

5 OTTOBRE 2016

Silenzio assenso tra Amministrazioni:
dimensioni e contenuti di una nuova
figura di coordinamento ‘orizzontale’
all’interno della ‘nuova
amministrazione’ disegnata dal
Consiglio di Stato

di **Patrizia Marzaro**

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Scuola di giurisprudenza dell’Università di Padova



Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento ‘orizzontale’ all’interno della ‘nuova amministrazione’ disegnata dal Consiglio di Stato *

di Patrizia Marzaro

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Scuola di giurisprudenza dell’Università di Padova

Sommario: Sezione prima. 1. Un ‘manifesto’ per la funzione consultiva del Consiglio di Stato nel processo di attuazione della legge n. 124 del 2015. – **2.** Sul nuovo ruolo del Consiglio di Stato nella policy di riforma della pubblica Amministrazione. – **3.** La ‘nuova amministrazione’ nella visione del Consiglio di Stato, dopo la riforma cd. Madia. Dequotazione del procedimento e riduzione degli interessi all’esito del processo di semplificazione. – **Sezione seconda. 4.** Il parere del Consiglio di Stato sull’art. 17 bis della legge n. 241 del 1990 e la genesi di questa disposizione. – **4.1** L’ambito di applicazione soggettivo del silenzio assenso tra Amministrazioni. – **4.2** L’ambito di applicazione oggettivo; rapporti con gli artt. 16 e 17 della legge sul procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili. – **4.3** Art. 17 bis e coordinamento tra Amministrazioni; l’esclusione dell’applicazione in caso di Sportello unico. – **4.4** Formazione del silenzio assenso, dissenso tardivo e autotutela. – **Sezione terza. 5.** La portata dell’art. 17 bis della legge sul procedimento amministrativo. Il rapporto ‘orizzontale’ tra (due sole) Amministrazioni co-decidenti; il coordinamento progressivo in ragione della complessità della decisione - **5.1** Il rapporto con la conferenza di servizi – **6.** Silenzio assenso e tutela degli interessi sensibili – **6.1** Art. 17 bis e cogestione dell’interesse paesaggistico – **7.** Il dissenso tra Amministrazioni e gli obblighi di leale collaborazione.

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.



Sezione prima

1. Un ‘manifesto’ per la funzione consultiva del Consiglio di Stato nel processo di attuazione della legge n. 124 del 2015

Il percorso di attuazione della legge delega sulla riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche, la cd. riforma Madia di cui alla legge n. 124 del 2015, segnato dalla progressiva entrata in vigore dei vari decreti legislativi da essa contemplati¹, ha conosciuto ultimamente un passaggio ulteriore – dai tratti certamente meno usuali, per quanto tipici – rappresentato da un atto avente natura diversa, non normativa, eppure sicuramente destinato ad incidere in modo significativo sull’applicazione di una delle prime e più discusse disposizioni di riforma dettate dalla legge del 2015.

Con parere n. 1640/2016 del 13 luglio 2016, infatti, il Consiglio di Stato, attraverso una Commissione speciale appositamente istituita – analogamente a quanto già avvenuto per i pareri sugli schemi di decreto legislativo – ha fornito una lunga risposta ai quesiti ad esso specificamente sottoposti dall’Ufficio legislativo del Ministero per la semplificazione e la pubblica Amministrazione, relativi ad una pluralità di dubbi e problemi emersi in sede di applicazione dell’art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990, recante disciplina del cd. silenzio assenso tra Amministrazioni, e inserito nella legge sul procedimento amministrativo dall’art. 3 della citata legge Madia.

Esso desta sicuramente interesse sotto vari punti di vista, e non soltanto per i suoi contenuti, per il merito delle opzioni interpretative espresse, ma anche per ragioni più squisitamente formali e di politica istituzionale, per la specificità della relazione tra Governo, nell’esercizio della funzione normativa e di indirizzo politico, e Consiglio di Stato, in sede consultiva, che pare emergere attraverso i pareri via via intervenuti sulla riforma del 2015 e che risalta nettamente in quest’ultimo.

Si tratta certamente di una relazione che si muove entro binari tipizzati – la funzione consultiva peculiare della delegazione legislativa e quella contemplata più in generale dall’art. 14 del T.U. del 1924 delle leggi sul Consiglio di Stato, il quale “*dà parere sugli affari di ogni natura, per i quali sia interrogato dai Ministri del Re*” - ma di essa colpisce l’approccio, il modo con il quale l’organo consultivo si pone nei confronti del Governo. Nel parere di cui si tratta, invero, il Consiglio di Stato avverte il *bisogno* di sottolineare, sin dall’esordio, “l’utilità

¹ Cfr. in particolare tra gli altri: D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33; D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 126, Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA); D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 127. Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi.

che possono rivestire le funzioni consultive...concepite come *sostegno in progress riferito ad una policy, a un progetto istituzionale*², piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati”, e in un certo modo celebra il quesito posto dal Governo come una risposta a “questo Consiglio [che nel parere sul decreto cd. Trasparenza] insisteva sulla *necessità di guardare oltre l'atto normativo*³, poiché il buon esito di una riforma amministrativa è strettamente condizionato dalla relativa fase attuativa”, ragion per cui “si suggeriva, in particolare, l'attivazione di una costante interlocuzione istituzionale con il Consiglio di Stato proprio attraverso un ricorso sistematico al flessibile strumento dei quesiti”.

D'altra parte, proprio in quel parere, era contenuto quello che potrebbe essere definito come una sorta di vero e proprio ‘manifesto’ per il ruolo consultivo del Consiglio di Stato, ripreso poi anche in quello in esame, e di cui alcuni passaggi paiono molto significativi dell'atteggiarsi di questa nuova relazione, imperniata sulla riforma Madia come ‘spartiacque’ verso una “rinnovata visione dell'Amministrazione pubblica” e una conseguente nuova veste che l'organo consultivo potrebbe assumere nel disegnare questa nuova concezione dell'amministrazione.

Ciò al punto da sottolineare apertamente che “la complessiva rivisitazione dei rapporti tra Stato, cittadini e imprese di cui alla legge n. 124, costituisce l'occasione anche per una riflessione circa le funzioni consultive che la Costituzione pone, accanto a quelle giurisdizionali, in capo a questo Istituto, assegnandogli la funzione di realizzare la giustizia nell'Amministrazione in un quadro complessivo omogeneo disegnato dagli articoli 100, 103 e 113”, ricordandone la comune natura neutrale, di garanzia, e la loro complementarità, e passando quindi a suggerire di “valorizzare ulteriormente il ruolo consultivo del Consiglio di Stato in questa fase di riforme strutturali, anche con riguardo all'esigenza di riordino normativo”.

“In altri termini – prosegue il parere sul decreto cd. Trasparenza – si potrebbe profilare un'evoluzione del modello da tempo presente all'art.14, n.2), del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, che già consente al Consiglio di svolgere, per conto del Governo, funzioni di prima redazione di schemi di atti normativi, e che potrebbe oggi essere utilizzato – come già accaduto in passato – per una redazione di progetti di riforma, di riordino o di semplificazione, nonché della loro attuazione”.

Ma “le stesse ragioni di perseguimento della qualità normativa inducono a una ulteriore riflessione sul metodo di svolgimento delle funzioni consultive”, rispetto al quale il Consiglio di Stato propone una chiara evoluzione nel senso di quella partecipazione ad una *policy* complessiva, cui fa riferimento nel successivo

² Corsivo di chi scrive

³ Corsivo di chi scrive

parere sull'art. 17 *bis*: “rispetto all’originario modello, “chiuso all’esterno”, di valutazione degli schemi di provvedimento, si vanno facendo strada esperienze di ascolto e di valutazione delle ragioni e delle istanze dei soggetti in campo: le Amministrazioni pubbliche ma anche i destinatari degli interventi (si pensi, ad esempio, alle consultazioni regolarmente svolte dalle Autorità indipendenti...). Peraltro, tale ‘apertura all’esterno’ appare in linea con le finalità di crescita, sviluppo e competitività sottese alle recenti riforme amministrative, la cui concreta realizzazione dipende anche dalla fiducia degli investitori nella stabilità del quadro regolatorio e nell’efficienza degli apparati pubblici”. “L’apertura all’ascolto di voci esterne – ci si preoccupa poi di chiarire – lungi dal condizionare la neutralità e l’indipendenza con cui si esercitano le funzioni consultive, può soltanto rendere tale esercizio più consapevole, poiché fondato su una più diretta conoscenza delle problematiche concrete”; su questa linea, quindi “si ritiene possano essere ricevuti ed esaminati contributi scritti provenienti da soggetti, anche privati, rappresentativi dei destinatari degli schemi di normativa”. E infatti, va registrata come una novità nel sistema anche la presentazione all’attenzione del Consiglio di Stato, che ne terrà conto nel rilasciare il relativo parere, di un “*Position Paper*” da parte di Confindustria, sullo schema di decreto legislativo in materia di conferenza di servizi, con la quale vengono formulate osservazioni generali e osservazioni di dettaglio sull’articolo⁴.

2. Sul nuovo ruolo del Consiglio di Stato nella policy di riforma della pubblica Amministrazione

Ora, in questa sede era importante rilevare questo nuovo modo di porsi del Consiglio di Stato⁵, anche se non è possibile interrogarsi a fondo sugli sviluppi che potranno conseguire a quella che sembrerebbe una vera configurazione *in progress* anche della sua funzione consultiva.

Essa appare, infatti, così strettamente intrecciata al divenire delle fonti normative da rendere quest’organo una parte attiva istituzionale di un processo politico di riforma piuttosto che il consultore tipico all’interno del processo di formazione e/o applicazione di uno specifico provvedimento; e da questo punto di vista non vi è dubbio che si tratti di questione foriera di sviluppi futuri, alla quale pare opportuno riservare una specifica attenzione.

⁴http://www.confind.emr.it/sites/default/files/page/3_decreto_lgs_conferenza_servizi_osservazioni_confindustria_febbraio_2016.pdf

⁵ Del resto rilevato da più parti in dottrina, anche se con sfumature diverse; cfr. tra gli altri TORCHIA, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giorn.dir.amm.*, 2016, 285, che sottolinea la capacità del Consiglio di Stato, di “tenere insieme tradizione e innovazione, tanto nel metodo di lavoro quanto nei risultati”; mentre in chiave più critica BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, 2016, 758 ss.

Ad essa, in realtà, si potrebbe obiettare che, in fondo, con questo atto il Consiglio di Stato non fa che rivendicare un ruolo che già detiene, considerata la funzione nomopoietica della sua giurisprudenza, che ne fa uno degli elementi costitutivi del sistema delle fonti nell'ordinamento amministrativo.

Non sembra, però, che la questione possa essere ridotta tutta entro limiti già noti, nel momento in cui esso si propone, con tutta l'autorevolezza che gli viene dalla sua storia e dalle sue funzioni, come parte di una *policy*, portatore di una propria visuale all'interno di un progetto politico istituzionale, per quanto ci si preoccupi di affermarne neutralità e imparzialità; è lo stesso modo di porsi del Consiglio di Stato, in realtà, la sua prospettazione della spettanza di una prerogativa ben individuata all'interno di un processo di riforma istituzionale, a spingere naturalmente verso nuove riflessioni sul(l'evoluzione del) ruolo che potrebbe venire a svolgere nel processo di produzione del diritto, aprendo ad interrogativi che, in un'epoca di detipizzazione delle fonti quale quella attuale, potrebbero collocarlo sulla linea di confine tra *hard law* e *soft law*.

Solo a tracciare il quadro entro il quale potrebbero muoversi queste riflessioni, potrebbe soccorrere anche quell'osservazione formulata in dottrina, secondo la quale, nel nostro tempo “la fonte, quale criterio determinativo del modello di comportamento non si legittima più in funzione esclusiva del procedimento di posizione dell'enunciato, ma nasce dal modo di determinazione dell'effetto all'interno di un tessuto sociale consolidato”⁶.

Essa può aiutare certamente a chiedersi se e quale potrebbe essere la posizione del Consiglio di Stato nel processo di produzione di quell'effetto normativo e di cosa si componga quel tessuto sociale consolidato.

3. La ‘nuova amministrazione’ nella visione del Consiglio di Stato, dopo la riforma cd. Madia. Dequotazione del procedimento e riduzione degli interessi all’esito del processo di semplificazione

Del resto, che questo parere venga considerato dal Consiglio di Stato una nuova occasione per riaffermare (e rafforzare) quella sua “centralità sull'Amministrazione” – come è stata efficacemente definita⁷ -, sulla visione dell'Amministrazione, spesso rivendicata nell'esercizio delle sue plurime funzioni⁸, è impressione che

⁶ Cfr. LIPARI N., *Per un ripensamento delle fonti fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 2013, il quale pone l'accento sull' “essenzialità dell'intermediazione interpretativa”.

⁷ Come definita da TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir pubbl.*, 2011, 507. Pare significativo di questa visione centrale sull'amministrazione, il fatto che nel parere sul decreto cd. Trasparenza, in apertura, si faccia riferimento ad una “rinnovata visione dell'amministrazione pubblica che il Consiglio di Stato sostiene e incoraggia...”.

