizioni giuridiche dei

cittadini, ma non facendo affatto venire meno l'obbligo per l'amministrazione di accertare in fase istruttoria la presenza dei presupposti e requisiti di legge necessari all'attribuzione del bene, sia il dato normativo letterale, in quanto l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990, dispone che, con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti.

In assenza di tale essenziale documentazione, infatti, la volontà provvedimento dell'Amministrazione precedente non può compiutamente formarsi e, di conseguenza, non può essere effettivamente manifestata né in forma espressa, né in forma tacita.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura e della Iaso Group S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2023, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati Paolo Lanzillotta e Luigi Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Marino, con l'ordinanza n. 298 del 1° dicembre 2020, ha ingiunto ai legali rappresentanti della Ia.So. Group Immobiliare s.r.l. e della Daser s.r.l. la demolizione dell'opera realizzata sul terreno sito in Marino, via della Repubblica, distinto in catasto al foglio 26, particella 1468, consistente in "una piattaforma in cemento armato delle dimensioni di circa m 7,00 per 7,00, interrata per uno spessore ancora da accertare ed affiorante fuori terra per circa cm 30,00 sulla quale è stato eretto un pilastro telescopico in ferro zincato, dell'altezza totale di mt 36,00 (30,00 al ballatoio più 6,00 di pennone), ad uso di supporto per una stazione radio base protetta per l'intero perimetro della piattaforma da una recinzione realizzata in pali e rete metallica di colore verde".

La Iaso Group Immobiliare s.r.l., con ricorso proposto dinanzi al Tar per il Lazio (R.G. n. 3253 del 2021), nel premettere di avere preso in locazione dalla società Daser, al fine di realizzarvi una stazione radio base, un'area sita in Marino, in zona di interesse archeologico ex art. 142, comma 1, lett. m), d.lgs n. 42 del 2004, e di avere intrapreso i relativi lavori dopo la formazione del silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione presentata in data 20 maggio 2019 ai sensi degli articoli 87 e 88 del d.lgs. n. 259 del 2003 (per la rete della società Iliad), ha impugnato la detta ordinanza di demolizione dell'opera realizzata sul terreno preso in locazione dalla società Daser; con successivo ricorso dinanzi al Tar per il Lazio (R.G. n. 2434 del 2022), la Iaso Group (di seguito anche Iaso), subentrata alla Iaso Group Immobiliare, e la Daser hanno impugnato il provvedimento del 16 dicembre 2021, con cui il Comune di Marino ha irrogato la sanzione pecuniaria di € 20.000,00 per la mancata ottemperanza all'ingiunzione n. 298 del 2020.

Il Tar per il Lazio, Sezione Seconda Quater, riuniti i ricorsi, con la sentenza n. 11096 dell'8 agosto 2022, ha accolto il ricorso R.G. n. 3253 del 2021 e, per l'effetto, ha annullato l'ordinanza n. 298 del 1° dicembre 2020 ed ha dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso R.G. n. 2434 del 2022.

Di talché, il Comune di Marino ha interposto il presente appello, con cui, ricostruito analiticamente il fatto, ha articolato i seguenti motivi di diritto:

Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 259 del 2003. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 20 della legge n. 241 del 1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 142, comma 1, lett. m), d.lgs. n. 42 del 2004. Violazione e falsa applicazione dei principi normativi in materia di silenzio assenso. Omesso esame dei documenti depositati in atti e delle eccezioni ritualmente sollevate dall'Amministrazione comunale.

La *ratio* della sentenza di primo grado, sulla base della quale è stato accolto il ricorso proposto dalla Iaso Group Immobiliare, sarebbe palesemente erronea, oltre che frutto di un'interpretazione non conforme al dettato normativo di cui agli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 259 del 2003 e della normativa vigente in materia di silenzio assenso.

Il giudice di primo grado avrebbe dovuto escludere la formazione del silenzio assenso per l'incompletezza della domanda presentata dalla Iaso in data 20 maggio 2019, oltre che per l'assenza della richiesta e della conseguente mancata emissione di pareri delle Autorità preposte alla tutela del patrimonio paesaggistico, atteso che l'abuso è stato realizzato in zona ex art. 142, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 42 del 2004.