⁸ Sulla difesa, da parte del Consiglio di Stato, della pluralità dei suoi ruoli istituzionali, “facendone una ragione di merito”, cfr. ancora TRAVI, *Il Consiglio di Stato*, *cit.*, 505 e *passim*, il quale definisce la posizione dell'organo “quasi proteiforme”, dipingendo una “presenza vigile del Consiglio di Stato su un intero ramo del diritto, nelle sue diverse articolazioni che concernono la formazione delle norme, la loro applicazione e la loro interpretazione”, ed in chiave

si ricava anche da quell'inquadramento generale dell'istituto introdotto dall'art. 17 *bis* che la Commissione speciale consultiva avverte il *bis*ogno di fornire, prima di passare a prendere in esame gli innumerevoli quesiti posti dal Governo.

Se, infatti, nel fornire risposta ai vari interrogativi vanno sicuramente sottolineate l'attenzione e la puntualità delle analisi, pur registrandosi inevitabilmente alcune lacune, nella parte generale che le precede si avverte invece in taluni punti quasi una sorta di forzatura nel voler fornire una certa immagine della 'nuova Amministrazione' che dovrà essere frutto della riforma in atto.

Ciò si verifica, tra l'altro, quando la Commissione, ritenendo anzitutto opportuno individuare la portata sistematica e il valore di principio dell'istituto di cui all'art. 17 *bis*, gli riconosce una “portata generale analoga a quella del nuovo art. 21 *nonies*, nei rapporti tra Amministrazione e privati”: a quest'ultima disposizione, che, ponendo un termine finale generale all'esercizio dell'autotutela, “ha introdotto un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione... nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza”, “corrisponde una seconda regola generale che pervade i rapporti interni tra Amministrazioni: quella, appunto, del silenzio assenso 'endoprocedimentale’”, il quale parimenti costituisce “un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra Amministrazioni pubbliche”.

Ad avviso della Commissione, la presenza di questi nuovi modelli legati dal tratto unificante della certezza e della stabilità delle decisioni in quanto tali, si colloca in un’“ottica moderna”, all'interno della quale trova posto anche l'art. 97 Cost., sul quale dovrà essere fondata l’ “esigenza di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico”. Ciò si pone nel quadro di quella concezione dell'attività amministrativa come prestazione diretta a soddisfare i diritti civili e politici di cui all'art. 117, secondo comma, lett.m), Cost., affidati alla legislazione esclusiva dello Stato, che ha trovato consacrazione nella giurisprudenza della Consulta, e che, se ha portato in primo piano il procedimento e la semplificazione amministrativa, elevandoli a 'valore', a materia trasversale, e ha rafforzato la concezione della semplificazione come bene in sé, isolato dalla garanzia degli interessi che dovrebbe essere assicurata dall'esercizio del potere anche quando avvenga in forma semplificata, allo stesso tempo, però, ha

apertamente critica osserva che esso “nell'interpretazione della legge rivendica la capacità di calibrarne la portata a una sua concezione dell'amministrazione...”. Si tratta, in buona sostanza, di “un'opera di adattamento e di temperamento, che viene svolta in funzione di una concezione precisa dell'amministrazione, di cui lo stesso Consiglio di Stato è portatore”.

contribuito anche all'ulteriore arretramento di quegli stessi interessi, sempre più costretti dalla necessità della produzione del risultato in tempi certi ⁹.

E, infatti, il Consiglio di Stato si pone il problema della sorte dell'interesse pubblico, ma ritiene che “nella logica del primato dei diritti, i meccanismi di semplificazione...non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come *strumenti funzionali a una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso*⁵, con il minore onere possibile per la collettività e i singoli privati”.

Interesse pubblico da curare, nella logica del 'primato dei diritti' – per il tramite di quello all'accelerazione del procedimento¹⁰ - pare dunque essere quello finale del privato e del conseguente funzionamento del mercato, o, perlomeno, questo sembra essere l'interesse pubblico che il parere - nella visione della 'nuova Amministrazione' a cui sembra fare riferimento - ritiene che il legislatore abbia assunto a monte come primario, da garantire nel bilanciamento tra interessi su cui si fonda la scelta del silenzio assenso. Ma probabilmente esso è interesse primario fin dall'inizio, se il silenzio assenso costituisce “la più grave delle sanzioni o il più efficace dei rimedi¹¹...che si traduce nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento”, quale che sia l'interesse pubblico coinvolto, ancor più se si considera che, com'è noto, l'art. 17 *bis* si applica espressamente anche quando nella co-decisione tra Amministrazioni siano coinvolti interessi cd. sensibili.

Con ciò, naturalmente, non si intende certamente affermare che l'interesse allo sviluppo economico non costituisca un interesse della collettività cui si debba la massima considerazione, a maggior ragione in un momento di forte crisi economica quale quella attuale o che, per contro, gli interessi sensibili debbano prevalere in modo aprioristico nel bilanciamento di interessi operato dal legislatore, o che, ancora, non debba essere assicurata certezza al soggetto che entra in relazione con l'Amministrazione. Sicuramente, però, in

⁹ Sull'influenza delle scelte di semplificazione sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere sia consentito più ampiamente il rinvio a MARZARO, *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia*, in www.giustamm.it, cfr. inoltre di recente TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it, il quale osserva che “la semplificazione non identifica mai una vicenda soltanto di ordine tecnico, ma identifica un processo più ampio di selezione di interessi e, quindi, di strumenti per la loro tutela”, mentre, per altro verso, essa “è una tecnica che documenta... una crisi, piuttosto che la sua soluzione; soprattutto dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti ordinari che dovrebbero assicurare il buon andamento degli apparati pubblici.

¹⁰ Su questi profili vedi anche BOMBARDELLI, *Il silenzio cit.*, 760, il quale sottolinea che il Consiglio di Stato, nella prospettiva di una “crescente ‘dimensione economica’ del diritto amministrativo... ritiene l'accelerazione dei procedimenti amministrativi come un vero e proprio interesse pubblico, attribuendo al fattore tempo e alla velocità delle decisioni amministrative nelle materie che interferiscono con l'esercizio di attività economiche il rilievo di valori fondamentali dell'ordinamento”

¹¹ Corsivo di chi scrive.

questo parere, ancor più che in quelli che l'hanno preceduto, colpisce lo sforzo del Consiglio di Stato di accreditare l'istituto in “un'ottica moderna”¹², nella quale la 'nuova Amministrazione' è dominata dal primato dei diritti dell'impresa e del mercato, per loro stessi – o per i loro effetti - assurti al rango di interesse pubblico e rispetto ai quali scolorano gli altri interessi della collettività, anche quelli più tipicamente differenziati, i quali *subiscono*, coome bene è stato osservato, un processo di “normalizzazione”¹³.

E se, come si afferma, sarebbe fuorviante pensare che la generalizzazione del silenzio assenso presupponga l'accettazione da parte del legislatore dell'inerzia patologica dell'Amministrazione, colpisce l'assenza di richiami alla necessità di intervenire adeguatamente anche sull'organizzazione della pubblica Amministrazione¹⁴, allo scopo di assicurarne l'esercizio, espresso, delle funzioni - “il silenzio assenso è la più grave delle sanzioni”, ma anche “il più efficace dei rimedi”, così che non sembrano necessari altri interventi e il sistema sembra compiuto – e si nota che, allo stesso modo, non si faccia questione dell'esistenza degli interessi sensibili, dando sostanzialmente per acquisita una loro tendenziale omogeneizzazione rispetto alla disciplina della conferenza di servizi, e riservando loro attenzione solo al momento di trattare nello specifico uno dei quesiti¹⁵. Può essere invece interessante ricordare che nel precedente parere sullo schema di decreto in materia di conferenza di servizi, si richiamava la giurisprudenza costituzionale su questi interessi, nella parte in cui si afferma che essi non possono mai prevalere per definizione rispetto agli altri interessi pubblici coinvolti – ma non ci si soffermava poi ad approfondire la posizione più articolata espressa dalla Consulta¹⁶ - mentre anche in quel contesto si sosteneva la necessità di una “visione nuova della pubblica Amministrazione, che si occupi con strumenti moderni e multidisciplinari di crescita e sviluppo e non più solo di apparati e di gestione..., e che consideri l'impatto concreto degli interventi sul comportamento dei cittadini, sulle imprese, sull'economia”.

¹² Parla di “nettezza” della posizione assunta dal Consiglio di Stato nei pareri sugli schemi dei decreti attuativi della riforma Madia anche BOMBARDELLI, *Il silenzio, cit.*, 760, ad avviso del quale essa “non pare condivisibile”, ritenendo che “occorre dare il dovuto peso al fatto che, prima che una sequenza di atti, il procedimento è la sede in cui sul piano sostanziale avvengono l'esercizio delle competenze delle amministrazioni coinvolte e il confronto dei diversi interesse rilevanti”.

¹³ Così DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv.giur.urb.*, 2016, 28. Critica sull'applicazione del modello del silenzio assenso alla tutela degli interessi sensibili anche SCOTTI, *Art. 17 bis della legge n. 241 del 1990*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione cit.*, 570.

¹⁴ Sulla necessità di accompagnare il processo di semplificazione con una profonda riforma dell'assetto organizzativo dell'amministrazione, sia consentito ancora il rinvio a MARZARO, *La semplificazione sproporzionata, cit.*; cfr. inoltre, di recente, LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in www.giustamm.it; e TRAVI, *La semplificazione, cit.*

¹⁵ Su questo punto peraltro si tornerà più oltre; cfr. *infra* § 4.2.

¹⁶ Sulla quale vedi *infra* sempre il § 4.2.

Ancora una volta, dunque, colpisce che si dipinga uno scenario, che sotto certi profili sembra preesistere al contenuto normativo della riforma – la concezione di ‘nuova amministrazione’ - che non pare naturalmente animato, occupato da quella pluralità di interessi pubblici e privati che caratterizza tipicamente l'azione della p.A.; esso si contraddistingue, invece, per una riduzione/semplificazione/ contrapposizione tra diritti della persona e dell'impresa e dirigismo burocratico, necessità degli apparati, mera gestione delle funzioni. In un quadro del genere, nel quale risulta ridotta (semplificata) quella complessità sostanziale del sistema nel quale l'Amministrazione tipicamente agisce, procede, provvede, ne viene dunque quasi giocoforza che l'interesse – pubblico - alla competitività, al funzionamento del mercato, come risultante del soddisfacimento degli interessi privati delle imprese, acquisti uno spessore particolare, al punto da assumere i tratti dell'interesse primario - e non più solo dell'interlocutore primario dell'Amministrazione¹⁷ - nell'assetto delineato a monte dal legislatore¹⁸.

Se dunque il procedimento è il luogo nel quale l'Amministrazione governa la complessità¹⁹, il processo di semplificazione viene a determinarne per definizione una dequotazione, un arretramento, frutto di un intervento che non ha ad oggetto semplicemente le fasi procedurali, ma va ad incidere su quella stessa complessità degli interessi che dovrebbe essere amministrata attraverso quel procedimento²⁰; e ciò avviene in favore di un assetto diverso, ridotto e precostituito a monte dal legislatore, e inteso come rimedio all'inefficienza della p.A., alla quale non si presta tuttavia particolare attenzione²¹

¹⁷ Che lo scenario dell'agire dell'amministrazione sia in sostanza occupato da due attori, l'impresa e l'amministrazione, è messo in luce in modo molto efficace da FERRARA R., *Lo Stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla legge Madia in materia di riorganizzazione della pubblica Amministrazione*, in www.diritto-amministrativo.org, Forum, *Lo stato di diritto fa bene all'economia*.

¹⁸ Osserva BOMBARDELLI, *Il silenzio*, cit., 765, che “il silenzio assenso rientra nella categoria delle semplificazioni con diminuzione del risultato, perché non prevede un modo più semplice per valutare un interesse, ma ammette di fatto *tout court* la rinuncia alla valutazione di quell'interesse. La ponderazione degli interessi affidata in cura all'amministrazione viene sostituita da una indicazione automatica, operata dalla legge, di prevalenza dell'interesse di chi ha richiesto il provvedimento all'amministrazione”.

¹⁹ Cfr. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in www.federalismi.it

²⁰ Cfr. per alcune riflessioni fondanti MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica Amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in *Dir. Penale e Processo*, 2011, 1047, “l'interesse pubblico...nella sostanza può ben coincidere, anzi di regola coincide, con l'interesse di alcuni privati in danno dell'interesse di altri. Le coincidenze non sono di per se stesse scorrette. Di conseguenza per individuare eventuali vicende o esiti devianti si deve ricorrere alle regole di contesto o di procedura, che sono indispensabili anche per una più adeguata esplicazione e applicazione, nei singoli casi, dei principi generali ‘sostanziali’ (ragionevolezza e proporzionalità...) che disciplinano il rapporto fra il potere dell'amministrazione e i privati”.

²¹ Attenzione al profilo organizzativo e soprattutto formativo della pubblica amministrazione, nell'ottica della ‘nuova amministrazione’, viene dal parere sullo schema del decreto legislativo in materia di conferenza di servizi, 7 aprile 2016, n. 890, in www.giustizia-amministrativa.it, ma sempre in una visione incentrata strettamente sulla capacità del “fattore umano” di assicurare il migliore funzionamento della conferenza, attraverso uno specifico piano di formazione, in vista

All'esito della semplificazione procedurale vi è dunque una selezione di interessi, destinati poi quasi fisiologicamente ad assumere rilevanza sempre maggiore nella relazione con il potere pubblico, che, nella visione del Consiglio di Stato, dovrebbe quindi finire per provocare quello che è stato definito anche come "riposizionamento strategico dell'Amministrazione"²², che costituisce l'effetto sostanziale di ogni scelta effettuata e presupposta dagli interventi di semplificazione.

Sezione seconda

4. Il parere del Consiglio di Stato sull'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990 e la genesi di questa disposizione

Un passo diverso, più organico, e coerente con i principi generali che reggono l'azione amministrativa, contraddistingue invece il parere nel momento in cui vengono affrontati i singoli quesiti posti dal Ministero, relativi a tutta una serie di questioni che meritavano certamente di essere affrontate, considerate le ambiguità e le lacune che hanno contraddistinto fin dall'inizio l'applicazione dell'art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990, anche se esso probabilmente non è in grado di esaurirle appieno.

Prima di passare ad esaminare il dettaglio dei contenuti individuati dal parere, vale la pena di ricordare nelle linee generali la genesi di questa disposizione ed i suoi contenuti.

L'art. 17 *bis*, recante disciplina del "Silenzio assenso tra Amministrazioni pubbliche e tra Amministrazioni pubbliche e gestori di beni e di servizi pubblici" viene inserito nella legge n. 241 del 1990 direttamente dall'art. 3 della legge n. 124 del 2015, senza passare attraverso il filtro della delegazione legislativa, anche se al decreto legislativo sulla disciplina della conferenza di servizi l'art. 2 della stessa legge affidava espressamente il compito di coordinare la disciplina recata da questa disposizione con quella della conferenza di servizi. Si trattava di previsione sicuramente opportuna perché i due istituti – entrambi volti a disciplinare forme di coordinamento tra amministrazioni - sin dall'entrata in vigore della legge Madia, si presentavano come contigui, se non addirittura passibili di sovrapposizione, e questo fatto, che influiva direttamente sull'individuazione delle fattispecie di applicazione del nuovo istituto, ha sicuramente contribuito a creare quelle incertezze intorno alle quali ad un certo punto il Governo ha ritenuto di dover chiedere lumi al Consiglio di Stato. Del resto è

del raggiungimento degli obiettivi di semplificazione, per assicurare la presenza di un'amministrazione "capace da un punto di vista tecnico, di non limitarsi all'analisi dei profili giuridico amministrativi nella valutazione dei diversi interessi pubblici, ma di considerare anche gli aspetti economici delle problematiche all'esame, misurando e quantificando l'impatto delle misure amministrative da adottare"

²² Così TRAVI, *La semplificazione*, cit.

particolarmente significativo che il Governo abbia ritenuto di non utilizzare la delega che gli era stata attribuita per risolvere i problemi applicativi che erano emersi fin dall'inizio intorno a questo istituto; nel d. lgs. n. 127 del 2016, recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, non è presente alcuna previsione sui rapporti tra i due istituti, e dopo aver licenziato il decreto attuativo il Ministero per la semplificazione si è rivolto all'organo di consulenza per sottoporre ad esso tutta una serie di quesiti. Evidentemente anche la genesi particolare di questa disposizione, in origine destinata ai soli rapporti tra Amministrazioni statali e poi estesa a tutte le Amministrazioni nel corso dei lavori parlamentari, alla quale si è ad un certo punto affiancata una certa 'vulgata' comunicativa, che, all'indomani della sua entrata in vigore, la presentava come lo strumento che aveva introdotto il silenzio assenso in tutti i procedimenti amministrativi e in tutti i casi in cui fossero coinvolte una pluralità di pubbliche Amministrazioni²³, hanno caricato di attese e di ambiguità le opzioni interpretative intorno ad essa, al punto da indurre il Governo a non esercitare la delega che pure gli era stata espressamente attribuita, rimettendo la questione al Consiglio di Stato.

Come si anticipava nelle pagine precedenti, le risposte fornite dal parere sono numerose e contribuiranno sicuramente a chiarire la portata applicativa dell'art. 17 *bis* sotto vari punti di vista, togliendolo da quello stato di 'disposizione fantasma' nel quale rischiava di finire confinato²⁴; tuttavia, come si vedrà, nemmeno all'esito dell'esercizio della funzione consultiva tutti gli interrogativi paiono chiariti, anche perché si avrà modo di constatare che probabilmente non tutte le questioni prospettabili sono state poste al Consiglio di Stato. Né va dimenticato che la disposizione presenta alcune lacune che paiono difficilmente colmabili anche attraverso un'attività 'quasi autentica' di interpretazione quale quella fornita dal parere in esame.

Ricordare il contenuto di questa disposizione può essere utile per cogliere al meglio l'apporto interpretativo offerto dal parere in esame.

Stabilisce l'art. 17 *bis* che: “ 1. *Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di Amministrazioni pubbliche e di gestori di beni e servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre Amministrazioni pubbliche, le Amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio, assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione, da parte dell'Amministrazione procedente*”.

²³ Cfr. su questi aspetti MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra Amministrazioni*, in www.giustamm.it

²⁴ Sui problemi applicativi dell'art. 17 *bis* all'indomani dell'attuazione della delega legislativa in materia di conferenza di servizi sia consentito il rinvio a MARZARO, *Coordinamento tra amministrazioni e silenzio assenso*, in *Riv. Giur.urb.* 2016, 41 ss.

2. “Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le Amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento”.

3. “Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l’adozione di provvedimenti normativi o amministrativi di competenza di Amministrazioni pubbliche”.

I quesiti posti dall’Ufficio legislativo del Ministero per la semplificazione e la pubblica Amministrazione al Consiglio di Stato sono numerosi e articolati e riguardano una serie molto ampia di questioni di natura anche molto differente, alcune effettivamente complesse, altre probabilmente poste a scopo didascalico, quasi per far sì che attraverso il parere si riesca finalmente a formare una base dispositivo chiara ed essenziale che permetta di dare applicazione al nuovo istituto.

In sintesi vengono chiesti chiarimenti intorno:

- a) all’ambito di applicazione soggettivo dell’art. 17 bis;
- b) all’ambito di applicazione oggettivo;
- c) ai rapporti con la conferenza di servizi;
- d) alle modalità di formazione del silenzio assenso e all’esercizio del potere di autotutela dopo la formazione del silenzio assenso.

4.1 L’ambito di applicazione soggettivo del silenzio assenso tra Amministrazioni

Quanto all’ambito di applicazione soggettiva della disposizione sul silenzio, definito anche “interamministrativo”²⁵, le questioni poste riguardavano quattro diversi profili:

- a) *l’applicabilità a tutte le Amministrazioni pubbliche, comprese le Regioni e gli enti locali;*

In questo caso la prospettazione favorevole del Ministero ha trovato conferma nel parere, il quale fonda, condivisibilmente, l’estensione dell’applicazione del silenzio assenso a queste Amministrazioni – comprese Regioni a statuto speciale e Province autonome - sulla presenza di una potestà legislativa statale ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett.m), Cost., in linea con la giurisprudenza costituzionale in materia di semplificazione. Più forzato pare invece il riferimento, a voler suffragare ulteriormente questa tesi, all’art. 29,

²⁵ Così DE LUCIA, *La conferenza*, cit., 21.

comma 2-ter, della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui qualifica come attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni le disposizioni dettate dalla stessa legge in materia di dichiarazione di inizio di attività e di silenzio assenso. La Commissione è consapevole che la disposizione in realtà preesisteva all'art. 17 *bis* ma egualmente ritiene che essa possa essere posta a fondamento dell'applicabilità di questa previsione per un'identità di obiettivi che accomuna le disposizioni della legge n. 241; in realtà il silenzio assenso cui fa riferimento l'art. 29, citato, ha natura diversa, verticale, si forma nei rapporti tra Amministrazioni e privati – sempre tenuto distinto nel parere da quello oggetto della disposizione in esame - e sempre una relazione tra Amministrazioni e privati è quella che si forma sulla base della D.I.A., per cui se l'elemento fondante è una omogeneità di obiettivi, forse più semplice e coerente sarebbe stato rinvenire tale caratteristica direttamente nella giurisprudenza costituzionale in materia di semplificazione, da cui si possono trarre innumerevoli segni circa l'applicabilità dei regimi di semplificazione alla generalità delle Amministrazioni pubbliche in quanto attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lett.m) dell'art. 117, secondo comma Cost.

b) *l'applicabilità agli organi politici;*

In questo caso la questione è semplice e non può che essere risolta in senso positivo, poiché “ciò che rileva è...la natura dell'atto da adottare (amministrativo o normativo, subprimario), non la natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza”, mentre naturalmente questa previsione non può applicarsi a decisioni di carattere non amministrativo e a connotazione ‘politica’ in senso stretto.

c) *l'applicabilità alle Autorità amministrative indipendenti;*

Allo stesso modo il Consiglio di Stato risponde favorevolmente anche su tale questione, ritenendo l'applicazione “conforme all'ampio tenore letterale della disposizione”, alla natura amministrativa ormai ad esse pacificamente riconosciuta, naturalmente fatte salve disposizioni diverse che dettino una previsione incompatibile con il silenzio assenso. Degno di nota il fatto che la Commissione proponga, *de jure condendo*, di estendere a questi soggetti la previsione di cui al comma 3, sul termine lungo di novanta giorni per la formazione del silenzio assenso, oggi disposta per gli interessi sensibili, evidentemente sul presupposto di una differenziazione degli interessi di cui le Autorità indipendenti sono portatrici, finora sconosciuto all'ordinamento.

d) *l'applicabilità ai gestori di beni e di servizi pubblici;*

Questione più complessa prospettata nei quesiti riguardava l'applicabilità ‘piena’ dell'art. 17 *bis* ai gestori di beni e servizi pubblici anche quando siano titolari del procedimento (e debbano acquisire l'assenso di altre Amministrazioni) e non solo quando siano chiamati a dare l'assenso nell'ambito di procedimenti di altre

Amministrazioni, come pare doversi ricavare dal tenore letterale del primo comma della disposizione, che fa riferimento all' “*acquisizione di assensi...di Amministrazioni pubbliche e di gestori di beni e servizi pubblici*”.

In questo caso l'interpretazione estensiva della norma viene fondata sulla nozione, di matrice comunitaria e ormai accolta dalla giurisprudenza prevalente, di pubblica Amministrazione “oggettiva e funzionale...in virtù della quale si considera pubblica Amministrazione ogni soggetto che a prescindere dalla veste formale-soggettiva, sia tenuto ad osservare, nello svolgimento di attività o funzioni, i principi del procedimento amministrativo”, e su questa base, vengono ricomprese tra i destinatari della disposizione anche le società *in house*.

4.2 L'ambito di applicazione oggettivo; rapporti con gli artt. 16 e 17 della legge sul procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili

Per ciò che riguarda invece l'applicazione della disposizione della legge n. 241 del 1990 dal punto di vista oggettivo, anche in questo caso le questioni poste erano più d'una e alcune particolarmente articolate, a partire da quella più semplice:

a) *applicabilità agli atti normativi*;

In realtà la questione potrebbe non avere nemmeno ragione di porsi visto l'espreso riferimento letterale all' “*adozione di provvedimenti normativi*” contenuto nel comma 1 dell'art. 17 *bis*; ciononostante il Ministero per la semplificazione ha ritenuto di dover porre la questione, alla quale il Consiglio di Stato ha risposto affermativamente proprio sulla base del dato testuale, di tutta evidenza.

Il quesito, peraltro, ha costituito occasione per approfondire la natura del silenzio assenso introdotto da questa disposizione, respingendo anzitutto la tesi (abbastanza singolare) di un possibile parallelismo con l'istituto analogo disciplinato dal successivo art. 20, secondo cui anche l'istituto nuovo, introdotto dalla legge del 2015, avrebbe trovato applicazione ai soli procedimenti aventi natura autorizzatoria; d'altra parte non era possibile rinvenire alcun elemento nella nuova disposizione sul quale poter fondare una simile lettura.

Più interessante la configurazione di questa nuova figura di silenzio assenso offerta dal parere e sulla quale si tornerà più avanti: si tratta di un silenzio assenso definito ‘orizzontale’ che “*opera nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti*”²⁶, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento”, con riguardo ad “*ogni procedimento (anche eventualmente ad impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria*

²⁶ Corsivo di chi scrive.

*di competenza di altra Amministrazione*²⁷, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso”.

b) *applicabilità a procedimenti relativi ad interessi pubblici sensibili;*

Anche in questo caso il quesito poteva apparire superfluo dato il tenore letterale del comma 3 dell’art. 17 *bis*, ma evidentemente esso è stato posto per chiarirne e consolidarne la portata, allo scopo di fare dell’opzione interpretativa prospettata dal parere un ‘parametro istituzionale’ di riferimento ai fini dell’applicazione della disposizione.

Naturalmente il parere non poteva che rispondere positivamente al quesito escludendo qualsiasi dubbio interpretativo in questo senso, ferma restando naturalmente la diversa portata del termine per la formazione del silenzio assenso, novanta giorni e non trenta, a meno che non sia previsto per la specifica co-decisione un termine diverso, che in ipotesi potrebbe essere anche più breve.

Di maggiore interesse però il chiarimento che la Commissione speciale compie sul caso del coinvolgimento di interessi sensibili (sostanzialmente ignorati, invece, quando essa si è soffermata sulla concezione della nuova Amministrazione frutto della riforma Madia).