L'Amministrazione comunale, nel primo grado di giudizio, avrebbe fornito la prova della totale incompletezza dell'istanza di autorizzazione congiunta presentata dalla Iaso in data 20 maggio 2019, tanto che la detta Società avrebbe presentato al Comune diverse integrazioni documentali (istanze del 17 febbraio 2020 e del 1° febbraio 2021) e tale istanza sarebbe stata altresì mancante degli atti autorizzativi propedeutici relativi all'autorizzazione dell'Ente Parco Regionale dell'Appia Antica, del Parco Archeologico dell'Appia Antica – MIBACT nonché dell'autorizzazione paesaggistica.

Di conseguenza, nessun silenzio assenso si sarebbe potuto formare nel caso in esame, atteso che, se è vero che la normativa applicata dal Tar prevede la formazione del silenzio assenso decorsi novanta giorni dalla presentazione dell'istanza, è altrettanto vero che la stessa presuppone, da un lato, che l'istanza sia completa, dall'altro, che gli organi competenti a rilasciare i pareri siano stati investiti di tale richiesta.

Nel caso di specie, la Iaso non solo non avrebbe presentato un'istanza completa, ma non avrebbe neanche menzionato l'esistenza dei vincoli sulla zona interessata dall'intervento e non avrebbe richiesto i doverosi pareri.

Dalla data del 19 maggio 2020, data di presentazione dell'istanza Iaso (ricevuta dal Comune il 20 maggio 2020), non sarebbe decorso il termine di novanta giorni, attesa l'incompletezza della domanda, ma sarebbe altresì intervenuta l'ordinanza di sospensione dei lavori, parificabile ad un provvedimento negativo.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che il silenzio assenso non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti ed i presupposti richiesti dalla legge per l'attribuzione del bene della vita richiesto, di modo che esso non si configura in difetto di completezza della documentazione.

Ad ogni buon conto, la Iaso sarebbe decaduta dalla realizzazione dell'opera, in ragione del decorso del termine perentorio di dodici mesi per la conclusione dell'opera decorrente dall'inizio dei lavori.

La centralità del paesaggio e la rilevanza della sua tutela tra i valori costituzionalmente garantiti sarebbero principi da sempre riconosciuti nell'ordinamento giuridico nazionale.

Se è vero che il codice delle telecomunicazioni risponde ad un'ottica di celerità e semplificazione amministrativa di derivazione comunitaria (Corte Cost. n. 336 del 2005), tale normativa dovrebbe essere letta in combinato disposto con le disposizioni della Costituzione, in cui assumono rilevanza i beni e gli interessi che, viceversa, nel caso in esame, sarebbero stati violati e pregiudicati.

Riproposizione di tutte le domande ed eccezioni sollevate dall'Amministrazione comunale nn esaminate o rimaste assorbite nel procedimento di primo grado.

In caso di accoglimento dell'appello, il Comune di Marino ha chiesto altresì di rigettare la domanda di annullamento del provvedimento prot. n. 75625 del 2021, di applicazione della sanzione amministrativa per inottemperanza all'ordine di demolizione, sia in ragione della carenza di legittimazione attiva della ricorrente, sia in quanto l'istanza ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 non implicherebbe la sospensione del procedimento sanzionatorio e, in ogni caso, l'Ente Parco Regionale dell'Appia Antica e l'Ente Parco Archeologico avrebbero rilasciato parere negativo in merito all'istanza in questione.

La Iaso Group ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

Il Comune di Marino ha depositato altre memorie a sostegno delle proprie ragioni.

All'udienza pubblica del 18 maggio 2023, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è fondato e va di conseguenza accolto.

3. La sentenza del Tar Lazio, Sezione Seconda Quater, n. 11096 dell'8 agosto 2022, ha accolto il ricorso proposto in primo grado avverso l'ordinanza di demolizione n. 298 del 2020, per *“l'intervenuta formazione del titolo abilitativo tacito con conseguente preclusione all'amministrazione di assumere determinazioni concernenti il titolo stesso se non mediante il previo esercizio dei propri poteri di autotutela”*.