Coerentemente con quanto affermato in precedenza, circa l’applicabilità dell’art. 17 *bis* “ad ogni procedimento che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra Amministrazione”, il parere prosegue chiarendo che “*l’applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dovrà essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall’Amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell’atto*²⁸” e tale esclusione opera “senza che rilevi la circostanza che la richiesta sia presentata direttamente dal privato o da questi per il tramite dello sportello unico”.

L’art. 17 *bis* si applica quindi ai rapporti orizzontali tra Amministrazioni, laddove l’atto di consenso debba essere rilasciato, all’interno di un procedimento unitario, da un’Amministrazione all’Amministrazione procedente che gliel’abbia richiesto; esso non trova applicazione, per contro, nei casi in cui l’atto sia stato richiesto direttamente dal privato, pur collocandosi all’interno di altro procedimento.

Il chiarimento offerto dal parere in realtà tocca anche uno dei punti più controversi della disposizione in esame, sui quali si era appuntata l’attenzione dei commenti in prima battuta, anticipando una questione che viene poi trattata più diffusamente nel prosieguo, alla quale vale comunque la pena di accennare fin d’ora. L’art. 17 *bis*, infatti, era stato presentato anche come la nuova disciplina applicabile allo sportello unico – con

²⁷ Corsivo di chi scrive.

²⁸ Corsivo di chi scrive.

un impatto quindi sicuramente importante sulla gestione degli interessi cd. sensibili, basti pensare allo Sportello unico per l'edilizia e a quello per le attività produttive - ritenendo che il caso della richiesta del privato per la realizzazione di un certo intervento, per il quale fosse necessaria una pluralità di atti di consenso, integrasse la fattispecie di cui all'art. 17 *bis*, come se la 'canalizzazione' del fascio di procedimenti aperti dalla presentazione dell'istanza del privato attraverso lo sportello, ne provocasse la riunione in un procedimento unitario su iniziativa dell'Amministrazione responsabile dell'ufficio.

In realtà questa prospettazione si scontrava con la migliore configurazione dottrinale e giurisprudenziale dello Sportello unico, a partire dalla giurisprudenza costituzionale che, definendolo 'procedimento di procedimenti', aveva escluso che esso determinasse un riaccorpamento strutturale delle funzioni intorno ad un unico centro decisionale, continuando invece a rimanere separate le competenze delle Amministrazioni coinvolte in quello che andava definito come procedimento amministrativo complesso²⁹.

Sotto questo profilo il Consiglio di Stato, il quale tornerà nel prosieguo su tale fattispecie, è comunque netto nell'escludere l'applicazione dell'art. 17 *bis*, in ragione del fatto che la richiesta dell'atto di consenso provenga dall'esterno, sia frutto di un rapporto 'verticale' tra privato e Amministrazione e non 'orizzontale', tra Amministrazioni co-decidenti.

Quanto ai casi di esclusione del silenzio assenso 'orizzontale', il parere si occupa poi dei casi di esclusione di cui al comma 4, "*in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi*", estendendone l'applicazione anche nel caso di "contrarietà con le sentenze rese dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale", poiché queste, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, producono i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto.

c) *rapporti con gli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990;*

Il problema dei rapporti, del coordinamento tra l'art. 17 *bis* e le due disposizioni semplificatorie che lo precedono, l'art. 16, sul rilascio dei pareri, e l'art. 17 su quello delle valutazioni tecniche - entrambe le quali, com'è noto, contengono invece una clausola di salvezza degli interessi sensibili - era stato posto da più parti in dottrina, in presenza di un trattamento opposto offerto da queste disposizioni agli interessi alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

²⁹ Su questi aspetti, anche per i relativi riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio, più ampiamente, a MARZARO, *Certezza e incertezza*, cit.

Il parere del Consiglio di Stato aggiunge un tassello nuovo con riguardo ad un coordinamento che però anche in questo contesto viene definito “particolarmente problematico”, e fonda l’inquadramento della questione sulle diverse fasi del procedimento nelle quali operano le discipline in esame.

In premessa peraltro, una volta distinte le differenti fasi del procedimento nelle quali trovano collocazione le due discipline – istruttoria per gli artt. 16 e 17 e decisoria per l’art. 17 *bis* –, la Commissione ne ricava che anche i pareri vincolanti, in quanto aventi sostanzialmente natura decisoria, rientrano nella categoria degli atti di consenso di cui all’art. 17 *bis* e vengono formalmente estrapolati dall’art.16.

Con questa precisazione il Consiglio di Stato, d’altra parte, non fa che confermare letture che erano già stato prospettate in dottrina e in giurisprudenza³⁰, ma soprattutto procede ad una sostanziale equiparazione delle fattispecie, per ciò che riguarda gli atti coinvolti, tra conferenza di servizi e silenzio assenso interamministrativo endoprocedimentale. Con il D.Lgs. n. 127 del 2016, infatti, l’art. 14, al comma 2, nel disciplinare la conferenza decisoria, diversamente dal passato, ha compreso espressamente all’interno della categoria generale degli “*atti di assenso, comunque denominati*” anche i pareri, evidentemente vincolanti trattandosi di una conferenza decisoria. E’ da dire che questo chiarimento probabilmente permetterà anche un migliore coordinamento tra i due istituti, come si vedrà più avanti.

Quanto alla diversità di trattamento degli interessi sensibili negli artt. 16 e 17 e nell’art. 17 *bis*, essa si spiega secondo la Commissione speciale in ragione della diversa funzione esplicitata dai relativi atti; la valutazione degli interessi è imprescindibile in fase istruttoria, e dunque devono intervenire necessariamente pareri e valutazioni tecniche da parte delle Amministrazioni a ciò deputate, mentre diversa è la situazione se ci si trova nella fase decisoria, nella quale si colloca l’art. 17 *bis*, la quale presuppone necessariamente che si sia chiusa l’istruttoria, come si ricava anche dal fatto che quest’ultima disposizione fa riferimento ad uno “*schema di provvedimento*” sul quale deve intervenire il consenso di tutte le Amministrazioni coinvolte.

“Il riferimento allo schema di provvedimento implica che si sia già chiusa la fase istruttoria, dovendosi ritenere che siano proprio le risultanze dell’istruttoria a consentire all’Amministrazione procedente l’elaborazione dello schema di decisione sul quale l’Amministrazione interpellata esprimerà il proprio assenso”.

³⁰ Sull’inerenza del parere vincolante alla funzione decisoria, di determinazione del contenuto finale del provvedimento, e non a quella consultiva, cfr. per tutti TRAVI, *Parere (nel diritto amministrativo)*, in *Digesto, discipline pubbl.*, Torino, 1995. Ribadisce tale natura decisoria e la conseguente impugnabilità dei pareri vincolanti di recente anche Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, 464, in sede di parere sullo schema del decreto legislativo recante Codice dei contratti (in www.giustizia-amministrativa.it).

Di altrettanto interesse anche il passaggio successivo compiuto dal parere, per quanto esso forse non sgombri il campo da tutti i dubbi, circa la portata di questo rapporto 2particolarmente problematico”.

La legge n. 124 del 2015, si ribadisce, non è intervenuta sull’art. 16, comma 3 (e in realtà nemmeno sulla disposizione ‘gemella’ dell’art. 17, comma 3): quindi gli “interessi sensibili restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento”. Ciò dovrebbe significare – sul presupposto della necessità della tutela degli interessi sensibili - che non dovrebbe decorrere il termine per la conclusione del procedimento, in attesa dell’atto istruttorio necessario³¹, e dunque non potrebbe nel frattempo formarsi anche un silenzio ad effetto favorevole; ma nel passaggio successivo il parere introduce un canone ulteriore, di particolare interesse e altrettanta delicatezza, al quale però non pare essere dato uno sviluppo pieno.

“Quanto alla successiva fase decisoria – si prosegue – *anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l’interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell’Amministrazione procedente*³²”.

Ora, se la fase istruttoria, con le valutazioni tecniche, è una fase necessaria – in un punto successivo del parere si ribadisce che “la norma non trova applicazione nelle ipotesi previste dagli artt. 16 e 17, quando è prevista l’acquisizione di valutazioni” – quest’ultima affermazione dovrebbe riguardare le ipotesi in cui il rilascio dell’atto di consenso in materia di interessi sensibili non richieda tuttavia un’istruttoria tipizzata dalla presenza di valutazioni da richiedere ad un determinato organo tecnico e riveste particolare interesse perché farebbe pensare che Il Consiglio di Stato si ponga sulla stessa linea di un’attenta tesi, prospettata in dottrina in particolare dopo l’entrata in vigore dell’art. 17 *bis*³³, che, fondandosi sulla giurisprudenza costituzionale in materia di interessi sensibili, ne fornisce una lettura orientata.

In particolare, soprattutto attraverso un’attenta rivisitazione della giurisprudenza costituzionale sul silenzio assenso e sugli interessi sensibili, che fa perno in primo luogo sulle pronunce in materia di “valori costituzionali primari”, cui spesso la Consulta è ricorsa per identificare la tutela del paesaggio e quelle dell’ambiente e della salute, se ne mette in luce il nucleo fondante secondo il quale la “primarietà comporta la necessità della presa in considerazione in forma espressa e completa dei valori in questione nel percorso

³¹ Se l’acquisizione necessaria delle valutazioni tecniche ai sensi dell’art. 17 della legge n. 241 del 1990 abbia efficacia sospensiva del termine per la conclusione del procedimento, è questione discussa che trova soluzioni opposte; su di essa si veda da ultimo DELLA SCALA, *Art. 17 legge 7 agosto 1990, n. 241*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino 2016.

³² Corsivo di chi scrive.

³³ Cfr. SCIULLO, *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 58 ss.

di assunzione delle decisioni politiche (essenzialmente di carattere legislativo) e amministrative³⁴. Se ciò non implica, secondo questa tesi, “una riserva di considerazione a favore delle Amministrazioni che li hanno in carica, anche se i canoni generali di ragionevolezza e di buon andamento esprimono una preferenza a favore delle stesse. Quello che pare... decisivo è il dato oggettivo costituito dalla ‘compiuta ed esplicita rappresentazione’ di questi interessi, comunque essa intervenga”³⁵

Ecco che allora, in una lettura costituzionalmente orientata, nel caso in cui la rappresentazione e la valutazione degli interessi non sia avvenuta nella sede a ciò deputata, si applicherà comunque il meccanismo del silenzio assenso, ma “alla condizione che l’autorità competente a formulare la determinazione conclusiva ... assuma la decisione motivando in forma espressa e compiuta anche in relazione al ‘valore primario’ rispetto al quale si è manifestato il silenzio”³⁶.

Così sembrerebbe doversi ritenere anche nelle attente e pur caute affermazioni del parere, ma sullo sfondo di una questione che sembra rimanere aperta e difficilmente componibile.

Se, infatti, quello che incombe sull’Amministrazione è la necessità della rappresentazione e della valutazione esplicite dell’interesse, a prescindere dalla sede nella quale ciò avviene, allora questo principio potrebbe portare la bilancia a pendere sull’applicazione del silenzio assenso endoprocedimentale rispetto a quella necessità della fase istruttoria di valutazione prospettata dal parere. Se quanto deve essere garantito è la considerazione espressa dell’interesse sensibile, e ciò può avvenire anche in fase decisoria, ne potrebbe derivare una dequotazione della fase istruttoria – che allora non verrebbe più garantita attraverso la sospensione del termine in attesa della valutazione, come si osservava in precedenza - in favore dell’accelerazione del procedimento e con lo spostamento del giudizio tecnico in capo all’amministrazione procedente.

In realtà la difficoltà del coordinamento è confermata anche dalle risposte che il parere fornisce, dalla stessa cautela con cui sono formulate, pur dovendosi registrare un’evoluzione positiva nella presa di posizione del Consiglio di Stato, che non poteva non essere consapevole, al di là dell’inquadramento generale della ‘nuova Amministrazione’ che ha inteso dare da quella posizione ‘centrale’ in cui si colloca, della delicatezza e della complessità della questione, la quale, per altro verso, comunque rappresenta un altro passo verso una

³⁴ Così SCIULLO, *Interessi differenziati, cit.*, 85.

³⁵ Cfr. SCIULLO, *Interessi differenziati, cit.*, 86.

³⁶ Così ancora SCIULLO, *Interessi differenziati, cit.*, 92, il quale pone sullo stesso piano la disciplina di questi interessi nel caso di conferenza di servizi e di silenzio assenso tra amministrazioni, anche sulla base della sostanziale equiparazione di trattamento dei silenzi endoprocedimentali operata dalle relative disposizioni nelle due fattispecie.

“normalizzazione”³⁷ degli interessi sensibili che potrebbe portare anche ad ulteriori sviluppi altrettanto delicati.