In particolare, il primo giudice, ricostruita la normativa in materia e richiamata una recente giurisprudenza (Cons. Stato, IV. 14 febbraio 2022, n. 1050), ha statuito che:

“In questa prospettiva, e nella logica acceleratoria sottesa al “complesso sistema procedimentale” delineato dalla disposizione, il titolo abilitativo si forma per silenzio, “nell'inerzia dell'amministrazione locale competente”, “anche nel caso in cui l'istanza non sia corredata dai necessari documenti a supporto (e nondimeno l'ente competente abbia omissis di adottare in tempo utile un provvedimento espresso di contenuto negativo)”, non potendo rilevare “eventuali carenze edilizie ed urbanistiche in specie se di carattere formale” (ciò in quanto “laddove la norma abbia inteso condizionare il decorso del termine lo ha compiutamente evidenziato, in specie con riferimento al rilievo del dissenso dell'amministrazione competente in termini ambientali e culturali”).

Così come resta “del tutto salva l'applicazione della disciplina generale, che mantiene su di un piano di ragionevolezza e proporzionalità il sistema ordinamentale, tra tutela (degli interessi coinvolti e garantiti dalle amministrazioni) e semplificazione (dell'iter burocratico condizionante l'esercizio dell'attività economica degli operatori del settore in questione), in tema di autotutela, in termini espressamente ribaditi dallo stesso art. 20, l. 241 del 1990, in specie al comma 3”.

Ai sensi di questa disposizione, infatti, “[n]ei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies”.

Nella fattispecie oggi in esame, risulta come nei 90 giorni dalla presentazione dell'istanza (20.5.2019) nulla sia stato comunicato, opposto o eccepito alla parte interessata, sicché può darsi per acquisita la formazione del silenzio assenso, con l'ulteriore conseguenza che ogni decisione sull'intervento avrebbe dovuto essere preceduta da eventuali “determinazioni in via di autotutela” sul titolo tacito.

Da quanto detto segue che è errato il presupposto della gravata ordinanza di demolizione, secondo cui “i lavori eseguiti [...] risultano essere stati realizzati in assenza di titolo edilizio autorizzativo”, e che pertanto detto provvedimento è illegittimo”.

4. Le doglianze proposte dal Comune di Marino sono fondate e sono idonee a dimostrare la non condivisibilità delle conclusioni cui è giunto il giudice di primo grado.

4.1. L'art. 87, comma 9, del d.lgs. n. 259 del 2003 sancisce una paradigmatica ipotesi di silenzio significativo della p.a.

Infatti, ai sensi dell'art. 87, co. 9, d.lgs. n. 259/03 (nel testo vigente alla data di presentazione della domanda e a quella di maturazione del termine) *“Le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36.*

Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma” (il comma 8 attiene al “motivato dissenso” espresso da un'amministrazione “preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico-artistico”, in seno a una “decisione positiva assunta dalla conferenza di servizi”; in tal caso, la “decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri” e si applicano gli artt. 14 ss. l. n. 241/90 in quanto compatibili).

Dal 1° giugno 2021 è entrato in vigore l'art. 40, co. 2, lett. a), d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (conv. con modif. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108), che ha sostituito il comma 9 nei sensi di seguito riportati: *“Le istanze di autorizzazione si intendono accolte qualora, entro il termine perentorio di novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, e non sia stato espresso un dissenso, congruamente motivato, da parte di un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali. Nei predetti casi di dissenso congruamente motivato, ove non sia stata adottata la determinazione decisoria finale nel termine di cui al primo periodo, si applica l'articolo 2, comma 9-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma. Decorso il suddetto termine, l'amministrazione procedente comunica, entro il termine perentorio di sette giorni, l'attestazione di avvenuta autorizzazione, scaduto il quale è sufficiente l'autocertificazione del richiedente. Sono fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi”.*

4.2. La questione controversa, vale a dire l'intervenuta formazione o meno del silenzio assenso nella fattispecie in esame, involge la tematica centrale dell'istituto, ossia se il provvedimento tacito

di accoglimento dell'istanza consegue al mero decorrere del tempo oppure consegue al decorrere del tempo unitamente alla concreta sussistenza dei presupposti normativi per l'attribuzione del bene della vita.

In altri termini, è necessario accertare se la mancata conformità della fattispecie concreta ai presupposti disciplinati e richiesti dal modello legale di riferimento determina comunque la formazione del silenzio significativo, incidendo solo quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo tacito, ovvero se impedisce in radice la formazione del silenzio assenso.

4.3. L'incontrovertibile dato di partenza, nel caso di specie, è costituito dal fatto che l'istanza della Iaso del 19 maggio 2020, ricevuta dall'Amministrazione il 20 maggio 2020, non era completa della documentazione necessaria al compiuto svolgimento dell'istruttoria da parte dell'Amministrazione comunale.

Infatti, l'ordinanza n. 298 del 1° dicembre 2020, con cui il Comune di Marino ha ingiunto la demolizione delle opere abusive ed il ripristino del precedente stato dei luoghi ha specificato che l'istanza di autorizzazione congiunta presentata dalla Iaso Group il 20 maggio 2019 per l'installazione di una stazione radio base per rete di telefonia mobile Iliad, risulta priva degli atti autorizzativi propedeutici relativi a:

- autorizzazione dell'Ente Parco Regionale dell'Appia Antica;
- autorizzazione del Parco Archeologico dell'Appia Antica – MIBACT;
- autorizzazione paesaggistica.

In particolare, il compendio immobiliare - come risulta dal provvedimento di diniego, in data 23 aprile 2021, dell'Ente Parco Regionale dell'Appia Antica al rilascio del nulla osta postumo sull'istanza presentata dalla Iaso Group in data 1° febbraio 2021 - è sottoposto al seguente regime normativo e vincolistico:

- normativa ambientale di cui alle leggi n. 394 del 1991, legge regionale n. 29 del 1997 e legge regionale n. 66 del 1988;
- normativa urbanistica PRG Comune di Marino;
- normativa paesaggistica di cui al PTP9 Castelli Romani, approvato ai sensi della legge regionale n. 24 del 1998;
- beni paesaggistici ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio – Parte III – art. 142, lettera c, aree di rispetto di 150 metri dalle sponde dei fiumi, torrenti e corsi d'acqua iscritti negli elenchi delle Acque Pubbliche, lettera f, parchi e riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi; all'interno dei confini di competenza dell'Istituto ministeriale Parco archeologico dell'Appia Antica, istituito con DM Mibac art. 6 del 23 gennaio 2016, per l'esercizio delle funzioni di Soprintendenza Archeologia, belle arti e paesaggio.

Pertanto, costituisce un dato di fatto oggettivo che la domanda di autorizzazione congiunta sia stata presentata priva di documentazione essenziale ai fini della sua istruttoria.

Tale dato è incontestato, tanto che la parte appellata, sul punto, ha evidenziato, nel merito, che la carenza di documentazione non impedisce la formazione del silenzio assenso.

4.4. Per una prima tesi, la formazione tacita del provvedimento è subordinata alla mera presentazione dell'istanza ed al decorrere del tempo previsto dalla legge, mentre, per un'altra consistente prospettazione, la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma anche la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista (cfr., ex multis, Cons. Stato IV, n. 569 del 2020; Cons. Stato, VI n. 5384 del 2019; Cons. Stato, VI, n. 2115 del 2019).

Un denominatore comune alle differenti teorie consiste nel principio per cui non è possibile ottenere per *silentium*, quel che non sarebbe altrimenti possibile ottenere mediante l'esercizio espresso del potere da parte della P.A.

La differenza tra le prospettazioni che si contrappongono, quindi, afferisce al fatto che, per una tesi, il binomio è costituito da esistenza/inesistenza del silenzio assenso, con il corollario che può esistere solo un provvedimento tacito di accoglimento legittimo, mentre, per altra tesi, il binomio, una volta decorso il termine di legge, è costituito da legittimità/illegittimità del silenzio assenso, con il corollario che può esistere un provvedimento tacito di accoglimento illegittimo.

In special modo in materia edilizia, con riferimento al silenzio assenso maturato sulle domande di permesso di costruire, è stato lungamente dibattuto se la conformità urbanistica dell'intervento rappresenti o meno una condizione per la formazione del silenzio assenso.