Sotto un profilo diverso, infatti, va osservato che questo breve passaggio del parere – ove inteso alla luce di quell’interpretazione costituzionalmente orientata di cui si è detto - se da una parte potrebbe aiutare a chiarire la questione del trattamento degli interessi sensibili nelle fattispecie del coordinamento tra Amministrazioni -quanto meno nel senso che, in ogni caso, una valutazione espressa deve esserci - sicuramente ne potrebbe aprire in modo più ampio altre, e molto delicate, a partire da quella della riserva o meno delle valutazioni tecniche alle Amministrazioni ‘specializzate’ che sta alla base dell’art. 17 della legge n. 241, ma pervade di sé in primo luogo la stessa essenza di un’Amministrazione deputata alla tutela del patrimonio culturale ai sensi dell’art. 9 Cost.³⁸

d) *applicabilità dell’art. 16 ai procedimenti normativi;*

il parere dà una risposta negativa alla questione prospettata dal Governo, che valorizzando il parallelismo tra art. 17 *bis*, per le dichiarazioni di volontà, e art. 16, per le dichiarazioni di giudizio, prospettava la possibilità di applicare l’art. 16, sul regime semplificato dei pareri, anche agli atti normativi. La “tesi del parallelismo...non appare persuasiva in assenza di una esplicita disposizione di legge”.

e) *non applicabilità ai procedimenti ad iniziativa di parte che si svolgono presso un’Amministrazione competente a ricevere la domanda del privato ma rispetto ai quali la competenza sostanziale è di altra Amministrazione (Sportello unico);*

Il Consiglio di Stato torna sulla configurazione oggettiva della fattispecie per ribadire la non applicabilità dell’art. 17 *bis* ai casi di procedimenti connessi tramite Sportello unico, rigettando la tesi prospettata dal Governo e che era stata presentata come una delle grandi novità della riforma Madia, all’indomani della sua entrata in vigore.

In particolare il quesito ne sosteneva invece l’applicabilità in ragione della formulazione letterale della disposizione, senza peraltro diffondersi particolarmente su di essa.

L’organo consultivo, per contro, non ritiene convincente la tesi, sulla base del presupposto che “l’art. 17 *bis* si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata”, laddove “le due Amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che *entrambe devono essere titolari di una funzione decisoria sostanziale*”³⁹. Nei casi in cui un’Amministrazione ha un ruolo meramente formale

³⁷ Cfr. DE LUCIA, *La conferenza*, cit., 28.

³⁸ Su questi profili sia consentito il rinvio a MARZARO, *Epistemologie del paesaggio; natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2014, 843 ss.

³⁹ Corsivo di chi scrive

(raccolge e trasmette l'istanza all'Amministrazione unica decidente), la decisione risulta monostrutturata". Poiché dunque in questo caso non ci si trova di fronte ad una co-decisione ma ad un rapporto 'verticale' tra Amministrazione e privato, solo formalmente veicolato da altra Amministrazione, ne deriverebbe che la fattispecie rientrerebbe nel diverso campo di applicazione dell'art. 20 della legge n. 241, sul silenzio assenso tra Amministrazione e privato, ma l'applicazione ad esso dell'art. 17 *bis* produrrebbe l'effetto, espressamente escluso invece dall'art. 20, comma 4, di provocare il silenzio assenso per gli atti posti a tutela di interessi sensibili, determinando una implicita abrogazione di questa disposizione: "si avrebbe così in via interpretativa la tacita abrogazione di norme espresse (escludenti il silenzio assenso), per di più poste a tutela di interessi pubblici primari".

Né convince la Commissione la tesi prospettata di una sostanziale equivalenza tra art. 17 *bis* e art. 20, come previsioni che introducono entrambe ipotesi di silenzio assenso, l'una nei rapporti tra Amministrazioni, l'altra nei rapporti con i privati, perché per ciò che riguarda gli interessi primari la fattispecie è opposta: mentre nell'art. 17 *bis* il loro coinvolgimento determina unicamente l'allungamento del termine per la produzione del silenzio assenso, il comma 4 esclude espressamente il prodursi del silenzio significativo.

4.3 Art. 17 bis e coordinamento tra Amministrazioni; l'esclusione dell'applicazione in caso di Sportello unico

Il parere in esame tocca anche la questione del rapporto con la conferenza di servizi che il Governo, come ricordato in precedenza, aveva scelto di non affrontare, omettendo di dare applicazione ad uno dei contenuti necessari di cui all'art. 2 della legge n. 124 e quindi di affrontare il problema di una possibile sovrapposizione, quantomeno parziale, tra i due istituti.

a) rapporto con la conferenza di servizi;

Nemmeno il Consiglio di Stato sembra reputare necessario un particolare approfondimento del problema e si limita alla fine a confermare quell'opzione interpretativa alla quale aveva fatto un brevissimo cenno solo la relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo sulla conferenza di servizi, per cui l'art. 17 *bis* si applica "nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più amministrazioni opera la conferenza di servizi". In realtà a questa conclusione si giunge non solo perché era stata prospettata dal Governo nella relazione, ma anche in virtù di un elemento letterale che a prima vista può passare inosservato, quando si presta attenzione al costruito

complessivo delineato dal legislatore, e sul quale è venuto invece a trovarsi imperniato, in modo assolutamente implicito, il rapporto tra conferenza di servizi e silenzio assenso tra amministrazione.

Poichè l'art. 14, comma 2 – nella nuova versione di cui al D. Lgs. n. 127 del 2016 - rende obbligatoria la conferenza di servizi quando, ai fini della conclusione del procedimento, siano necessari “*più... atti di assenso, comunque denominati*”, a fronte della fattispecie apparentemente coincidente di cui all'art. 17 *bis* (che si riferisce genericamente ad “*assensi, concerti, nulla osta comunque denominati*”) ne dovrebbe derivare in via residuale, negativa, che il silenzio assenso tra amministrazioni viene a ridursi ai soli casi in cui, ai fini dell'adozione di provvedimenti amministrativi o normativi, sia richiesto un solo atto di consenso qualsivoglia denominato, mentre invece quando gli atti di assenso siano più d'uno si scivola necessariamente nell'alveo della conferenza di servizi. Al fondo della scelta del legislatore vi sarebbe, quindi, una lettura sostanzialmente quantitativa della complessità tipica delle decisioni strutturate: più atti di consenso coinvolti, conferenza di servizi, un solo atto di consenso, silenzio assenso tra amministrazioni.

Va detto, peraltro, che comunque il parere non sembra esaurire la questione del rapporto tra i due istituti e su di essa si tornerà al momento di trattare dell'ambito di applicazione oggettivo individuato dalla co-decisione delle due Amministrazioni⁴⁰.

Nel raffrontarli il parere si sofferma invece, *de jure condendo*, su un profilo particolare dell'art. 17 *bis*, relativo agli strumenti per il superamento del dissenso, dei quali si mette in luce la notevole differenza nelle due ipotesi.

b) *mancato accordo tra amministrazioni*;

Secondo l'organo consultivo, l'art. 17 *bis*, comma 2, secondo periodo, desta varie perplessità laddove stabilisce che “*In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali, coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento*”.

In disparte il fatto che i meccanismi di superamento del dissenso abbiano una portata diversa nel caso di conferenza di servizi e di silenzio assenso tra Amministrazioni, ad onta della tendenziale, affermata, corrispondenza tra gli istituti, il parere ritiene non appropriata la sede prescelta per introdurre tale previsione: “*essa infatti disciplina un meccanismo sostitutivo che presuppone il dissenso espresso, che, dunque, non si applica per definizione nelle ipotesi di silenzio assenso che costituiscono l'oggetto specifico dell'art. 17 bis*”. Anche questa prospettazione però desta qualche perplessità.

⁴⁰ Cfr. infra il § 5.

Il fatto che il legislatore abbia disposto che al silenzio dell'Amministrazione, decorso il termine per pronunciare il consenso, consegua l'effetto favorevole di rilascio dell'atto, non comporta certamente che l'autorità co-decidente sia esonerata dal dovere di pronunciarsi e di pronunciarsi eventualmente anche in senso negativo; se il silenzio assenso è rimedio ad una patologia dell'amministrare, esso non può portare alla negazione della sua fisiologia, e dunque è nella fisiologia dell'amministrare che l'autorità chiamata alla co-decisione possa ritenere di non essere d'accordo sullo schema di provvedimento che le è stato inviato e neghi il proprio consenso o proponga delle modifiche sulle quali non intervenga però il consenso dell'Amministrazione procedente.

E' in questo caso, quindi, e la sede della disposizione da questo punto di vista pare consona, che, nella fisiologia delle decisioni pluristrutturate, scatta il meccanismo del superamento del dissenso, che in modo altrettanto fisiologico potrà portare anche a delle modifiche dello schema del provvedimento.

Nulla dice invece il parere su altri profili della fattispecie, quali in ipotesi il fatto che il disaccordo si ponga tra autorità statali e non, o tra amministrazioni in ogni caso diverse da quella statale: mancano in questo caso i meccanismi devolutivi previsti per la conferenza di servizi, e questo denota una lacuna del sistema, che risente dell'origine 'spuria' di questa disposizione; allo stesso modo nulla si dispone nel caso in cui le richieste di modifica non presentino i requisiti della motivazione e della formulazione in modo puntuale contemplati dal comma 1 dell'art. 17 *bis*.

Su questi profili peraltro si tornerà al momento di cercare di tratteggiare nel suo complesso la portata e le caratteristiche di questa dibattuta disposizione⁴¹.

4.4 Formazione del silenzio assenso, dissenso tardivo e autotutela

Il parere tratta anche della formazione del silenzio assenso e dell'eventuale autotutela sul provvedimento finale.

a) formazione ed eventuale illegittimità del silenzio;

Naturalmente "è sufficiente, da parte dell'Amministrazione procedente, l'invio formale del testo non ancora sottoscritto, in vista della successiva eventuale sottoscrizione di un testo condiviso...nell'ipotesi di assenso espresso". Nel caso di inerzia dell'autorità interpellata, "il provvedimento potrà essere sottoscritto soltanto dall'Amministrazione procedente, dando atto, in calce al provvedimento dell'invio dello schema di provvedimento e del decorso del termine per il silenzio assenso"; ciò non toglie che l'amministrazione rimasta

⁴¹ Cfr. *infra* § 7.

silente non possa anch'essa procedere spontaneamente alla firma del provvedimento, il quale comunque rimane in ogni caso – sottoscrizione o meno – imputabile anche a questa.

L'organo consultivo ritiene poi, di propria iniziativa, di porsi la questione della possibile illegittimità del provvedimento finale per difetto di motivazione o per carenza di istruttoria e risolve la questione rapidamente per ciò che riguarda la prima ipotesi. Come in tutti i casi di silenzio assenso, l'espressione della volontà provvedimentale è legittimata anche dall'inerzia nel decorso del termine, per cui “la motivazione esplicita non è più richiesta come elemento strutturale dell'atto”, e prosegue poi osservando che in linea empirica essa potrebbe considerarsi “insita nell'adesione implicita alla ‘proposta’ di atto formulata dall'amministrazione procedente”, anche se a ben vedere un'adesione implicita forse non pare coerente con la natura patologica dell'inerzia alla quale il legislatore pone rimedio con il silenzio assenso.

Prosegue poi il parere osservando che “a conclusioni diverse potrebbe pervenirsi con riguardo al difetto di istruttoria. La totale omissione di qualsiasi attività preparatoria potrebbe costituire, infatti, indice di una radicale assenza di adeguata preparazione dell'esercizio del potere: il silenzio assenso maturato, seppur idoneo al perfezionamento dell'atto, non sarebbe sufficiente per colmare un vizio essenziale del procedimento”; esso però non si diffonde ulteriormente sulla questione, che pare in realtà delicata. Se si può pensare ad un'illegittimità per assenza di taluno degli eventuali requisiti richiesti per il rilascio dell'atto di consenso, pare però più difficile pensare che possa ravvisarsi un vizio siffatto (generale, in grado di inficiare in ipotesi tutte le fattispecie di silenzio assenso) in presenza di una disposizione che espressamente rimedia all'inerzia della p.A. attribuendo ad essa significato di accoglimento dell'istanza. Ciò a meno di non ricostruire la fattispecie generale del silenzio assenso come un'ipotesi, fisiologica al sistema, di esonero della p.A. dal solo dovere di provvedere in senso favorevole, e non dal dovere di procedere e di provvedere in senso negativo, come in effetti potrebbe ricavarsi dalla fattispecie generale di cui all'art. 20 della legge n. 241.

b) *autotutela*;

Prescinde dalla questione dei vizi appena esaminata, il contenuto del parere quanto al possibile esercizio dell'autotutela, nel quale si distinguono due ipotesi: esercizio dell'autotutela in un momento successivo all'adozione del provvedimento finale, o, invece, nella fase che si colloca tra il prodursi del silenzio assenso e l'adozione formale del provvedimento.

Nel primo caso, il problema è esaminato dal punto di vista procedurale, sul presupposto, naturalmente che l'esercizio dell'autotutela sia possibile, e porta al richiamo del principio del *contrarius actus*, per cui eventualmente l'amministrazione co-decidente e silente dovrà sollecitare quella procedente all'avvio del

riesame del provvedimento, con la conseguente possibile applicazione dell'art. 17 *bis* anche nel nuovo procedimento.

Va notato che in questo caso il parere non ritiene di esaminare la questione anche alla luce di quanto avviene per le istanze di provvedere in autotutela sulla determinazione motivata di conclusione del procedimento, di cui all'art. 14 *quater* della legge n. 241; eppure tale disciplina avrebbe potuto essere di aiuto per chiarire ulteriormente il rapporto tra i due istituti, e non ritiene nemmeno di richiamare in modo espresso il principio di leale collaborazione, che peraltro è canone generale delle relazioni tra amministrazioni.

Nel secondo caso, invece, l'organo consultivo provvede giustamente a chiarire preliminarmente “che il termine di trenta giorni...abbia natura perentoria e, dunque, che la sua scadenza faccia venir meno il potere postumo di dissentire, impedendo l'adozione formale dell'atto”. Quindi – richiamandosi ai principi generali - una volta che si sia formato il silenzio assenso, e prima che il provvedimento formale sia adottato, l'amministrazione rimasta silente perde il potere di dissentire e potrà unicamente, seguendo i canoni della leale collaborazione, sollecitare l'amministrazione che deve emanare il provvedimento ad esercitare i relativi poteri in autotutela. “Resta fermo, peraltro, anche in tale eventualità – prosegue il parere - la possibilità di attivare i meccanismi di composizione di dissensi tra amministrazioni, compreso quello previsto dallo stesso art. 17 *bis*, comma 2”.

Questa affermazione, evidentemente, si dovrebbe spiegare sul presupposto - che lascia però qualche perplessità, come si diceva in precedenza - che non possa esserci dissenso tra le due amministrazioni sulla richiesta di consenso, e che si debba sempre arrivare ad un assenso, o in modo esplicito, anche attraverso le richieste di modifica, o in modo silenzioso, e che il dissenso abbia invece un oggetto diverso, e prenda forma attraverso una richiesta di agire in autotutela, ovvero sia tardivo (rispetto alla formazione del silenzio assenso) e dunque illegittimo, ma possa essere interpretato alla stregua di una siffatta richiesta⁴².

⁴² Ipotesi che però non pare conforme agli orientamenti giurisprudenziali consolidati, che predicano l'illegittimità del dissenso tardivo, per l'avvenuta formazione del silenzio assenso, come ribadito anche dal parere in esame, e riconoscono all'amministrazione rimasta inerte il potere di chiedere il provvedimento in autotutela; cfr. su questi profili, tra le altre, Cons. Stato, IV, 11 aprile 2014, n. 1767, in www.giustizia-amministrativa.it, che peraltro con una certa ambiguità discute sulla “latitudine applicativa del detto eventuale atto di autotutela”, facendo riferimento ad un orientamento del giudice amministrativo, secondo il quale il nuovo provvedimento “non sarebbe soggetto ai limiti applicativi (sussistenza di ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole, ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati)”, che ricorrerebbero “soltanto in ipotesi di rimozione di provvedimento espresso”. Sull'illegittimità del diniego tardivo e sulla rimovibilità del silenzio assenso in sede di autotutela “nel rispetto dei requisiti formali e sostanziali previsti per l'esercizio del suddetto potere” cfr. tra le altre Cons. Stato, III, 30 settembre 2011, n. 4294; TAR Puglia, Lecce, 22 aprile 2014, n. 1081; TAR Campania, Napoli, 9 maggio 2014, n. 2579; TAR Lazio, Latina, 20 maggio



Sezione terza

5. La portata dell'art. 17 bis della legge sul procedimento amministrativo. Il rapporto 'orizzontale' tra (due sole) Amministrazioni co-decidenti; il coordinamento progressivo in ragione della complessità della decisione

L'analisi dei contenuti del parere del Consiglio di Stato ha permesso di portare l'attenzione su tutta una serie di problemi legati alla disciplina di cui all'art. 17 *bis* della legge sul procedimento amministrativo, chiarendone vari aspetti dubbi.

Si tratta ora di fornire un quadro il più possibile organico del silenzio assenso tra Amministrazioni, anche alla luce dei contributi dottrinali sin qui intervenuti; in questo quadro si ritiene di prestare altresì un'attenzione particolare alla relazione in cui l'art. 17 *bis* si pone con la nuova disciplina della conferenza di servizi dettata dal D. Lgs. n. 127 del 2016, il quale ha sostituito gli artt. da 14 a 14 *quinquies* della legge n. 241: ciò, come evidenziato anche in precedenza, poichè ci si trova di fronte a forme diverse – e sicuramente contigue – di coordinamento tra Amministrazioni.

Posto che, alla luce del parere appena esaminato, le questioni relative all'ambito di applicazione soggettivo paiono sufficientemente chiarite e consolidate – destinatarie dell'art. 17 *bis* sono tutte le Amministrazioni pubbliche, comprese Regioni ed enti locali⁴³, e all'interno di esse, anche agli organi politici (naturalmente per i provvedimenti amministrativi e normativi subprimari), oltre che, con un'interpretazione estensiva del dato testuale, i gestori di beni e servizi pubblici, e financo le società *in house* – vale la pena di tornare sull'ambito di applicazione oggettivo di questa disposizione.

Uno dei punti sui quali il Consiglio di Stato ha maggiormente insistito, infatti, è costituito dal 'rapporto orizzontale' tra Amministrazioni dotate di potestà decisoria, che connota l'essenza della disciplina dell'art. 17 *bis*. Il silenzio cd. interamministrativo, viene definito, appunto, 'orizzontale', in quanto opera "nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti", e in tal guisa viene a distinguersi dal silenzio assenso 'verticale', che si instaura nella relazione tra amministrazione e privato, ai sensi dell'art. 20 della legge n. 241.

Esso regola "ogni procedimento che preveda al suo interno una fase codecisoria necessaria di competenza di altra Amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il

2016, n. 331, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Su questi aspetti di recente anche PEPE, *Silenzio assenso e potere di intervento postumo della p.A.*, in *Urb.app.*, 2015, 713 ss.

⁴³ Può essere opportuno ricordare che, nei fatti, non vi è stata alcuna impugnazione da parte delle Regioni dell'art. 17 *bis* all'indomani dell'entrata in vigore della legge Madia: questo aspetto è stato messo in luce anche dal parere testè esaminato.

privato destinatario degli effetti dello stesso”. L’applicazione della norma, invece, “dovrà essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall’Amministrazione precedente, ma dal privato destinatario finale dell’atto”.

A tale proposito una precisazione a completare il quadro: anche se può apparire superflua, nondimeno potrebbe aprire ad altre riflessioni.

Non vi è dubbio che questa disposizione non troverà applicazione nel caso di relazione co-decisoria tra organi della medesima Amministrazione, come si può verificare nel caso in cui la decisione debba essere presa su parere vincolante di un organo interno; rimane però da vedere se un tale assetto del rapporto possa apparire coerente con la semplificazione invece disposta nel caso di relazione tra Amministrazioni diverse. Sempre quanto all’oggetto, si è visto che il Consiglio di Stato, ha ritenuto ragionevole individuare la linea di confine tra art. 17 *bis* e art. 14 della legge sul procedimento, in quell’unico elemento letterale ‘negativo’ ricavabile dal comma 2 di questa seconda disposizione, che contempla la conferenza decisoria laddove debbano essere acquisiti “*più atti di assenso*” di altre amministrazioni.

Il coordinamento orizzontale tra Amministrazioni si muoverà, dunque, lungo una linea che va dalla decisione pluristrutturata più semplice a quella più complessa; dall’art.17 *bis*, quando il provvedimento richiede l’acquisizione di un solo atto di consenso, e dunque vi sia una sola Amministrazione co-decedente, all’art. 14, quando sia coinvolta una pluralità di Amministrazioni, accanto a quella precedente.

Anche le coordinate tracciate dal Consiglio di Stato, paiono dunque confermare la lettura dell’ambito di applicazione oggettiva che era stata prospettata in dottrina fin dall’inizio⁴⁴. Il silenzio assenso sull’adozione di provvedimenti amministrativi e normativi si forma in presenza di un procedimento al cui interno sia prevista una fase necessaria di co-decisione, di competenza di una diversa Amministrazione, quando siano coinvolte al massimo due Amministrazioni e la richiesta dell’atto di consenso endoprocedimentale provenga – in senso sostanziale e non solo formalmente – dall’Amministrazione precedente e non da un privato.

5.1 Il rapporto con la conferenza di servizi

Questa configurazione permette anche di chiarire i rapporti con il nuovo art. 14, comma 2, il quale, più chiaramente rispetto al passato distingue due ipotesi di conferenza decisoria. La prima si ha “*quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all’acquisizione di più pareri...o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici*”; la seconda “*quando l’attività del privato sia*

⁴⁴ Su questo punto sia consentito un più ampio rinvio a MARZARO, *Coordinamento, cit.*, in particolare 43 ss.

subordinata a più atti si assenso...da adottare a conclusione di diversi procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni...”.

Nel primo caso siamo di fronte ad un procedimento unitario nel quale deve intervenire una pluralità di atti di consenso, nel secondo ci troviamo di fronte ad una pluralità di procedimenti connessi, in quanto finalizzati all’emanazione di altrettanti provvedimenti necessari per la realizzazione di una determinata attività, nei quali vengono in rilievo i rapporti ‘verticali’, tra Amministrazioni e privati.

Anche alla luce del contenuto del parere, quindi, paiono venuti meno i dubbi sulla possibile sovrapposizione delle fattispecie, che, a questo punto, si presentano separate tra loro⁴⁵.

Quando la conclusione del(l’unico) procedimento è subordinata alla decisione congiunta di due (sole) Amministrazioni, il modello di coordinamento viene semplificato rispetto al passato (e anche rispetto al sistema della conferenza di servizi), e nel caso di inerzia dell’amministrazione co-decedente la formazione del provvedimento finale avviene in regime di silenzio assenso; quando l’unico procedimento decisorio vede coinvolte più di due Amministrazioni, viene sempre indetta la conferenza di servizi ai sensi dell’art. 14, comma 2, primo periodo; nel caso in cui, invece, la decisione pluristrutturata presenti un grado maggiore di complessità, perché sono richiesti “*più atti di assenso...da adottare a conclusione di distinti procedimenti?*”, è convocata conferenza di servizi per la decisione sui procedimenti collegati, ai sensi dell’art. 14, comma 2, secondo periodo, anche su richiesta dell’interessato.

Quest’ultimo caso, come si evince anche dal parere, potrà essere quello nel quale lo Sportello unico è chiamato a svolgere il proprio ruolo di ‘collettore’ dei procedimenti, e che, quindi, a maggior ragione, risulta estraneo alle previsioni dell’art. 17 *bis*.

Può inoltre essere interessante valutare il grado di coerenza di questa relazione anche andando a vedere le modalità di svolgimento delle varie fattispecie di conferenza di servizi, per le quali – com’è noto – il D.Lgs. n.127 del 2016 ha disegnato forme diverse.

Come è stato bene evidenziato anche in dottrina⁴⁶, infatti, la progressione che si è constatato essersi formata tra art. 17 *bis* e art. 14 della legge sul procedimento, in ordine all’oggetto della conferenza è presente anche per quanto riguarda lo svolgimento dei vari moduli di coordinamento e ne rivela ulteriori analogie.

In particolare, se si guarda alla conferenza semplificata - che si presenta come il modello ordinario di procedere in caso di decisioni pluristrutturate – tanto ai sensi dell’art. 14, comma 2, primo periodo, che del

⁴⁵ Sul rischio della sovrapposizione della fattispecie contemplata dall’art. 17 *bis* con quelle delineate dagli artt. 14 ss. della legge n. 241, ante D. Lgs. N. 170 del 2016, sia consentito il rinvio a MARZARO, *Certezza, cit.*

⁴⁶ DE LUCIA, *La conferenza, cit.*, in particolare 18 ss.

secondo, essa si svolge “*in modalità asincrona*”⁴⁷; non vi è più quindi contestualità dell’esame e della decisione, ma ciascuna amministrazione agisce autonomamente assumendo le proprie determinazioni, congruamente motivate e conformi alle regole del dissenso costruttivo già elaborate nel precedente regime, e le comunica all’amministrazione procedente.

In caso di inerzia, inoltre, si forma un silenzio assenso endoprocedimentale, al pari di quanto avveniva in passato.

Sotto questo profilo, quindi, vi è analogia piena con il meccanismo di formazione della decisione nella fattispecie di cui all’art. 17 bis.

Nei casi più complessi, invece, la conferenza decisoria può assumere le forme della conferenza simultanea che si svolge in modalità sincrona (art. 14 *ter*), e anche in questo caso si applicano le regole note sul silenzio assenso e sul dissenso costruttivo.

Così tratteggiata la relazione tra art. 17 *bis* e art. 14, come si è venuta evolvendo dall’entrata in vigore della prima disposizione nel 2015, non si può dunque che convenire sul fatto di essere presenti ad una “modulazione della procedura in relazione alle questioni sostanziali da affrontare: per gli affari più semplici, il silenzio assenso ex art. 17 bis; per quelli leggermente più complessi la conferenza semplificata; per quelli di una certa complessità, la conferenza simultanea”⁴⁸.

Da questo punto di vista, quindi, l’entrata in vigore della nuova disciplina della conferenza di servizi e l’intervento in sede consultiva del Consiglio di Stato – che, nei fatti, e su iniziativa dello stesso Governo, ha supplito al mancato esercizio della delega legislativa sul punto – porta di fatto ad un chiarimento e al consolidamento della disciplina del coordinamento tra amministrazioni, pur se ancora residuano lacune di cui si dirà nel prosieguo.

6. Silenzio assenso e tutela degli interessi sensibili

Passando ora al coinvolgimento degli interessi sensibili, anch’essi assoggettati al meccanismo del silenzio assenso dal comma 3 della disposizione in esame, va ricordato, anzitutto, che secondo i principi enucleati dal parere, quando vi sia una disciplina che richiede in fase istruttoria una specifica valutazione da parte di qualche

⁴⁷ DE LUCIA, *La conferenza*, cit., 20, definisce giustamente “un ossimoro”, una contraddizione in termini tale modello, perchè “nega uno dei caratteri essenziale della conferenza di servizi... ossia il contestuale confronto degli interessi pubblici”.

⁴⁸ Così ancora DE LUCIA, *La conferenza*, cit., 22.

organo tecnico a ciò deputato, troverà applicazione l'art. 17 e la valutazione dovrà necessariamente essere acquisita.

Peraltro, come si è visto, il parere prosegue affermando che comunque dovrà essere garantita la rappresentazione e la valutazione espressa degli interessi sensibili da parte dell'autorità decidente, anche in caso di silenzio assenso ex art. 17 bis. Questa garanzia, naturalmente, si tradurrà in un onere di motivazione aggravata in capo ad essa, e nell'autonoma rilevanza dell'assenza di una rappresentazione e valutazione adeguate sul punto, in sede di sindacato sul provvedimento finale.

Nonostante queste precisazioni, tuttavia, rimane problematico il profilo del rapporto tra art. 17 e art. 17 bis; vale a dire se nel caso di mancata acquisizione della valutazione richiesta per l'atto di co-decisione, qualora decorra il termine di cui all'art. 17 *bis* comma 3, si formi egualmente il silenzio assenso, con lo spostamento della valutazione degli interessi in fase decisoria, ovvero debba intendersi sospeso il termine per provvedere, in attesa della valutazione tecnica. Ora, poiché va osservato che l'art. 17 *bis* non ha abrogato quello che lo precede, e poiché le relative disposizioni riguardano fasi diverse del procedimento, pare che in ogni caso debba essere salvaguardata la necessità dell'istruttoria tipica, tutte le volte in cui vi sia l'esplicita previsione della valutazione da parte di un organo tecnico sulla sussistenza dei presupposti ai fini della pronuncia dell'atto di co-decisione, e dunque si possa verificare il relativo effetto sospensivo del termine per la pronuncia dell'atto di assenso endoprocedimentale e quindi della formazione dell'eventuale assenso tacito. L'art. 17 bis, quindi, dovrebbe operare solo in assenza della necessità di acquisizione della valutazione istruttoria.

In ogni caso, alla luce delle considerazioni effettuate nel paragrafo precedente, a proposito dell'ambito di applicazione oggettivo della norma in esame va osservato che, se - come si è visto - in ogni caso il coinvolgimento dell'interesse sensibile deve verificarsi all'interno di un unico procedimento, nel quale sono presenti al massimo due Amministrazioni con funzione co-decisoria, e la richiesta del consenso endoprocedimentale deve provenire dall'Amministrazione procedente, ne discende che la relativa fattispecie ne esca per forza di cose ridimensionata, quanto meno sotto un profilo statistico, data la complessità solitamente molto maggiore che caratterizza gli interventi e le attività nei quali sono coinvolti questi interessi, i quali perlopiù si innestano in 'rapporti verticali' tra amministrazione e cittadini, nei quali la richiesta del provvedimento posto a tutela dell'interesse sensibile solitamente proviene direttamente dal privato.

6.1 Art. 17 bis e cogestione dell'interesse paesaggistico

Ad approfondire la questione, tuttavia, una fattispecie siffatta sembra porsi in un caso che si rivela molto delicato proprio per la frequenza dei provvedimenti e per il sistema complesso nel quale esso si innesta, suscettibile di un'applicazione ampia e diversificata della disciplina che si sta esaminando, capace di estendersi 'a raggiera', a partire da un nucleo centrale costituito dal provvedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Ai sensi dell'art. 146 del d.Lgs. n. 42 del 2004, infatti, “*sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo aver acquisito il parere vincolante del soprintendente*”, e su questa ipotesi, infatti, si era già appuntata l'attenzione della dottrina e dei primi commentatori all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 17 bis, i quali avevano espresso varie perplessità sul punto, soprattutto in ragione della natura speciale della disciplina recata dal Codice del paesaggio.

Esaminando ora la fattispecie, alla luce di tutti gli elementi emersi nel corso di questo lavoro, effettivamente essa sembra rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina in esame.

Vi è invero un procedimento unitario (non rileva se attivato da un privato, come ribadisce anche il Consiglio di Stato), nel quale sono coinvolte due amministrazioni con ruolo co-decisorio – il parere vincolante è stato omologato agli atti di assenso comunque denominati - e in cui è presente anche una “*proposta di provvedimento*”, inviata dalla regione, o dall'ente da essa delegato, al soprintendente.

Se, però, si va ad esaminare nel dettaglio la disciplina dell'art. 146 sopra ricordato, viene naturale anche chiedersi se effettivamente a questa fattispecie trovi applicazione l'art. 17 bis, in veste di norma che ne ha determinato la tacita abrogazione, o se, in realtà, rispetto a questa ipotesi esso debba ritenersi *inutiliter datum*. La disciplina dettata dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, infatti, presenta già un meccanismo autonomo e autosufficiente di superamento dell'inerzia della Soprintendenza, che esplica effetti analoghi a quelli del silenzio assenso tra amministrazioni: decorsi sessanta giorni nel silenzio dell'organo statale, “*l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*”.

Lascia dubbiosi allora pensare che la disciplina speciale, coerente con il sistema settoriale della disciplina del paesaggio, e che nella sostanza aveva anticipato l'art. 17 bis, sia toccata da questa previsione; il termine più breve dettato dall'art. 146 (sessanta giorni) è comunque fatto salvo ai sensi dell'art. 17 bis, comma 3, e non si pongono nemmeno problemi di superamento del dissenso risolvibili in base alla medesima disposizione, visto che in questo caso sono coinvolte amministrazioni diverse, l'una statale e l'altra regionale (o altra da questa delegata) ed entrambe le discipline risultano manchevoli sotto questo profilo. Ciò senza contare della

difficoltà di intervenire con disposizioni di carattere generale, quale quella di cui si discute, sulle normative settoriali, per modificarle per implicito, considerato che proprio queste normative, a causa degli interventi di semplificazione massicciamente succedutisi nel corso degli anni, presentano caratteri molto elevati di specialità e di autosufficienza, che li rendono poi difficilmente passibili di un coordinamento esaustivo con le regole generali⁴⁹.

A ben vedere, però, sembra che l'art. 17 *bis* possa produrre un effetto ulteriore rispetto alla previsione dell'art. 146, nei rapporti tra le due Amministrazioni coinvolte, che pure risultano già 'liberate' dalla necessità della co-decisione, come si ricordava più sopra.

Tale effetto mette in discussione la stessa applicazione al caso di specie del principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, come se tra le due discipline vi fosse "una contraddizione tale da rendere impossibile la contemporanea applicazione delle due leggi in comparazione, sì che dall'applicazione ed osservanza della nuova derivi necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra"⁵⁰, per sostenere, invece, che la disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni vada ad operare 'per innesto' nella disciplina speciale, in regime di compatibilità, integrandola laddove essa stabilisce che "il *soprintendente rende il parere... entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti... 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*"⁵¹.

Ora, se non è in discussione l'effetto acceleratorio, in chiave di semplificazione, connesso a tale disposizione – l'inerzia della soprintendenza attiva il potere decisorio autonomo della regione o dell'ente da essa delegato –, effetto del tutto analogo a quello contemplato dall'art. 17 *bis*, ciò che manca nella previsione speciale è la qualificazione del silenzio della soprintendenza, pur dipendendo da esso le medesime conseguenze legate alla attribuzione di significato positivo operata dalla norma generale ("provvede comunque").

E infatti, chi si è occupato della disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è al corrente dei problemi interpretativi e degli orientamenti diversi che si sono formati in giurisprudenza in relazione al caso del parere intervenuto tardivamente, ma comunque prima che l'amministrazione decidente avesse provveduto in via autonoma⁵².

⁴⁹ Su questi profili sia consentito il rinvio ancora a MARZARO, *Certezze e incertezze*, cit., oltre che a DE LUCIA, *La conferenza*, cit., 33 ss.

⁵⁰ Così da ultimo Cons. Stato, Ad. Plen. 8 giugno 2016, n. 17, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Art. 146, commi 8 e 9, D. lgs. N. 42 del 2004.

⁵² Cfr. di recente AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: se la soprintendenza non fa pervenire il parere entro il termine, la regione, o l'ente locale, deve provvedere*, in *Urb. App.*, 2014, 265 ss.

Le tesi prospettate a questo proposito sono addirittura tre: secondo una prima posizione, più radicale, il decorso del termine porta con sé la consumazione del potere; la tesi intermedia sosteneva la permanenza piena del potere consultivo vincolante in capo alla Soprintendenza, attribuendo natura meramente ordinatoria al termine in questione; infine, secondo un orientamento intermedio, decorso il termine il potere avrebbe perso il carattere della vincolatività, ma, ove intervenuto tardivamente il parere, di esso comunque si sarebbe dovuto tenere conto, alla stregua di un parere obbligatorio, in sede di adozione della decisione⁵³. Va ricordato peraltro, che quest'ultima posizione veniva espressamente legata dal giudice amministrativo, ben consapevole della delicatezza della questione interpretativa, ad “un univoco indice normativo”, che non compare però più nella versione attuale dell'art. 146, nella quale è stata soppressa la previsione della facoltà in capo all'amministrazione competente di indire conferenza di servizi dopo la scadenza del (primo) termine di quarantacinque giorni. Tale previsione – afferma il giudice – confermava che l'organo statale non rimaneva in assoluto privato del potere consultivo dopo la scadenza del termine di quarantacinque giorni.

Ora, in un quadro dispositivo siffatto, pare molto plausibile che l'art. 17 bis, con il corredo di contenuti che sono stati evidenziati nelle pagine precedenti, non intervenga per abrogare, ma per integrare la disciplina vigente, qualificando un rapporto di cogestione del vincolo che era già stato sostanzialmente tracciato dalla legislazione di settore⁵⁴, alla luce di quello che è stato definito uno dei ‘nuovi parametri’ dell'azione amministrativa, ovvero la certezza dei rapporti tra le Amministrazioni co-decidenti.

Del resto, una conferma significativa in questo senso, sia pur non particolarmente diffusa, viene dal recente parere 1 settembre 2016, n. 1404, sullo schema di Decreto del Presidente della Repubblica recante “*Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzativa semplificata*”, a proposito del quale, proprio richiamando la funzione di cogestione del vincolo paesaggistico spettante ad amministrazione proponente e soprintendenza, si afferma che “l'applicazione al procedimento in esame della fattispecie del silenzio assenso tra amministrazioni appare conforme ai principi generali enucleati in materia da questo Consiglio di Stato”

La produzione del silenzio assenso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, porterà dunque con sé, secondo i principi generali richiamati anche nel parere in esame, la perdita del potere di dissentire tardivamente in capo alla soprintendenza rimasta inerte - e comunque l'illegittimità del relativo parere - a differenza di quanto si ritiene nel regime attuale che si divide tra gli orientamenti sopraricordati.

⁵³ Cfr. per una ricognizione complessiva degli orientamenti di recente Cons. Stato, VI, 27 aprile 2016, n. 2136, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁴ Su questi aspetti cfr. anche MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio, Profili critici di un sistema complesso*, Torino, 2011.

Naturalmente l'applicabilità dell'art. 17 *bis* alla fattispecie del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 D.Lgs. n. 42 del 2004, porta con sé anche la soggezione allo stesso regime delle disposizioni sul rilascio dell'autorizzazione paesaggistica semplificata di cui al D.P.R. n. 139 del 2010.

Anche il consenso per la realizzazione degli interventi di lieve entità, ai sensi dell'art. 4 del citato regolamento, conosce il medesimo modello co-decisorio previsto per il provvedimento 'maggiore'; e tale modello è presente – sia pur con ulteriori mitigazioni in chiave semplificatoria anche nello schema di decreto sul quale – lo si è appena ricordato – il Consiglio di Stato ha appena rilasciato il proprio parere.

Allo stesso modo, un meccanismo analogo, presente nell'art. 33, comma 4, del D.P.R. n. 380 del 2001, recante Testo unico dell'Edilizia, dovrebbe essere interessato dall'art. 17 bis. Infatti nel caso di esercizio della potestà sanzionatoria per interventi di ristrutturazione in assenza di permesso di costruire o in totale difformità, eseguiti su immobili, anche non vincolati, compresi in zona A, si stabilisce che: *“Il dirigente o il responsabile dell'ufficio richiede all'amministrazione competente alla tutela dei beni culturali e ambientali apposito parere vincolante circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al precedente comma. Qualora il parere non venga reso entro novanta giorni dalla richiesta il dirigente o il responsabile provvede autonomamente”*.

In questo quadro, dunque, potrebbe affermarsi che l'art. 17 *bis* si 'innesti' sulla disciplina settoriale dettata in gran parte dal Codice del paesaggio, apportando certezza nei rapporti tra le due Amministrazioni, e in tal guisa, risolvendo varie questioni interpretative che non affondavano in disposizioni che si possano ritenere incompatibili con la norma generale sopravvenuta.

Non ci si può nascondere però la delicatezza dei problemi che questo 'effetto di assestamento in chiave di certezza' provoca sull'intero sistema della gestione dei vincoli paesaggistici, fondato sul principio della cogestione del vincolo, che vede sempre coinvolte Amministrazione statale e Amministrazione regionale, ma più spesso gli enti da essa delegati, *in primis* i Comuni.

Ciò non solo per quanto riguarda i provvedimenti che possono essere interessati dalla riforma, ma anche per la configurazione sostanziale del sistema di gestione del vincolo, che non dipende solo dalle relazioni tra due amministrazioni, ma dal funzionamento integrato di un sistema molto più ampio di tutela che poggia prima di tutto sulla definizione delle prescrizioni d'uso dei beni vincolati e sull'attuazione dei piani paesaggistici che ancora mancano in gran parte delle Regioni.

Senza contare che ancora una volta il funzionamento del sistema richiede un'organizzazione in grado di far fronte ai propri compiti.

Ma il quadro degli effetti della semplificazione nei rapporti ‘orizzontali’ tra Amministrazioni, in sede di gestione dell’interesse alla tutela del paesaggio, non si può dire completato: rimane infatti da esaminare la fattispecie senza dubbio più problematica e delicata e di non poca rilevanza nella pratica.

Naturalmente il riferimento è all’autorizzazione paesaggistica in sanatoria, di cui all’art. 167 del Codice del paesaggio e, in particolare, alla procedura di rilascio del provvedimento dettata dal comma 5.

E’ noto che la disciplina codicistica ha posto un generale divieto di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica in sanatoria – sancito dall’art. 146, comma 4, del D.Lgs. n. 42 del 2004 -, al quale fanno eccezione solamente i casi contemplati dall’art. 167, comma 4, e relativi a: *“a) lavori, realizzati in assenza o difformità dall’autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi, ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) impiego di materiali in difformità dall’autorizzazione paesaggistica; c) lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell’art. 3 del dpr. n. 380 del 2001”*.

In queste ipotesi l’accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi avviene secondo una procedura che vede ancora una volta coinvolte le due amministrazioni: Regione, o ente delegato, e Soprintendenza.

In particolare l’art. 167, comma 5, stabilisce che *“il proprietario... presenta apposita domanda all’autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell’accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L’autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni”*.

Anche questa fattispecie, quindi, è caratterizzata dalla presenza di due Amministrazioni che concorrono alla formazione di un unico provvedimento, e di un parere vincolante che deve essere reso all’interno del procedimento da una di esse.

Ne verrebbe dunque quasi naturalmente da ritenere che l’art. 17 *bis* trovi applicazione anche in questa ipotesi e che dunque alla scadenza dei novanta giorni si formi il silenzio assenso.

Prima però di abbracciare una siffatta conclusione vanno esaminate alcune specificità della procedura in esame che la distinguono da quella generale di cui all’art. 146, ricalcata anche dalle altre disposizioni sopracordinate.

Infatti, a differenza di quanto previsto per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, in questo caso il legislatore non ha disposto alcunché circa le conseguenze del mancato rispetto dei termini perentori: non per la soprintendenza, né per l’emanazione del provvedimento finale, il cui contenuto è completamente identificato dal parere dell’organo statale.

Manca, quindi, per questo procedimento, alcun meccanismo di semplificazione e accelerazione, come invece accade per il rilascio dell'autorizzazione 'ordinaria', in cui Regione, o ente delegato, sono espressamente autorizzati a prescindere dal parere, e a provvedere, una volta scaduto il termine di sessanta giorni. L'unico strumento acceleratorio, nel caso in esame, è dato dalla qualificazione della natura perentoria dei termini ivi indicati, anche se è evidente che non se ne può trarre semplicemente la conseguenza della consumazione del potere alla loro scadenza, dal momento che l'aspettativa del privato a quel punto rimarrebbe priva di alcuna possibilità di essere soddisfatta.

E, infatti, sulla perentorietà del termine di novanta giorni per la pronuncia del parere vincolante si è appuntata l'attenzione della giurisprudenza, dalla quale è originato un orientamento unanime (a differenza di quanto avvenuto per la fattispecie di cui all'art. 146, come si è visto in precedenza) secondo il quale non può essere sostenuta la tesi della perdita del potere, dal momento che "la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che se rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze)", per cui potrà esservi impugnazione del silenzio inadempimento ai sensi dell'art. 117 C.P.A., mentre il parere tardivo non può essere ritenuto illegittimo, e ad esso, si afferma nel caso di specie "non poteva non conformarsi il Comune"⁵⁵. Il decorso del termine per il rilascio del parere vincolante, vede quindi l'amministrazione inadempiente, ma non rende l'atto illegittimo né lo priva della sua efficacia vincolante.

Ma vi è un altro elemento nella fattispecie in esame che la differenzia ulteriormente da quella ordinaria, e dal quale emerge una problematicità rilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 17 *bis* a questa ipotesi.

Uno dei requisiti per cui possa dirsi formato il silenzio assenso nella fattispecie generale della legge sul procedimento è costituito dalla presenza dello schema di provvedimento, in ordine al quale l'autorità co-decidente possa esprimere il proprio consenso (anche in forma di "adesione implicita", come qualificata dal parere⁵⁶).

Un requisito analogo, invece, è del tutto assente nel caso dell'art. 167, comma 5, laddove invece, nell'art. 146, è prevista espressamente una "*proposta di provvedimento*", da parte dell'autorità competente al rilascio del provvedimento finale, la quale "*provvede comunque*", ove la soprintendenza rimanga inerte.

⁵⁵ Così, da ultimo, Cons. Stato, VI, 13 maggio 2016, n. 1935, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁶ Cfr. supra § 4.4.

Nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione in sanatoria, invece, il baricentro della relazione tra le due amministrazioni è nettamente spostato sul parere vincolante dell'organo statale, che in quanto tale individua completamente il contenuto del provvedimento finale.

Se, dunque, l'elemento procedurale dell'assenza di una qualificazione dell'inerzia dell'amministrazione – termine perentorio di novanta giorni, senza la previsione di alcuna conseguenza legata all'inerzia – potrebbe essere compatibile con l'applicazione dell'art. 17 bis, che qualificherebbe gli effetti di tale inerzia, è nella disciplina sostanziale delle competenze l'ostacolo che sembra frapporsi all'estensione della norma sul silenzio assenso tra amministrazioni anche alla disciplina della sanatoria paesaggistica.

Se l'introduzione del modulo del silenzio assenso può intervenire sulla disciplina del procedimento di formazione del provvedimento, attribuendo all'inerzia della p.A. il significato di assenso, e se questa scelta comporta senza dubbio una dequotazione dell'interesse sensibile, nel proporzionamento degli interessi affidato al governo dell'amministrazione, non sembra per contro possibile che la norma di semplificazione procedurale possa incidere sull'assetto sostanziale delle competenze, alterandole e attribuendo una potestà decisoria, che, in realtà, nel caso di specie non pare configurabile in capo all'amministrazione che ha il potere formale di rilasciare o negare il provvedimento, considerato che la determinazione dell'intero suo contenuto è affidata al parere vincolante⁵⁷.

Invero, in questo caso, non sembra nemmeno ricorrere un reale concorso di potestà decisoria, sembra mancare lo stesso presupposto perché si versi nella fattispecie di cui all'art. 17 bis.

Ma se anche se lo ritenesse sussistente, l'assetto sostanziale delle competenze positivizzato dall'art. 167 evidenzia l'assenza di un requisito essenziale per la formazione del silenzio assenso – lo schema di provvedimento – e dunque, anche per questa via, pare che in questa ipotesi particolare non trovi applicazione l'istituto in esame.

Ciò, senza dimenticare che un profilo di specialità di questa disposizione potrebbe venire dal fatto che, come si rileva in giurisprudenza “la previsione del parere vincolante della soprintendenza si giustifica con la rilevanza anche penalistica della compatibilità paesaggistica, la quale, se accertata, incide su fattispecie di reato, determinando la non punibilità dell'autore del fatto”⁵⁸.

⁵⁷ E infatti in giurisprudenza si ritiene che l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza gravi sulla soprintendenza, cfr. tra le altre TAR Liguria, 14 novembre 2013, n. 1371, e TAR Umbria, 24 febbraio 2014, n. 322, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ Così tra le altre TAR Lombardia, Milano, II, 11 gennaio 2011, n. 84, in www.giustizia-amministrativa.it.

7. Il dissenso tra Amministrazioni e gli obblighi di leale collaborazione

Infine l'esame della disciplina del silenzio assenso 'orizzontale', va chiuso andando ad esaminare il caso del dissenso tra le due Amministrazioni (statali) co-decidenti.

Come si accennava in precedenza, non sembra pienamente convincente, infatti, la tesi prospettata nel parere, che considera ultroneo il secondo periodo del comma 2 dell'art. 17 *bis*, il quale contempla la devoluzione della questione al Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

Pare, anzi, che questa disposizione – certamente non completa, perché non prevede il caso di dissenso tra amministrazioni statali e non, o non statali – abbia una propria ragion d'essere, specialmente se si guarda all'art. 17 *bis* in parallelismo con la disciplina della conferenza di servizi, all'interno della categoria unitaria degli istituti di coordinamento tra Amministrazioni.

Entrambi regolano siffatto coordinamento nell'ambito di procedimenti decisori pluristrutturati e li pongono in graduazione in ragione della complessità del procedimento, entrambi dettano regole per il caso dell'inerzia endoprocedimentale delle amministrazioni, entrambi predispongono strumenti per il superamento di eventuali dissensi, entrambi richiedono – sia pure con peso diverso – un obbligo di *clare loqui* anche per l'espressione del dissenso.

E' vero che nella disciplina della conferenza di servizi è contemplata espressamente l'ipotesi del dissenso, mentre in quella del silenzio assenso tra Amministrazioni, si fa riferimento a “*richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale*” (comma 1), e poi si prevede il “*mancato accordo tra le amministrazioni statali*” (comma 2); ma è nella fisiologia del potere decisionario condiviso dalle amministrazioni interessate che possa anche esservi disaccordo sul contenuto dello schema di provvedimento, a maggior ragione se il silenzio assenso continua a rimanere, anche secondo il Consiglio di Stato, rimedio ad una patologia verificatasi nell'azione dell'amministrazione.

In questa prospettiva sembrerebbe dunque doversi leggere la disciplina posta dall'art. 17 *bis*, comma 2, secondo periodo, rispetto alla quale rimane allora aperto il problema relativo al superamento del dissenso nel caso in cui vi sia coinvolgimento, totale o parziale, di amministrazioni non statali.

Allo stesso modo vanno rilevate lacune anche quanto alla disciplina delle relazioni endoprocedimentali tra le due Amministrazioni.

Come si ricordava sopra, esiste un obbligo di *clare loqui* anche nell'art. 17 *bis*, oltre che negli artt. 14 ss. della legge sul procedimento. Esso appare tuttavia meno articolato e completo rispetto a quello della conferenza di servizi.

Manca nel primo caso una sanzione per il mancato rispetto dell'obbligo di formulare richieste di modifica puntuali e motivate, e allora ci si potrebbe chiedere se tale obbligo, sia da considerare in via analogica richiesto a pena di inammissibilità, come avviene per il dissenso non motivato o costruttivo dell'art. 14 *quater* e dunque, se quando non si sia ottemperato a tale obbligo, debba intendersi formato il silenzio assenso, nonostante una richiesta di modifica, sia pure non completa, vi sia stata; oppure se si versi in un caso di mancato accordo, con l'attivazione comunque di un meccanismo di devoluzione ad un livello superiore (quantomeno tra amministrazioni statali).

Va detto che, di fronte della lettera del comma 2 dell'art. 17 *bis*, che lega il meccanismo di acquisizione tacita del consenso alla mancata comunicazione nel termine prescritto dell'assenso, concerto o nulla osta, potrebbero esservi difficoltà a ritenere formatosi il silenzio assenso anche in caso di richiesta di modifica non completa.

Ciò a meno di non elevare l'obbligo del *clare loqui* a principio generale del coordinamento tra amministrazioni, dotato di una forza espansiva che oltrepassa l'istituto della conferenza di servizi, in quanto in ogni caso finalizzato ad assicurare i valori della correttezza e leale collaborazione tra le parti del procedimento.

Quanto, infine, ad eventuali interventi in sede di autotutela, non contemplati dall'art. 17 *bis*, a differenza di quanto avviene per la conferenza di servizi, se l'amministrazione rimasta inerte perde il potere di dissentire, una volta decorso il termine per la formazione del silenzio assenso, ove ritenesse sussistenti ragioni perché si proceda con provvedimenti di secondo grado, in ogni caso, anche alla stregua dei principi generali, dovrà procedere secondo i canoni della leale collaborazione e sollecitare al riesame l'amministrazione procedente. Ove il provvedimento fosse già stato emanato si seguiranno le regole del *contrarius actus* (silenzio assenso compreso); nel caso in cui invece questo dovesse ancora intervenire sarà nella discrezione dell'amministrazione procedente decidere sulla sua emanazione o meno.

Per completezza, peraltro, in chiusura può interessare anche ricordare che l'attivazione del procedimento di riesame ai fini dell'applicazione dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, è espressamente contemplato dall'art. 14 *quater*; esso può essere sollecitato dalle Amministrazioni interessate, tuttavia, "*purché abbiano partecipato alla conferenza di servizi e si siano espresse nei termini*". A far valere l'analogia tra i due istituti, se ne dovrebbe dunque ricavare che una revoca del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 17 *bis*, presupporrebbe sempre la co-decisione espressa da parte delle due Amministrazioni coinvolte.