In definitiva, ad una tesi, più radicale, che attribuisce alla difformità della fattispecie dal modello legale di riferimento, la conseguenza della mancata formazione del silenzio, vale a dire la sua inesistenza, si contrappone una diversa tesi, sostanzialmente seguita dal giudice di primo grado, che limita alla presentazione della domanda ed al fluire il tempo la formazione del provvedimento amministrativo tacito di accoglimento, con conseguente illegittimità – e non inesistenza – del provvedimento viziato per difformità dal modello legale.

4.5. L'istituto del silenzio-assenso risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia "equivale" a provvedimento di accoglimento e tale equivalenza significa che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo, sicché,

ove sussistano i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge, ferma restando la possibilità di agire in autotutela per l'amministrazione e di impugnativa giudiziale per il controinteressato.

Diversamente, ad avviso del Collegio, ritenere che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità e tale trattamento differenziato opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della pubblica amministrazione.

Inoltre, l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie "silenziosa" in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto, atteso che nessun vantaggio avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda.

In altri termini, il Collegio rappresenta che, ove si ammettesse che il silenzio assenso non possa formarsi per difetto delle condizioni sostanziali, verrebbe in concreto svuotata di contenuto la previsione di legge, consentendo di fatto all'amministrazione di poter provvedere in ogni tempo e ciò in spregio delle ragioni sottese alla norma, che, da un canto, tutelano l'interesse del privato e, d'altro canto, pongono l'esigenza di responsabilizzare la pubblica amministrazione, non tollerandosi la sua inerzia sull'istanza rivolta dall'interessato.

La pubblica amministrazione, peraltro, come anticipato, una volta formatosi il provvedimento tacito, ha la possibilità di intervenire in via di autotutela, laddove non sussistano le condizioni per l'adozione dell'atto e per il conseguente conseguimento del bene, così come il terzo controinteressato ben può esperire in sede giurisdizionale l'azione di annullamento del silenzio assenso avente carattere provvedimentale.

Se, infatti, il decorso del tempo senza che l'amministrazione abbia provveduto rende possibile l'esistenza di un provvedimento implicito di accoglimento dell'istanza presentata dal privato cittadino, nondimeno, perché tale provvedimento sia legittimo, occorre che sussistano tutte le condizioni, normativamente previste, per la sua emanazione, non potendosi ipotizzare, come già sottolineato, che, attraverso il silenzio, possa ottenersi ciò che non sarebbe altrimenti possibile ottenere mediante l'esercizio espresso del potere da parte dell'amministrazione .

La necessità del possesso dei requisiti di volta in volta prescritti – perché possa parlarsi di legittimo provvedimento implicito di assenso – risulta dalla stessa legge generale del procedimento amministrativo n. 241/1990 (art. 21, comma 1), laddove essa richiede che, nei casi previsti dai precedenti artt. 19 e 20, l'interessato debba "*dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti*".

4.6. Tra le due opzioni descritte, che considerano, l'una, il contrasto con il modello legale di riferimento preclusivo della formazione del silenzio assenso e, quindi, causa di inesistenza del provvedimento amministrativo tacito, ovvero, l'altra, non preclusivo alla formazione del silenzio assenso e, quindi, causa di illegittimità di un provvedimento amministrativo tacito esistente ed efficace, il Collegio ritiene sostenibile un'interpretazione che, prendendo spunto dalle ragionevoli giustificazioni di ambedue le tesi, conduca ad una interpretazione univoca della fattispecie.

Nel quadro delle riforme amministrative degli anni '90, il ruolo della semplificazione amministrativa, quale insieme degli interventi aventi il fine di diminuire il carico burocratico che grava su cittadini ed imprese, ha assunto un consistente rilievo.

In tale contesto, il silenzio assenso costituisce una figura centrale e, in ambito eurounitario, la direttiva 2006/123/CE sui "servizi nel mercato interno" (c.d. direttiva Bolkenstein), al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica, anche sotto il profilo dell'incertezza temporale, delle procedure amministrative, ha operato nella duplice direzione di limitare il regime della previa autorizzazione (liberalizzazione), in cui il conseguimento del bene della vita non costituisce più oggetto di potere amministrativo, come nella scia, e di introdurre il principio della tacita autorizzazione, ovvero la regola del silenzio assenso (semplificazione), vale a dire la possibilità di esternare la volontà provvedimentale con forme diverse dal provvedimento espresso.

Nella specifica materia delle comunicazioni elettroniche, l'installazione di impianti di telecomunicazione è soggetta ad una speciale disciplina autorizzatoria fissata dall'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, da cui emerge un *favor* legislativo per la realizzazione di tali strutture anche attraverso l'istituto del silenzio assenso.

4.7. Il Collegio, al fine di delibare sulla controversia, ritiene opportuno operare ulteriori precisazioni sulla *ratio* dell'istituto.

La formazione di un provvedimento implicito di assenso in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell'istanza non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente, che deve ugualmente svolgere, proprio come nell'ipotesi in cui fosse obbligata all'adozione di un provvedimento espresso, una puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene richiesto.

Peraltro, l'amministrazione pubblica competente, effettuati i dovuti e necessari accertamenti, può decidere, in luogo dell'adozione di un provvedimento espresso, di far formare un provvedimento tacito.

Tale è la fisiologia del procedimento amministrativo ove sia presentata un'istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio assenso.

Viceversa, l'omesso o l'incompleto svolgimento dell'istruttoria da parte dell'amministrazione competente - fermo restando che il decorso del tempo comporta comunque, a tutela dell'affidamento del richiedente, la formazione dell'atto tacito - costituisce una situazione patologica.

Va da sé che, per l'espletamento di una efficace istruttoria, l'istanza debba essere corredata da tutti gli elementi necessari a consentire l'accertamento della spettanza del bene della vita, per cui il silenzio assenso può formarsi solo in tale ipotesi, nel qual caso l'eventuale discrasia della fattispecie rispetto al modello legale di riferimento determina l'illegittimità dell'atto tacito, ma non ne impedisce il venire ad esistenza.

L'opzione ermeneutica più idonea alla tutela degli interessi in conflitto, in altri termini, deve essere individuata nel fatto che l'assenso tacito si forma allorché sulla domanda, se corredata di tutti gli elementi occorrenti alla valutazione della P.A., sia decorso il termine di legge senza che questa abbia provveduto, mentre non può essere escluso per difetto delle condizioni sostanziali per il suo accoglimento, ossia, per contrasto della richiesta con la normativa di riferimento.

Diversamente, ove l'istanza non sia stata corredata da tutta la documentazione necessaria, in modo tale che l'amministrazione destinataria sia stata impossibilitata a svolgere il detto accertamento di spettanza del bene, il silenzio assenso non può formarsi, per cui si avrà un'ipotesi di inesistenza dello stesso e non di sua illegittimità.

In tale direzione, militano sia la *ratio* del sistema, atteso che, come sottolineato, il concetto di semplificazione amministrativa non coincide con quello di deresponsabilizzazione amministrativa, ma, anzi ne è l'esatto opposto, tutelando l'esigenza di certezza delle posizioni giuridiche dei cittadini, ma non facendo affatto venire meno l'obbligo per l'amministrazione di accertare in fase istruttoria la presenza dei presupposti e requisiti di legge necessari all'attribuzione del bene, sia il dato normativo letterale, in quanto l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990, dispone che, con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti.

Né può ritenersi applicabile alla fattispecie il comma 5 del richiamato art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, secondo cui *"il responsabile del procedimento può richiedere per una sola volta, entro quindici giorni dalla data di ricezione dell'istanza, il rilascio di dichiarazioni e l'integrazione della documentazione prodotta"*, atteso che la norma si riferisce evidentemente ad una documentazione prodotta che necessita di essere integrata, non già, come nel caso di specie, ad una documentazione

totalmente carente, di cui l'Amministrazione può ignorare l'esistenza al momento della presentazione della domanda.

Nella fattispecie in esame, infatti, come già rappresentato, la domanda è risultata priva degli atti autorizzativi propedeutici relativi alle autorizzazioni dell'Ente Parco Regionale dell'Appia Antica e del Parco Archeologico dell'Appia Antica – MIBACT, nonché dell'autorizzazione paesaggistica, per cui si la vicenda si pone completamente fuori dal perimetro applicativo dell'art. 87, comma 5, del d.lgs. n. 259 del 2003.

D'altra parte il successivo comma sei dello stesso art. 87 richiede, nell'ipotesi di subordinazione dell'infrastruttura all'acquisizione di uno o più atti, ivi comprese le autorizzazioni previste dal d.lgs. n. 42 del 2004, da adottare in esito di distinti procedimenti di competenza di diverse amministrazioni o enti, l'indizione di una conferenza di servizi la quale, nel caso di specie, non ha mai avuto luogo.

In conclusione, sulla base di tali considerazioni, deve ritenersi che l'istanza idonea a far decorrere il termine per la formazione del silenzio assenso sia solo ed esclusivamente quella corredata dalla dichiarazione di sussistenza dei presupposti e requisiti di legge previsti e, quindi, quella corredata dalla documentazione necessaria al corretto espletamento dell'attività istruttoria da parte dell'Amministrazione.

In assenza di tale essenziale documentazione, infatti, la volontà provvedimento dell'Amministrazione precedente non può compiutamente formarsi e, di conseguenza, non può essere effettivamente manifestata né in forma espressa, né in forma tacita.

4.8. Di qui la fondatezza dell'appello proposto dal Comune di Marino, secondo cui nessun silenzio assenso si sarebbe potuto formare nel caso in esame, atteso che, se è vero che la normativa in materia prevede la formazione del silenzio assenso decorsi novanta giorni dalla presentazione dell'istanza, è altrettanto vero che la stessa presuppone, da un lato, che l'istanza sia completa, dall'altra, che gli organi competenti a rilasciare i pareri siano stati investiti di tale richiesta, mentre, nel caso di specie, la Iaso non solo non avrebbe presentato un'istanza completa, ma non avrebbe neanche menzionato l'esistenza dei vincoli sulla zona interessata dall'intervento e non avrebbe richiesto i doverosi pareri.

4.9. La fondatezza di tali doglianze, assorbite le ulteriori censure, determina la fondatezza dell'appello proposto dal Comune di Marino con riferimento alle statuizioni della sentenza di primo grado che hanno accolto l'azione di annullamento proposta avverso l'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. 298 del 1° dicembre 2020 e, per l'effetto, comporta il rigetto del ricorso di primo grado (R.G. presso il Tar Lazio n. 3253 del 2021).

5. Il rigetto del ricorso di primo grado con riguardo alla proposta azione di annullamento dell'ordinanza del Comune di Marino di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi determina altresì il rigetto del ricorso proposto in primo grado per l'annullamento del provvedimento del 16 dicembre 2021, con cui il Comune di Marino ha irrogato la sanzione pecuniaria di € 20.000,00 per la mancata ottemperanza all'ingiunzione n. 298 del 2020 (R.G. presso il Tar Lazio n. 2434 del 2022), ricorso dichiarato improcedibile dal Tar Lazio con la sentenza impugnata

In proposito, a prescindere dalle domande ed eccezioni riproposte dal Comune di Marino in ordine alle censure assorbite in primo grado, sarebbe stato necessario che la parte appellata proponesse appello incidentale avverso la statuizione di improcedibilità, per evitarne la formazione del giudicato interno (cfr. Cgars, 20 febbraio 2023, n. 143).

Invece, la parte appellata non ha formulato appello incidentale e nemmeno ha riproposto le domande assorbite e non esaminate in primo grado con memoria ex art. 101, comma 2, c.p.a., ai sensi del quale *“si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”*.

6. In conclusione, la fondatezza dell'appello proposto dal Comune di Marino, determina, in riforma della sentenza impugnata, l'integrale rigetto dei ricorsi proposti in primo grado, e riuniti con la sentenza del Tar, dalla Iaso Group.

7. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico della Iaso Group s.r.l. ed a favore del Comune di Marino; le spese sono invece compensate nei confronti del Ministero della Cultura.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe (R.G. n. 9107 del 2022) e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge i ricorsi proposti in primo grado dalla Iaso Group, riuniti con la sentenza di primo grado.

Condanna la Iaso Group s.r.l. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Marino; compensa le spese nei confronti del Ministero della Cultura.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giovanni Gallone, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere