TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA

RASSEGNA MENSILE

Massime e focus giurisprudenziale

APRILE 2023

Ufficio del processo per il
Tribunale Amministrativo Regionale Per la Campania

Sede di Napoli

La giurisprudenza amministrativa

Anno 2023

Sommario

PARTE I – SENTENZE **8**

APPALTI **9**

TAR CAMPANIA, SEZ. II, 13 APRILE 2023, N. 2254 – PRES. CORCIULO EST. MADDALENA **9**
APPALTI - ANNULLAMENTO GIUDIZIALE AGGIUDICAZIONE – CADUCAZIONE DEL CONTRATTO STIPULATO – ARTT. 121-122 C.P.A. 9
TAR CAMPANIA, SEZ. II, 13 APRILE 2023, N. 2254 – PRES. CORCIULO EST. MADDALENA **9**
APPALTI -AUTOTUTELA– ANNULLAMENTO GIUDIZIALE AGGIUDICAZIONE - CADUCAZIONE DEL CONTRATTO STIPULATO – ARTT. 108 D.LGS. N.50/2016. 9
TAR CAMPANIA, SEZ. II, 13 APRILE 2023, N. 2254 – PRES. CORCIULO EST. MADDALENA **10**
APPALTI -AUTOTUTELA– ANNULLAMENTO GIUDIZIALE AGGIUDICAZIONE – PROVVEDIMENTO DECLARATORIA INEFFICACIA CONTRATTO STIPULATO– ARTT. 108 D.LGS. N.50/2016- PREVALENZA SOSTANZA SULLA FORMA. 10
TAR CAMPANIA, SEZ IV, 17 APRILE 2023, N. 2350 – PRES., EST. SEVERINI **10**
APPALTI – OFFERTE ANOMALE – VALUTAZIONE IN CONTRADDITTORIO – DISCREZIONALITA' TECNICA – SINDACATO 10
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 19 APRILE 2023, SENT. N. 2390 – PRES. PALLIGGIANO, EST. SANTISE **11**
APPALTI PUBBLICI – CONSORZI STABILI – ART. 47 D.LGS. N. 50/2016 – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE – ATTESTAZIONE SOA – AMMISSIBILITÀ DEL CUMULO ALLA RINFUSA. 11

AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI **13**

TAR CAMPANIA, SEZ. VII, 17 APRILE 2023, N. 2315 – PRES. LIGUORI, EST. BUONAURO **13**
AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI – IMPIANTO DI TELEFONIA MOBILE – TECNOLOGIA 5G – ILLEGITTIMITÀ DINIEGO GENERALIZZATO – ART. 8 CO. 6 L. 36/2001 13

EDILIZIA E URBANISTICA **14**

TAR CAMPANIA, SEZ IV, 24 APRILE 2023, N. 2512 – PRES. SEVERINI, EST. RAIOLA **14**
EDILIZIA – ILLECITO EDILIZIO – ILLECITO PERMANENTE – IRRILEVANZA DEL TEMPO TRASCORSO – NESSUN LEGITTIMO AFFIDAMENTO 14
TAR CAMPANIA, SEZ. III, 2 MAGGIO 2023, N. 2648 – PRES. PAPPALARDO, EST. CAPRINI **14**
EDILIZIA – DISTINZIONE TRA DESTINAZIONE D'USO DI UN IMMOBILE E DESTINAZIONE URBANISTICA DI UN'AREA 14

ENTI LOCALI **15**

TAR CAMPANIA, SEZ I, 31 MARZO 2023, N. 2068 – PRES., EST. PALLIGGIANO **15**
ENTI LOCALI – DELIBERE DEL CONSIGLIO COMUNALE – PARTECIPAZIONE DEI CONSIGLIERI – TERMINI MINIMI DI INFORMAZIONE 15

FORZE ARMATE **16**

TAR CAMPANIA, SEZ. VI, SENT. 11 APRILE 2023, N. 2230 – PRES. SCUDELLER, EST. SORICELLI 16
FORZE DI POLIZIA – SISTEMA PREVIDENZIALE – TRATTAMENTI PENSIONISTICI – COLLOCAMENTO A RIPOSO A DOMANDA - ART. 6 BIS D.L. N. 387/1987 16

SANITA' 17

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 24 MARZO 2023, N. 1842, PRES. SALAMONE, EST. ESPOSITO 17
DONATORI DI SANGUE – RECESSO DELL'ARTICOLAZIONE TERRITORIALE DELL'AVIS E MODIFICA DELLA DENOMINAZIONE DELL'ASSOCIAZIONE LOCALE IN AUTONOMA ORGANIZZAZIONE DI VOLONTARIATO – OTTENIMENTO DELL'ISCRIZIONE ALL'ALBO REGIONALE DELLE ASSOCIAZIONI DEI DONATORI VOLONTARI DI SANGUE – ANNULLAMENTO DELLA DELIBERA DI RECESSO – EFFETTO RIPRISTINATORIO DELLA SITUAZIONE ANTERIORE – VA ESCLUSO SULLA BASE DELLA SENTENZA DEL GIUDICE ORDINARIO NON PASSATA IN COSA GIUDICATA – NECESSITA' DI VALUTARE L'INTERESSE PUBBLICO INGENERATO DALLA NUOVA SITUAZIONE 17

SILENZIO 18

TAR CAMPANIA, SEZ. VIII, 11 APRILE 2023, SENTENZA N. 2196 – PRES. TOMASSETTI EST. PALMARINI18
SILENZIO- EDILIZIA- RICLASSIFICAZIONE URBANISTICA TERRENI- RICLASSIFICAZIONE A SEGUITO DI DECADENZA DI VINCOLO PER ATTREZZATURE PUBBLICHE- NATURA CONFORMATIVA DEL VINCOLO- OBBLIGO DI PROVVEDERE- ART 31 E 117 CPA- NON SUSSISTE 18
TAR CAMPANIA, SEZ. IV, SENT. DEL 24 APRILE 2023 N. 691 - PRES. SEVERINI , EST. FLAMMINI 19
RITO SUL SILENZIO INADEMPIMENTO – ISTANZA CON FINALITÀ CONOSCITIVA – INAMMISSIBILITÀ 19

PARTE II – ORDINANZE CAUTELARI 21

ACCESSO 22

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 31 MARZO 2023, N. 622 – PRES. PALLIGGIANO, EST. ESPOSITO 22
ISTANZA DI ACCESSO DOCUMENTALE – AMMISSIBILITA' DELL'ISTANZA CAUTELARE NEL RITO PER L'ACCESSO – ART. 116 C.P.A. – DINIEGO DI OSTENSIONE – CONTRADDITTORIO ENDO-PROCEDIMENTALE - ART. 92, CO. 2BIS D.LGS. N. 159/2011 – COMPRESSIONE, MA NON IRREPARABILE PREGIUDIZIO, DEL CONTRADDITTORIO PROCEDIMENTALE 22

COMMERCIO 23

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 05 APRILE 2023, N. 638 – PRES. EST. A. PAPPALARDO 23
COMMERCIO – ORDINANZA DI CHIUSURA DELL'ATTIVITA' COMMERCIALE IN ASSENZA DI TITOLO ABILITATIVO – SUBINGRESSO – COMUNICAZIONE DI SUBINGRESSO – IRRITUALE COMUNICAZIONE DI SUBINGRESSO – MERA IRREGOLARITA' FORMALE - ART. 1 CO. 2 BIS L. 241/1990 – PRINCIPIO DI COLLABORAZIONE E BUONA FEDE – ACCOGLIMENTO ISTANZA CAUTELARE 23

EDILIZIA 24

TAR CAMPANIA, SEZ. II, 20 APRILE 2023, N. 731 – PRES. CORCIULO, EST. LO SAPIO 24

EDILIZIA – URBANISTICA – CILA – SUPERBONUS – STATO LEGITTIMO DELL'IMMOBILE – ONERE DELLA PROVA – D.L. N. 77/2020 – NON SUSSISTE 24
TAR CAMPANIA – NAPOLI, 20 APRILE2023, N. 737 – PRES. CORCIULO, EST. VALLETTA 24
EDILIZIA – ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ – ART. 36 D.P.R. N. 360/2001 – VARIANTE SEMPLIFICATA – ART. 8 D.P.R. N. 160/2010 - ESIGENZE CAUTELARI – DINIEGO ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ– SOSPENSIONE DEGLI EFFETTI DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO – NON SUSSISTE 24

FARMACIE 26

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 5 APRILE 2023, N. 637 – PRES. PAPPALARDO, EST. CAPRINI 26
FARMACIE - SOSPENSIONE – ART. 1 L. 475/1968 - AMPLIAMENTO ESERCIZIO FARMACEUTICO –- ANNULLAMENTO – RIGETTO 26

INTERDITTIVE ANTIMAFIA 27

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 19 APRILE 2023, ORD. N. 718 – PRES. SALAMONE, EST. PALLIGGIANO 27
INTERDITTIVA ANTIMAFIA – RICHIESTA DI AGGIORNAMENTO – CRITERIO DEL ''PIÙ PROBABILE CHE NON'' – MANCATO RILIEVO DI FATTI NUOVI AI FINI DELLA PROGNOSI DI CESSAZIONE CONDIZIONAMENTO MAFIOSO – NEUTRALITÀ MERA INTERRUZIONE RAPPORTI LAVORATIVI CON SOGGETTI CONDANNATI PER REATI ''SPIA'' – OPERAZIONI SOCIETARIE ELUSIVE – RIGETTO 27

PAESAGGIO 28

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 30 MARZO 2023, N. 608 – PRES. PALLIGGIANO, EST. ESPOSITO 28
CONSERVAZIONE E VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO NATURALE – ENTE PARCO – NOMINA DEL PRESIDENTE – ART. 9 L. 394/91 – RAGGIUNGIMENTO DELL'INTESA TRA MINISTERO DELL'AMBIENTE E REGIONE – NON NECESSITA' DELL'ACQUISIZIONE DEL PARERE DELLE COMMISSIONI PARLAMENTARI – GESTIONE COMMISSARIALE STRAORDINARIA – SUSSISTENZA DEL DANNO DERIVANTE ALLA REGIONE DAL MANTENIMENTO DEL COMMISSARIO STRAORDINARIO. 28

UNIVERSITA' 29

TAR CAMPANIA, SEZ. IV, 19 APRILE 2023, N. 715 – PRES. SEVERINI; EST. FLAMMINI 29
UNIVERSITÀ – TRASFERIMENTO UNIVERSITARIO – TRASFERIMENTO DA UNIVERSITÀ STRANIERA – TRASFERIMENTO AD UNIVERSITÀ CON POSTI LIMITATI 29

PARTE III - FOCUS GIURISPRUDENZIALE: 31

"IL SILENZIO ASSENSO TRA AMMINISTRAZIONI NEL RAPPORTO CON GLI INTERESSI SENSIBILI: L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA" 31

1. IL SILENZIO 32
2. IL SILENZIO ASSENSO 34
3. IL SILENZIO ORIZZONTALE 37
3.1. UN'ACTIO FINIUM REGUNDORUM 40

3.2. GLI INTERESSI SENSIBILI **42**
3.2.1. L'ART 146 D.LGS. 42/04 45
3.3 OSSERVAZIONI CONCLUSIVE **52**

Parte I – SENTENZE

APPALTI

Tar Campania, Sez. II, 13 Aprile 2023, n. 2254 – Pres. Corciulo EST. Maddalena

APPALTI - ANNULLAMENTO GIUDIZIALE AGGIUDICAZIONE – CADUCAZIONE DEL CONTRATTO STIPULATO – ARTT. 121-122 C.P.A.

La declaratoria di inefficacia del contratto stipulato a valle dell'aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale ha natura costitutiva. Infatti, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, qualora la gara non debba essere rinnovata ma il giudice non si sia pronunciato sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, all'annullamento dell'aggiudicazione non segue l'automatica caducazione del contratto. Invero, dalla lettera degli artt. 121 e 122 c.p.a. emerge che il contratto potrebbe anche rimanere efficace dopo l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e che tale decisione è rimessa all'apprezzamento del giudice, unico deputato a valutare e contemperare in una delicata operazione di bilanciamento i vari interessi coinvolti. In tal senso, la caducazione automatica del contratto precluderebbe al giudice le valutazioni e i poteri che il codice espressamente gli attribuisce circa il permanere dell'efficacia del contratto in taluni casi.

Note

Il Collegio, nell'optare per la conclusione della non automaticità della caducazione, non omette di ricostruire puntualmente il contrasto giurisprudenziale esistente sulla questione della sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice.

In particolare, sebbene conscia della tesi secondo cui la caducazione del contratto a valle debba considerarsi automatica nell'ipotesi di riforma della sentenza del giudice di prime cure da parte del Consiglio di Stato in forza del c.d. effetto espansivo esterno i cui all'art. 336 c.p.c. (cfr, Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4505), la Sezione aderisce all'orientamento maggioritario.

A mente di quest'ultimo, infatti, l'entrata in vigore degli artt. 121 e 122 c.p.a. ha sancito la necessità, su espressa domanda di parte, di una pronuncia del giudice che abbia annullato l'aggiudicazione circa la sorte del contratto d'appalto che sia stato stipulato (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5500).

Tar Campania, Sez. II, 13 Aprile 2023, n. 2254 – Pres. Corciulo EST. Maddalena

APPALTI -AUTOTUTELA– ANNULLAMENTO GIUDIZIALE AGGIUDICAZIONE - CADUCAZIONE DEL CONTRATTO STIPULATO – ARTT. 108 D.LGS. N.50/2016.

In tema di appalti, nel caso in cui sia stata giudizialmente annullata l'aggiudicazione e il giudice non si sia pronunciato sulla efficacia del contratto stipulato, l'amministrazione non può rimanere inerte. Infatti, se è vero che non si verifica la caducazione automatica del contratto per effetto dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, all'amministrazione tuttavia deve riconoscersi un potere di incidere unilateralmente sull'efficacia del contratto per ragioni riconducibili ai vizi della fase della evidenza pubblica. Tale conclusione si evince tanto dai generali principi dell'autotutela amministrativa quanto dal potere attribuitile dal primo comma dell'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016, riferito ad ipotesi di risoluzione del contratto dovute a vizi della fase dell'evidenza pubblica o alla necessità di una rinnovazione della gara e, pertanto, riconducibile nell'ambito dell'autotutela decisoria, che le consente di incidere così sulla perdurante efficacia del contratto, determinandone eventualmente la "risoluzione", con effetto *ex nunc*.

Note

Nel caso di specie, la Sezione si è occupata dell'ipotesi di impugnazione del provvedimento con cui l'amministrazione ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato a valle di un'aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale, ponendo a fondamento della propria determinazione la caducazione del provvedimento di aggiudicazione.

Nel riconoscere il potere di autotutela in capo all'amministrazione, il Collegio ha posto l'accento sulla differente posizione tra l'amministrazione e il ricorrente privato a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione senza declaratoria di inefficacia del contratto da parte del giudice. Infatti, mentre il ricorrente privato non può invocare, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, la nullità del contratto ma, nell'inerzia dell'amministrazione, deve comunque agire, mediante il giudizio di ottemperanza, per ottenere una declaratoria di inefficacia del contratto, l'amministrazione conserva intatti i suoi poteri di autotutela e pertanto, dopo l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, può valutare se sia opportuno o meno mantenere l'efficacia del contratto o svincolarsene.

Tar Campania, Sez. II, 13 Aprile 2023, n. 2254 – Pres. Corciulo EST. Maddalena

APPALTI -AUTOTUTELA– ANNULLAMENTO GIUDIZIALE AGGIUDICAZIONE – PROVVEDIMENTO DECLARATORIA INEFFICACIA CONTRATTO STIPULATO– ARTT. 108 D.LGS. N.50/2016- PREVALENZA SOSTANZA SULLA FORMA.

Il provvedimento fondato sulla nullità del contratto a seguito dell'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, con cui l'amministrazione dichiara l'inefficacia del contratto stipulato a valle dell'aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale, va qualificato come atto unilaterale risolutivo ai sensi dell'art. 108, comma 1, del codice appalti n. 163/2016, ovvero come esercizio di autotutela, sebbene non espressamente riferito all'esercizio dei poteri di cui all'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016.

Note

Il Collegio, facendo leva sul principio della prevalenza della sostanza sulla forma, evidenzia che l'esatta qualificazione di un provvedimento, spettante al G.A. quale potere ufficioso non vincolato né dall'intitolazione dell'atto, né tanto meno dalle deduzioni delle parti in causa, vada effettuata tenendo conto del suo effettivo contenuto e della sua reale causa, anche a prescindere dal nomen iuris formalmente attribuito dall'Amministrazione. Conseguenzialmente, l'apparenza derivante da una terminologia eventualmente imprecisa o impropria, utilizzata nella formulazione testuale dell'atto stesso, non è vincolante né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato.

Tar Campania, sez IV, 17 aprile 2023, n. 2350 – Pres., Est. Severini

APPALTI – OFFERTE ANOMALE – VALUTAZIONE IN CONTRADDITTORIO – DISCREZIONALITA' TECNICA – SINDACATO

La ISO 9001:2015 è la norma riconosciuta a livello internazionale per la creazione, implementazione e gestione di un Sistema di Gestione della Qualità per qualsiasi azienda. Essa si connota per un ambito di applicazione molto vasto, indicato dal sistema IAF, che descrive in dettaglio i settori di accreditamento.

Note

La valutazione globale e sintetica di non anomalia dell'offerta, realizzata dalla stazione appaltante in contradditorio con l'operatore economico ex art 97 comma 3 d. lgs. 50/16, è espressione di un apprezzamento tecnico-discrezionale, come tale insindacabile, salvo che la sua manifesta erroneità o irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Grava sul ricorrente l'onere di provare la macroscopica carenza o contraddittorietà della valutazione dell'amministrazione.

Tar Campania, sez. I, 19 aprile 2023, sent. n. 2390 – Pres. Palliggiano, Est. Santise

APPALTI PUBBLICI – CONSORZI STABILI – ART. 47 D.LGS. N. 50/2016 – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE – ATTESTAZIONE SOA – AMMISSIBILITÀ DEL CUMULO ALLA RINFUSA.

Nelle gare d'appalto e nell'esecuzione è il consorzio stabile, non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate, ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

Note

Con la sentenza in commento il Tribunale ha accolto un ricorso proposto avverso un provvedimento che aveva disposto l'esclusione del Consorzio stabile ricorrente per assenza del requisito di qualificazione OS12-B classifica III-bis in capo alla consorziata esecutrice.

Il Collegio ha inteso dare continuità all'orientamento che reputa ammissibile il cumulo alla rinfusa (cfr, Tar Napoli, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320), ritenendo che, nel caso di specie, non sussistesse alcun difetto di qualificazione del Consorzio stabile, in possesso di tutte le iscrizioni SOA necessarie alla esecuzione dell'appalto.

Sul piano normativo, rilevato che l'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 non chiarisce espressamente le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, il che dà ragione al contrasto giurisprudenziale registratosi in materia, l'interpretazione restrittiva – che ammette il cumulo alla rinfusa soltanto con riferimento ad attrezzature, mezzi e organico medio annuo – sembra potersi fondare unicamente sul disposto di cui al comma 1 dello stesso art. 47 d.lgs. n. 50/2016.

Senonché, la disposizione da ultimo citata suona, nella sua formulazione letterale, identica a quella del previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006" (cfr. Cons. Stato, sez. V., 22 agosto 2022, n. 7360) e nel periodo di vigenza del "vecchio" codice degli appalti non si è mai dubitato della possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio. Pertanto, non è condivisibile l'affermazione secondo cui l'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 avrebbe ridotto l'ambito di operatività del cumulo alla rinfusa, circoscrivendolo ai soli mezzi, attrezzature e organico medio annuo.

L'art. 47 co. 1 d.lgs. n. 50/2016 prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 45, co. 2, lett. b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, sostanzialmente rinviando all'art. 83 del medesimo codice dei contratti pubblici, che per l'appunto concerne i requisiti di idoneità professionale, economica e finanziaria.

L'art. 83, comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c).
Ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies, nelle more dell'adozione del regolamento (al momento inesistente) rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006.
In attuazione del citato art. 36 comma 7, l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010 stabilisce che "i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice".
Ne consegue, come sostenuto dal ricorrente, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento.
L'insieme di queste disposizioni delinea il regime di qualificazione dei consorzi secondo il criterio del cumulo alla rinfusa.
Peraltro, l'intenzione del legislatore è sempre stata quella di valorizzare l'istituto in esame, che rappresenta un importante strumento pro-concorrenziale.
Da tale angolo visuale, sotto il profilo teleologico, l'interpretazione favorevole al cumulo alla rinfusa appare conforme alla ratio pro-concorrenziale sottesa alla disciplina dei consorzi stabili, che consente la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono cumulare i requisiti di cui dispongono con quelli di altre imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto (cfr. Tar Palermo, sez. I., n. 657 del 02/03/2023).
In chiave ermeneutica e retrospettiva, inoltre, giova sottolineare che il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 sembra ammettere il cumulo alla rinfusa all'art. 67 (cfr. art. 100, comma 8, lett. c), il cui comma 4 riproduce il contenuto dell'art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 – a conferma del fatto che quest'ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36 comma 7 d.lgs. n. 163/2006, a dimostrazione della voluntas legis di consentire ai "consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate" (cfr. Relazione allegata allo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 legge n. 78/2022).
Sicché la tesi dell'ammissibilità del cumulo alla rinfusa si ritiene preferibile anche per ragioni logiche, di coerenza ordinamentale, di certezza del diritto: opinare diversamente significherebbe che la possibilità di cumulo dell'attestazione SOA, ammessa dalla giurisprudenza assolutamente prevalente fino alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7360 del 25 agosto 2022 ed ammissibile per gli appalti rientranti nell'ambito di operatività del d.lgs. n. 36/2023, abbia avuto una breve parentesi di (incerta) sospensione giurisprudenziale relativamente a quelle controversie giudicate alla luce del suesposto orientamento restrittivo.

TAR Campania, sez. VII, 17 aprile 2023, n. 2315 – Pres. Liguori, Est. Buonauro

AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI – IMPIANTO DI TELEFONIA MOBILE – TECNOLOGIA 5G – ILLEGITTIMITÀ DINIEGO GENERALIZZATO – ART. 8 CO. 6 L. 36/2001

La disciplina adottata dalla delibera giuntale in esame è illegittima, alla luce della giurisprudenza costante secondo cui l'ente locale non può introdurre una preclusione assoluta all'utilizzo della tecnologia "5G", esorbitando tale divieto generalizzato dall'ambito delle competenze comunali. Invero, spetta al legislatore statale stabilire, in termini generali, la compatibilità di tali interventi con la tutela della salute, potendosi a livello comunale solo stabilire specifiche zone nelle quali è interdetta l'installazione di impianti di telefonia mobile.
Sotto questo profilo, le infrastrutture di telecomunicazioni sono espressamente qualificate dal legislatore quali opere di urbanizzazione primaria, mentre la competenza demandata ai Comuni è limitata ad una potestà regolamentare ai fini dell'individuazione di criteri localizzativi.
Conf: TAR Napoli sent. n. 4652/2020 e Cons. di Stato, Sez. VI, n. 10992/2022

Note
In particolare, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento negativo rilasciato dal Comune di Capri ed avente ad oggetto il diniego di modifica di impianto di telefonia mobile già esistente, al fine di implementarlo con la tecnologia 5G, nonostante la formazione per silentium del titolo autorizzativo, ai sensi dell'art. 45 d.lgs. 259/2003. Tale disposizione prevede che le SCIA volte all'installazione di impianti di telefonia determinano il formarsi di un assenso tacito qualora entro il termine di 30 giorni non sia comunicato all'interessato un atto espresso di diniego. Ad avviso del Comune, il titolo silenzioso non si sarebbe formato a causa del divieto generalizzato di introduzione della tecnologia 5G sul territorio dell'isola di Capri, come previsto dalla delibera di giunta n. 51 del 29.05.2020.
Il Collegio evidenzia l'illegittimità di suddetta delibera per contrarietà all'art. 8 co. 6 l. 36/2001, che attribuisce alle Regioni la competenza in tema di rilascio delle autorizzazioni degli impianti, nel rispetto dei limiti, degli obiettivi e dei criteri fissati dallo Stato. Ne deriva che il Comune non può adottare un divieto generalizzato di introdurre impianti che supportano la tecnologia 5G.

EDILIZIA E URBANISTICA

TAR Campania, sez IV, 24 aprile 2023, n. 2512 – Pres. Severini, Est. Raiola

EDILIZIA – ILLECITO EDILIZIO – ILLECITO PERMANENTE – IRRILEVANZA DEL TEMPO TRASCORSO – NESSUN LEGITTIMO AFFIDAMENTO

L'illecito edilizio costituisce un illecito permanente, per cui, da un lato, è irrilevante il tempo trascorso tra la sua realizzazione e l'adozione della misura sanzionatoria e, dall'altro, detto lasso temporale non può ingenerare nessun legittimo affidamento nell'amministrato.

Note

Con la sentenza in esame, il Collegio ha respinto il ricorso proposto avverso un ordine di ripristino dello stato dei luoghi ex art 33 d.p.r. 380/01 e fondato, tra l'altro, sulla contraddittorietà dell'azione amministrativa, data l'assenza, nonostante la pregressa conoscenza della situazione, di un precedente provvedimento sanzionatorio.

Osserva il Collegio che, nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del suo potere/dovere, servente a rilevanti finalità di interesse pubblico, non è idoneo a rendere legittimo un intervento edilizio che non lo è; d'altro canto, tale inerzia non può radicare un affidamento legittimo in capo al privato, considerata l'assenza di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa qualificata. L'ineludibile doverosità degli atti, volti a perseguire l'illecito mediante la relativa sanzione, esclude che l'ordinanza di demolizione debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale al ripristino della legalità, di talché neppure si pone un problema di affidamento che, invero, presuppone una posizione favorevole riconosciuta da un atto in tesi illegittimo.

TAR Campania, Sez. III, 2 maggio 2023, n. 2648 – Pres. Pappalardo, Est. Caprini

EDILIZIA – DISTINZIONE TRA DESTINAZIONE D'USO DI UN IMMOBILE E DESTINAZIONE URBANISTICA DI UN'AREA

In materia edilizia, la destinazione d'uso non riguarda il territorio, ma i beni che su quel territorio si collocano e descrive la funzione a cui essi sono concretamente adibiti. Pertanto, la diversa utilizzazione dell'immobile per un uso contrastante con la destinazione dello stesso rileva come difformità alle previsioni urbanistiche. All'uopo, è opportuno e necessario distinguersi tra destinazione d'uso di un immobile e destinazione urbanistica di un'area:

a) la destinazione d'uso giuridicamente rilevante di un immobile, che si identifica con quella impressa dal titolo abilitativo, assumendo una connotazione oggettiva che vale ad individuare in modo inconfutabile ed evidente un determinato bene; è, in altri termini, unicamente quella prevista da atti amministrativi pubblici, di carattere urbanistico o catastale, esplicitata nelle categorie edilizie di cui dall'art. 23 ter del d.P.R. n. 380/2001;

b) la destinazione urbanistica di un'area, esercizio dei poteri pianificatori, collegata, peraltro, alla categoria degli standard urbanistici, laddove si rileva un contrasto con lo strumento urbanistico generale.

TAR Campania, sez I, 31 marzo 2023, n. 2068 – Pres., Est. Palliggiano

ENTI LOCALI – DELIBERE DEL CONSIGLIO COMUNALE – PARTECIPAZIONE DEI CONSIGLIERI – TERMINI MINIMI DI INFORMAZIONE

Sono illegittime le delibere del Consiglio comunale adottate all'esito di procedimenti in cui è concesso ai consiglieri un termine, intercorrente tra il deposito dello schema di decisione, unitamente agli allegati, e lo svolgimento della seduta di approvazione, inferiore rispetto a quello previsto dalla normativa legislativa e regolamentare.

Note

Con la sentenza in esame, il Collegio ha accolto le censure, avanzate dai consiglieri comunali ricorrenti avverso alcune delibere del Comune di Portico di Caserta, in relazione alla violazione dei termini stabiliti, specificamente dal Regolamento di Contabilità, come spatium temporis tra il deposito della proposta, con la relativa documentazione, e la seduta di approvazione.

La concessione di un termine inferiore viola il diritto all'informazione dei singoli consiglieri, cui corrisponde il preciso obbligo dell'ente di mettere a loro disposizione tutti i documenti necessari per una piena cognizione del contenuto della proposta di deliberazione, al fine di espletare correttamente il mandato, in un'ottica di effettività sostanziale dello ius ad officium, funzionale alla soddisfazione degli interessi pubblici (cfr. TAR Napoli, sez. I, 27 settembre 2021, n. 6050).

Peraltro, non rileva il provvedimento prefettizio di diffida ad approvare il rendiconto dell'anno trascorso in un certo termine, con la prospettazione, in caso di inerzia, dello scioglimento del Consiglio. Invero, tale termine ha natura esclusivamente acceleratoria e il decorso infruttuoso non comporta l'automatico scioglimento del consesso quanto, piuttosto, l'attivazione di una fattispecie a formazione progressiva, ove la dissoluzione dell'organo rappresentativo costituisce l'extrema ratio.

TAR Campania, sez. VI, sent. 11 aprile 2023, n. 2230 – Pres. Scudeller, Est. Soricelli

FORZE DI POLIZIA – SISTEMA PREVIDENZIALE – TRATTAMENTI PENSIONISTICI – COLLOCAMENTO A RIPOSO A DOMANDA - ART. 6 BIS D.L. N. 387/1987

Il beneficio economico di cui all'art. 6 *bis* del decreto-legge 21 settembre 1987, n. 387, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 1978, n. 472 spetta a tutti gli ex appartenenti a forze di polizia collocati a riposo a domanda, con almeno trentacinque anni di servizio, dopo il raggiungimento del cinquantacinquesimo anno di età.

Note

Con la sentenza in esame il Collegio si è pronunciato sulla questione della rideterminazione dell'indennità di buonuscita, mediante inclusione, nella relativa base di calcolo, dei sei scatti stipendiali - oltre interessi e rivalutazione monetaria - di un ex dipendente della Polizia di Stato, collocato a riposo a domanda, che aveva compiuto il cinquantacinquesimo anno di età e prestato servizio per trentacinque anni.

Il ricorrente, nel dettaglio, lamentava che, illegittimamente, l'INPS, nel corrispondergli il trattamento di fine servizio, non gli avesse riconosciuto il beneficio previsto dall'articolo 6-bis del decreto-legge 21 settembre 1987, n. 387, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 1987, n. 472, nel presupposto della sua non spettanza nei casi di collocamento a riposo a domanda, in virtù dell'articolo 4 del d.lg. 30 aprile 1997, n. 165, che limiterebbe la concessione del beneficio ai soli casi di cessazione del rapporto di impiego per morte o collocamento a riposo per raggiungimento dei limiti di età o per inabilità fisica, escludendolo, pertanto, nei casi di collocamento a riposo a domanda.

Il collegio, conformandosi alle recenti pronunce del Consiglio di Stato (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. II, 24 marzo 2023, n. 3041, id., 23 marzo 2023, nn. 2948, 2979, 2980, 2982, 2983, 2984, 2986, 2987, 2989, 2990), ha accolto il ricorso, riconoscendo la spettanza del beneficio economico di cui all'art. 6 bis del decreto-legge 21 settembre 1987, n. 387, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 1987, n. 472 a tutti gli ex appartenenti a forze di polizia collocati a riposo a domanda, con almeno 35 anni di servizio, dopo il raggiungimento del cinquantesimo anno di età.

TAR Campania, sez. I, 24 marzo 2023, n. 1842, Pres. Salamone, Est. Esposito

DONATORI DI SANGUE – RECESSO DELL'ARTICOLAZIONE TERRITORIALE DELL'AVIS E MODIFICA DELLA DENOMINAZIONE DELL'ASSOCIAZIONE LOCALE IN AUTONOMA ORGANIZZAZIONE DI VOLONTARIATO – OTTENIMENTO DELL'ISCRIZIONE ALL'ALBO REGIONALE DELLE ASSOCIAZIONI DEI DONATORI VOLONTARI DI SANGUE – ANNULLAMENTO DELLA DELIBERA DI RECESSO – EFFETTO RIPRISTINATORIO DELLA SITUAZIONE ANTERIORE – VA ESCLUSO SULLA BASE DELLA SENTENZA DEL GIUDICE ORDINARIO NON PASSATA IN COSA GIUDICATA – NECESSITA' DI VALUTARE L'INTERESSE PUBBLICO INGENERATO DALLA NUOVA SITUAZIONE

Allorquando un'articolazione territoriale dell'AVIS deliberi di recedere dall'Associazione nazionale e di mutare la propria denominazione costituendo una nuova Associazione di volontariato e ottenendo l'iscrizione all'Albo regionale delle associazioni dei donatori volontari di sangue, all'annullamento da parte del Tribunale civile della delibera di recesso non consegue il ripristino della situazione anteriore, non essendosi consolidati gli effetti della pronuncia giurisdizionale che, avendo efficacia costitutiva, deve essere passata in giudicato L'istanza con cui l'AVIS chieda alla Regione di prendere atto della sentenza del Giudice civile e di annullare l'iscrizione della nuova Associazione di volontariato nell'Albo regionale si sostanzia in un sollecito ad esercitare il potere di revoca, il quale richiede la sussistenza dell'interesse pubblico attuale al ritiro dell'atto e la prevalenza rispetto all'interesse del privato che abbia ricevuto vantaggi dal provvedimento

Note

Con la sentenza in commento, il TAR si è pronunciato su una vicenda contenziosa peculiare, già sottoposta alla sua attenzione (sentenza n. 5736/2021), esaminata anche dal Consiglio di Stato (sentenza n. 3318), che ha affermato la legittimità dei provvedimenti con cui la Regione aveva iscritto nel Registro del volontariato e nell'Albo delle associazioni dei donatori volontari di sangue una nuova Associazione, sorta dal recesso di AVIS comunale Portici, con cambio di denominazione dell'articolazione territoriale dell'AVIS nazionale in "Il Dono – OdV". Nel caso di specie, l'Associazione Volontari Italiani Sangue (AVIS) ha in seguito impugnato la risposta della Regione all'istanza con cui diffidava a prendere atto dell'estinzione della persona giuridica "Il Dono – OdV", in quanto la delibera di recesso da AVIS era stata annullata dal Tribunale civile. Ad avviso del TAR, l'annullamento della delibera dell'Assemblea straordinaria dell'Associazione, disposto dal Giudice ordinario, non determina il ripristino della situazione anteriore in quanto, avendo in tal caso la sentenza di annullamento efficacia costitutiva, occorre che sia passata in giudicato. La diffida di AVIS nazionale, rivolta alla Regione affinché prenda atto dell'annullamento della delibera modificativa e istitutiva della nuova Associazione, si sostanzia nel sollecito ad esercitare il potere di revoca dei precedenti atti, che è ampiamente discrezionale e richiede la sussistenza di un interesse pubblico attuale (escluso nel caso di specie, in ragione della carenza di sangue ravvisata dalla Regione, tale da sorreggere il mantenimento della situazione determinatasi), comparato con l'interesse del privato che abbia ricevuto un vantaggio dal provvedimento favorevole (con l'iscrizione della nuova Associazione all'Albo regionale dei donatori volontari di sangue).

SILENZIO

TAR Campania, sez. VIII, 11 aprile 2023, sentenza n. 2196 – Pres. Tomassetti Est. Palmarini

SILENZIO- EDILIZIA- RICLASSIFICAZIONE URBANISTICA TERRENI- RICLASSIFICAZIONE A SEGUITO DI DECADENZA DI VINCOLO PER ATTREZZATURE PUBBLICHE- NATURA CONFORMATIVA DEL VINCOLO- OBBLIGO DI PROVVEDERE- ART 31 E 117 CPA- NON SUSSISTE

La destinazione ad attrezzature ricreative, sportive e a verde pubblico, data dallo strumento urbanistico generale ad aree di proprietà privata, non implica l'imposizione sulle stesse di un vincolo espropriativo, ma solo di un vincolo conformativo, funzionale all'interesse pubblico generale conseguente alla zonizzazione urbanistica.

A tal riguardo, i vincoli di destinazione per attrezzature e servizi, fra i quali rientra ad esempio il verde pubblico attrezzato, sono realizzabili anche ad iniziativa privata o promiscua in regime di economia di mercato, e pertanto sfuggono allo schema ablatorio e alle connesse garanzie costituzionali in termini di alternatività tra indennizzo e durata predefinita. Gli stessi infatti non costituiscono vincoli espropriativi, bensì soltanto conformativi, funzionali all'interesse pubblico generale. (1) (2) (3)

Il carattere conformativo dei vincoli non dipende dalla collocazione in una specifica categoria di strumenti urbanistici, ma soltanto dai requisiti oggettivi, per natura e struttura, dei vincoli stessi, ricorrendo in particolare tale carattere ove gli stessi vincoli siano inquadrabili nella zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche. (4)

Note

(1) Recentemente in tali termini si è espresso il Consiglio di Stato (sentenza n. 1142/2022) secondo cui: "In generale, la destinazione a parco pubblico, attrezzature ricreative, sportive ed a verde pubblico, data dallo strumento urbanistico ad aree di proprietà privata, non implica l'imposizione sulle stesse di un vincolo espropriativo, ma solo di un vincolo conformativo, che è funzionale all'interesse pubblico generale conseguente alla zonizzazione effettuata dallo strumento urbanistico".

(2) La Sezione richiama un priprio precedente (sentenza n. 6498/2020) in tema di vincolo di destinazione a parcheggio, secondo cui tali vincoli "cui sfuggono allo schema ablatorio, con le connesse garanzie costituzionali in termini di alternatività fra indennizzo e durata predefinita, i vincoli di destinazione imposti dal piano regolatore per attrezzature e servizi realizzabili anche ad iniziativa privata o promiscua, in regime di economia di mercato, anche se accompagnati da strumenti di convenzionamento, come ad esempio parcheggi o impianti sportivi.

Tale principio risulta l'unico in linea con gli orientamenti della Corte Costituzionale (tra le altre, si veda la sent, n. 179/1999) e della giurisprudenza amministrativa. Pertanto devono ritenersi conformativi e al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo (non comportano indennizzo, non decadono al quinquennio e quindi non sussiste un dovere di ritipizzazione) i vincoli che importano una destinazione realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica, in quanto gli stessi sono attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di ablazione del bene

Ciò può essere il risultato di una scelta di politica programmatoria tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale, di dotare il territorio di attrezzature e servizi, siano ritenuti realizzabili (e come tali specificatamente compresi nelle previsioni pianificatorie) anche attraverso l'iniziativa economica privata - pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento.

(3) Al riguardo la stessa condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che «una previsione dello strumento urbanistico può ad un tempo comportare sia un vincolo preordinato all'esproprio (che decade col decorso del termine di cinque anni, quando non è dichiarata la pubblica utilità dell'opera), sia la conformazione della proprietà privata» (sentenza Sez. V n. 5074 del 14 ottobre 2014); ciò avviene tipicamente attraverso la destinazione "a verde pubblico o privato" di un'area (sentenza Sez. V, n. 688 del 2015), ovvero attraverso la destinazione a "giardini pubblici e parchi di quartiere ovvero impianti sportivi anche coperti", in quanto tali realizzabili anche da privati (Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 6152).

Col decorso del relativo termine quinquennale decade la previsione espropriativa, mentre continua ad avere efficacia la previsione conformativa, l'unica poi divenuta così giuridicamente rilevante e, pertanto, continua a rilevare il vincolo conformativo, funzionale.

(4) In altri termini sono vincoli che conformano il diritto di proprietà iscrivendolo in uno statuto speciale e circoscrivendone le facoltà, mentre le previsioni riconducibili al potere ablatorio non incidono sulla configurazione del diritto di proprietà, non riguardano un modo di essere della stessa, ma svuotano il diritto dominicale delle sue facoltà.

Nel caso esaminato, il Collegio ha escluso che la destinazione ad <<Attrezzature Pubbliche… - Spazio attrezzato e/o spazio sportivo>>, impressa al terreno di proprietà dei ricorrenti concreti un vincolo espropriativo o sostanzialmente espropriativo, come tale soggetto a decadenza quinquennale, ravvisando di contro un vincolo conformativo per la risolutiva circostanza che è prevista la possibilità di effettuare gli interventi anche ad iniziativa privata e non solo ad iniziativa pubblica.

Tar Campania, sez. IV, sent. del 24 aprile 2023 n. 691 - Pres. Severini , Est. Flammini

RITO SUL SILENZIO INADEMPIMENTO – ISTANZA CON FINALITÀ CONOSCITIVA – INAMMISSIBILITÀ

Il rito ex art. 117 c.p.a., presuppone l'inerzia dell'Amministrazione nell'adempiere all'obbligo di provvedere mediante un atto autoritativo che sia espressione di potestà pubblica, esulando dal perimetro dell'azione i silenzi serbati su istanze orientate ad ottenere il soddisfacimento di interessi legati a situazioni giuridiche soggettive diverse dall'interesse legittimo (si pensi, ad es. ai diritti soggettivi, cfr., in proposito, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 26/08/2021, n. 9393) o comunque aventi finalità diverse dall'ottenimento, da parte della P.A., dell'esercizio del pubblico potere, per quanto a tale esercizio strumentalmente connesse.

Pertanto, è inammissibile l'azione avverso il silenzio ex art 117 c.p. il cui oggetto si identifichi nell'inerzia in ordine alla semplice *discovery* dei provvedimenti amministrativi adottati nei confronti dei terzi. Tale inerzia, in quanto lesiva di un interesse conoscitivo "strumentale" risulta più adeguatamente tutelata con l'azione averso il silenzio rigetto ex art. 116 c.p.a

Note

Il caso di specie nasce dalla presentazione di un ricorso ex art 117 c.p. con cui il ricorrente chiedeva di dichiararsi l'illegittimità del silenzio e il conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedere in relazione all'istanza presentata dal ricorrente al fine di conoscere la correttezza, la completezza e la tempestività dei procedimenti disciplinari eventualmente attivati dall'amministrazione nei confronti di un soggetto terzo (controinteressato del presente giudizio).

Il ricorso è stato considerato inammissibile rilevato che la ricorrente con la sua richiesta avrebbe voluto soddisfare un'esigenza sostanzialmente conoscitiva, potenzialmente strumentale alla successiva eventuale censura – anche in sede giurisdizionale - della condotta adottata nei confronti della controinteressata sul piano dell'esercizio della potestà disciplinare del datore di lavoro, che esula dal perimetro applicativo del rito ex art 117 c.p.a.

Parte II – ORDINANZE CAUTELARI

ACCESSO

TAR Campania, sez. I, 31 marzo 2023, n. 622 – Pres. Palliggiano, Est. Esposito

ISTANZA DI ACCESSO DOCUMENTALE – AMMISSIBILITA' DELL'ISTANZA CAUTELARE NEL RITO PER L'ACCESSO – ART. 116 C.P.A. – DINIEGO DI OSTENSIONE – CONTRADDITTORIO ENDO-PROCEDIMENTALE - ART. 92, CO. 2BIS D.LGS. N. 159/2011 – COMPRESSIONE, MA NON IRREPARABILE PREGIUDIZIO, DEL CONTRADDITTORIO PROCEDIMENTALE

Non può essere accolta l'istanza cautelare proposta nel rito per l'accesso, caratterizzato da una disciplina speciale ai sensi dell'articolo 116 c.p.a., nel caso in cui il diniego di ostensione non determini un pregiudizio grave e irreparabile. Nel caso di specie, il grado di dettaglio della comunicazione di avvio del procedimento consente alla ricorrente di esercitare proficuamente le proprie ragioni partecipative, instaurando un contraddittorio procedimentale efficace, il quale può ritenersi solo compresso per effetto dell'opposto diniego di accesso, ma non irreparabilmente pregiudicato. Inoltre, ai fini della decisione sul carattere o meno ostensibile della predetta documentazione nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 116 c.p.a., viene disposto il deposito della documentazione, oggetto della domanda di accesso, in forma cartacea o su supporto informativo, affinché ne possa prendere visione esclusivamente il Collegio.

Note

Con l'ordinanza in commento, la Sezione I si è pronunciata su una peculiare questione concernente l'ammissibilità della domanda cautelare nel rito di cui all'articolo 116 c.p.a, in considerazione della specialità di quest'ultimo. Nel caso di specie, la ricorrente contesta il diniego di ostensione della documentazione perché lesivo del contraddittorio endo-procedimentale prodromico alla decisione dell'Autorità prefettizia ai sensi dell'art. 92, co. 2bis, del d.lgs. n. 159/2011. Ciò nonostante, il Collegio ha ritenuto insussistenti i presupposti richiesti dall'articolo 55 c.p.a., in quanto, diversamente da quanto previsto dalla norma, in questo caso il diniego di accesso comprime, ma non pregiudica in maniera irreversibile, il contraddittorio procedimentale. Per tale ragione, viene disposto il deposito, a carico della Prefettura, della documentazione oggetto della domanda di accesso, mandando alla Segreteria di darne visibilità esclusivamente al Collegio in vista della deliberazione ad esso rimessa circa il carattere o meno ostensibile della predetta documentazione nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 116 c.p.a. La questione, sottoposta all'attenzione della Sezione, riveste carattere innovativo, come si evince dalla presenza di orientamenti giurisprudenziali difformi, tra cui spicca la pronuncia del T.A.R. per la Sicilia, sez. I, 8 marzo 2023, n.119, che ha ritenuto ammissibile l'istanza volta ad ottenere una misura cautelare nell'ambito del rito di cui all'articolo 116 c.p.a., se necessaria per assicurare che la pretesa di merito non sia frustrata in attesa della trattazione camerale dell'istanza di accesso. Il T.A.R. per la Sicilia, quindi, consapevole della peculiarità e del carattere accelerato del rito dell'accesso, non limita la proposizione di misure cautelari, in assenza di una disposizione in tal senso prevista dal legislatore e con lo scopo di garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

TAR Campania, sez. III, 05 aprile 2023, n. 638 – Pres. Est. A. Pappalardo

COMMERCIO – ORDINANZA DI CHIUSURA DELL'ATTIVITA' COMMERCIALE IN ASSENZA DI TITOLO ABILITATIVO – SUBINGRESSO – COMUNICAZIONE DI SUBINGRESSO – IRRITUALE COMUNICAZIONE DI SUBINGRESSO – MERA IRREGOLARITA' FORMALE - ART. 1 CO. 2 BIS L. 241/1990 – PRINCIPIO DI COLLABORAZIONE E BUONA FEDE – ACCOGLIMENTO ISTANZA CAUTELARE

L'irrituale comunicazione di subingresso, anche a prescindere da una documentata indisponibilità del portale telematico SUAP, non integra gli estremi dello svolgimento abusivo dell'attività, configurandosi una mera irregolarità formale.

Note

Con l'ordinanza in commento il Collegio ha ritenuto di dover accogliere la domanda cautelare per la sospensione di un'Ordinanza Dirigenziale di chiusura dell'attività commerciale svolta in assenza di titolo abilitativo. Tale provvedimento è stato emanato sulla scorta dell'irrituale comunicazione di subingresso da parte del ricorrente. Parte ricorrente deduceva che, nonostante l'Amministrazione avesse provveduto a ripristinare il funzionamento del portale telematico, non risultava il rilascio di conferma o di accettazione della domanda nei modi procedimentali. Il Collegio ha ritenuto che sussistessero i presupposti cautelari e ha accolto l'istanza di sospensione del provvedimento gravato, evidenziando come all'Amministrazione si imponga il rispetto del principio di collaborazione e buona fede di cui all'art. 1, comma 2 bis della L. 241/1990, in quanto il requisito necessario ai fini dello svolgimento dell'attività commerciale è la presenza di un titolo abilitativo.

EDILIZIA

TAR Campania, sez. II, 20 aprile 2023, n. 731 – Pres. Corciulo, Est. Lo Sapio

EDILIZIA – URBANISTICA – CILA – SUPERBONUS – STATO LEGITTIMO DELL'IMMOBILE – ONERE DELLA PROVA – D.L. N. 77/2020 – NON SUSSISTE

La CILA costituisce una mera comunicazione di carattere amministrativo, che assume, nel peculiare contesto normativo dei benefici fiscali afferenti al cd. Superbonus, funzione esclusivamente limitata all'ottenimento degli stessi. Per queste ragioni, nell'ambito della valutazione che all'amministrazione è consentito compiere per verificare la legittimità dell'immobile oggetto di intervento, espressamente prevista dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, il ricorrente non può invocare la CILA quale titolo idoneo a comprovare lo stato legittimo dell'immobile in sua proprietà. Di conseguenza, alla luce della cognizione sommaria propria della fase cautelare, è stato ritenuto insussistente il fumus boni iuris, posto che l'interessato non ha prodotto titolo edilizio atto a dimostrare il legittimo ed effettivo stato dei luoghi.

Note

Nel caso di specie, l'amministrazione comunale ha inibito la SCIA alternativa al permesso di costruire presentata dal ricorrente, facendo applicazione dell'art. 1, comma 13-quater, L. 17 luglio 2020, n. 77, il quale specifica che "resta impregiudicata ogni valutazione circa la legittimità dell'immobile oggetto di intervento" anche in caso di interventi afferenti al cd. Superbonus eseguibili con la CILA, e quindi senza l'attestazione dello stato legittimo dei luoghi. L'interessato, a sua volta, ha prodotto, quale titolo consolidatosi in suo favore e idoneo a dimostrare la legittimità dell'immobile, una mera comunicazione di inizio lavori asseverata.

TAR Campania – Napoli, 20 aprile2023, n. 737 – Pres. Corciulo, Est. Valletta

EDILIZIA – ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ – ART. 36 D.P.R. N. 360/2001 – VARIANTE SEMPLIFICATA – ART. 8 D.P.R. N. 160/2010 - ESIGENZE CAUTELARI – DINIEGO ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ– SOSPENSIONE DEGLI EFFETTI DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO – NON SUSSISTE

La c.d. variante semplificata, disciplinata dall'art. 8 d.P.R. n. 160/2010, non è uno strumento utilizzabile al fine di sanare costruzioni edificate in contrasto con le previsioni relative alla destinazione di zona. Pertanto, non è assistito dal necessario *fumus boni iuris* un ricorso promosso avverso il diniego di un accertamento di conformità *ex* art. 36 d.P.R. n. 380/2001 previo procedimento di variante agli strumenti urbanistici di cui all'art. 8 d.P.R. n- 160/2010, stante l'impossibilità di cumulare detti istituti per sanare un impianto produttivo già esistente edificato in contrasto con lo strumento urbanistico.
L'insussistenza delle esigenze cautelari, nello specifico, del *periculum*, è tanto più evidente nel caso in cui l'impianto produttivo risulti fermo.

Note

Ha chiarito la Sezione che l'istituto previsto dall'art. 8 d.P.R. n. 160/2010, ovvero l'attivazione di un procedimento di c.d. variante semplificata allo strumento urbanistico, sia relativo alle sole ipotesi in cui lo strumento urbanistico comunale non individui aree destinate agli insediamenti produttivi e,

pertanto, non può essere utilizzato per richiedere una variante prodromica al successivo ottenimento di un accertamento di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001.
Osserva la Sezione che "la cd. variante semplificata non è uno strumento utilizzabile al fine di sanare opere realizzate abusivamente: rilevato, infatti, che il fine perseguito dalla norma indicata (art. 8 DPR 160/2010) non è quello di consentire la sanatoria di costruzioni edificate in contrasto con le previsioni relative alla destinazione di zona".
L'istituto in commento deve assolvere, invero, ad esigenze di semplificazione urbanistica volte all'insediamento di nuovi stabilimenti produttivi, non ad ottenere una sanatoria di impianti già esistenti.

FARMACIE

TAR Campania, sez. III, 5 aprile 2023, n. 637 – Pres. Pappalardo, Est. Caprini

FARMACIE - SOSPENSIONE – ART. 1 L. 475/1968 - AMPLIAMENTO ESERCIZIO FARMACEUTICO –- ANNULLAMENTO – RIGETTO

È legittimo il provvedimento regionale con il quale la P.A. ratifica l'ampliamento e l'adeguamento con annessione di nuovi locali di un esercizio farmaceutico qualora questi locali, pur non rispettando la distanza imposta dall'art.1 L.475/1968, non siano destinati alla vendita di prodotti farmaceutici e non siano predisposti per l'ingresso al pubblico.

Note

Nel caso specifico, la Sezione analizza un'istanza cautelare volta ad ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento con il quale la Regione Campania, con decreto dirigenziale pubblicato sulla "casa di vetro della Regione Campania", ratificava l'ampliamento e l'adeguamento di un esercizio commerciale farmaceutico nel comune di Maddaloni (CE) tramite l'annessione di nuovi locali. Il titolare di un esercizio farmaceutico concorrente impugna questo decreto, chiedendone l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, ritenendo che la posizione di questi nuovi locali vada a violare l'art. 1 L. 475/1968. Effettuata l'attività istruttoria necessaria, è risultato, però, che i locali annessi con l'ampliamento non sono destinati né alla vendita di prodotti né all'ingresso al pubblico ma bensì utilizzati come zona di smistamento merci. La normativa vigente stabilisce che "ogni nuovo esercizio di farmacia deve essere situato ad una distanza dagli altri non inferiore a 200 metri e comunque in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona". La giurisprudenza consolidata ritiene che la misurazione debba partire assumendo come punto inziale e finale la soglia dell'accesso destinato al pubblico (Cons. di Stato, n. 4327/2021), tenendo conto del percorso pedonale più breve che una persona normalmente deambulante percorrerebbe senza esporsi a rischi (Cons. di Stato, III, 6.8.2018, n. 4832; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 6.4.2017 n. 229). Dal computo della misurazione devono essere esclusi gli ingressi di servizio (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 7.05.2021, n. 3060).

Il Collegio respinge l'istanza cautelare ritendendo che il ricorso non sia suffragato dal requisito del fumus boni iuris.

INTERDITTIVE ANTIMAFIA

TAR Campania, Sez. I, 19 aprile 2023, ord. n. 718 – Pres. Salamone, Est. Palliggiano

INTERDITTIVA ANTIMAFIA – RICHIESTA DI AGGIORNAMENTO – CRITERIO DEL ''PIÙ PROBABILE CHE NON'' – MANCATO RILIEVO DI FATTI NUOVI AI FINI DELLA PROGNOSI DI CESSAZIONE CONDIZIONAMENTO MAFIOSO – NEUTRALITÀ MERA INTERRUZIONE RAPPORTI LAVORATIVI CON SOGGETTI CONDANNATI PER REATI ''SPIA'' – OPERAZIONI SOCIETARIE ELUSIVE – RIGETTO

Secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, il superamento del rischio di inquinamento mafioso, alla base della istruttoria posta in essere dalla Prefettura, come conseguenza dell'istanza di aggiornamento, non si determina ove non siano sopravvenuti nuovi elementi fattuali, idonei a fondare, secondo il criterio del ''più probabile che non'', la prognosi di interruzione delle cointeressenze con il contesto criminale, precedentemente rilevate.
La mera interruzione dei rapporti lavorativi tra l'Associazione destinataria del provvedimento prefettizio ed il soggetto condannato per reati ''spia'', è dato insufficiente a fini del giudizio di inattendibilità del pericolo di inquinamento mafioso.
È consolidato indirizzo interpretativo che alcune operazioni societarie possano disvelare un'attitudine elusiva della normativa antimafia, ove risultino inidonee a creare una netta cesura con il passato, continuando a perpetuare i tentativi di ingerenza.

Note

Con l'ordinanza in commento il Collegio ha ritenuto di dover respingere l'istanza cautelare, avanzata dall'Associazione ricorrente, relativa all'informativa antimafia con oggetto il rigetto della richiesta di aggiornamento da parte della Prefettura. Questo giudice ha rilevato, coerentemente con la prevalente giurisprudenza sul punto, che la mera interruzione dei rapporti lavorativi tra la ricorrente e il soggetto -OMISSIS- , condannato per reati ''spia'' ex art. 84, comma 4, codice antimafia, è elemento neutro ai fini del giudizio positivo di cessazione di quelle cointeressenze e condizionamenti mafiosi, posti alla base del precedente provvedimento prefettizio (Cons. di Stato, n. 3945/2020).
In particolare, è stata valutata l'invarianza dell'assetto amministrativo dell'Associazione ricorrente (in cui -OMISSIS- risulta amministratore unico) e la mancata emersione, in sede di istruttoria del Prefetto, di fatti nuovi, persuasivamente indiziari del superamento del tentativo di infiltrazione mafiosa.
Peraltro, la stipula del contratto di affitto del ramo d'azienda, intervenuta immediatamente dopo la notifica del precedente provvedimento interdittivo, con operatore economico non attinto da pregiudizi antimafia e presso il quale siano stati assunti stretti congiunti di-OMISSIS-, rende attuale il rischio di contiguità alle logiche di ingerenza mafiosa (Cons. St., sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707; 7 marzo 2013, n. 1386).

PAESAGGIO

TAR Campania, sez. I, 30 marzo 2023, n. 608 – Pres. Palliggiano, Est. Esposito

CONSERVAZIONE E VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO NATURALE – ENTE PARCO – NOMINA DEL PRESIDENTE – ART. 9 L. 394/91 – RAGGIUNGIMENTO DELL'INTESA TRA MINISTERO DELL'AMBIENTE E REGIONE – NON NECESSITA' DELL'ACQUISIZIONE DEL PARERE DELLE COMMISSIONI PARLAMENTARI – GESTIONE COMMISSARIALE STRAORDINARIA – SUSSISTENZA DEL DANNO DERIVANTE ALLA REGIONE DAL MANTENIMENTO DEL COMMISSARIO STRAORDINARIO.

Per la nomina del Presidente dell'Ente Parco, secondo quanto disposto dall'articolo 9 comma 3 della legge quadro sulle aree protette (L. n.394/91), non si richiede l'acquisizione del parere delle Commissioni Parlamentari, in caso di raggiungimento dell'intesa – richiesta dalla medesima disposizione – tra il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e la Regione. In assenza di particolari esigenze procedimentali, che possano dettare ritardi nell'espletamento dell'attività e nella definizione della nomina su cui sia stata raggiunta l'intesa, non sussistono apprezzabili ragioni di proroga della gestione commissariale straordinaria, la quale risulta idonea a determinare un concreto pregiudizio alla normale attività dell'Ente, incidendo, inoltre, negativamente sull'interesse di cui è titolare la Regione.

Note

Con l'ordinanza in commento, il Collegio accoglie la domanda cautelare proposta dalla Regione Campania di sospensione del provvedimento con cui il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica ha prorogato, seppur per un periodo limitato, la nomina del Commissario straordinario dell'Ente Parco Nazionale del Vesuvio. Nel caso di specie, la Regione contesta tale proroga, essendo stata raggiunta l'intesa, richiesta dalla legge, tra il Ministero dell'Ambiente e la Regione sul nominativo del Presidente dell'Ente Parco. Sul punto, infatti, la legge n..394/91, volta alla tutela e promozione della conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale del Paese, fornisce all'articolo 9 una puntuale disciplina degli organi dell'Ente Parco, richiedendo, al comma 3, suddetta intesa per la nomina del Presidente. Come stabilito dal comma 1 dell'articolo 9, l'Ente parco ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'Ambiente. Nel caso di specie, in presenza dell'intesa e in assenza di esigenze di ulteriore dilazione nella formalizzazione della nomina del soggetto prescelto, il mantenimento del Commissario nelle funzioni spettanti agli organi ordinari determina un pregiudizio, grave e irreparabile, alla Regione. Inoltre, ne deriva anche un concreto pregiudizio alla normale attività dell'Ente. In secondo luogo, si esclude la necessità dell'acquisizione del parere delle Commissioni Parlamentari, il quale è richiesto solo nel caso in cui non si sia stata raggiunta l'intesa. Tali argomentazioni hanno indotto il Collegio ad accogliere la domanda cautelare, sospendendo l'efficacia del decreto impugnato con motivi aggiunti.

UNIVERSITA'

TAR Campania, Sez. IV, 19 aprile 2023, n. 715 – Pres. Severini; Est. Flammini

UNIVERSITÀ – TRASFERIMENTO UNIVERSITARIO – TRASFERIMENTO DA UNIVERSITÀ STRANIERA – TRASFERIMENTO AD UNIVERSITÀ CON POSTI LIMITATI

Non pare sorretta dal necessario *fumus boni iuris* l'istanza cautelare avente ad oggetto la sospensione dell'efficacia del provvedimento di rigetto dell'istanza inoltrata dal ricorrente, avente oggetto la richiesta di trasferimento dalla Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'International University of Goradze Bosnia ed Erzegovina alla Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università degli Studi della Campania, con conseguente iscrizione ad anno successivo al primo al Corso italiano di Laurea Magistrale in Medicina, per gravi motivi di salute ai sensi dell'art 9 del r. d. 4 giugno 1938, n. 1269.
Infatti, l'indisponibilità di posti, addotta dall'Università resistente a motivo del diniego, appare, prima facie, circostanza insuperabile ai fini del trasferimento.
Pertanto, si ritiene di dover respingere l'istanza di tutela interinale.

Parte III - FOCUS GIURISPRUDENZIALE: “Il silenzio assenso tra amministrazioni nel rapporto con gli interessi sensibili: l’autorizzazione paesaggistica”

TAR Campania, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 265, Pres., Est. Pappalardo

PAESAGGIO – AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA – SILENZIO ASSENSO ORIZZONTALE – NON OPERA – INTERESSI SENSIBILI

Il meccanismo di semplificazione ex art 17-bis l. 241/90 non opera in relazione al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica (art 146 d.lgs. 42/04), con particolare riferimento al silenzio della soprintendenza. Rilevano, in tal senso, la natura sostanzialmente monostrutturata della decisione, l'irriconducibilità del procedimento nello schema dei rapporti orizzontali, nonché esigenze prioritarie, anche di derivazione comunitaria, di tutela dell'ambiente e del paesaggio.

Note

Con la sentenza in esame, il Collegio ha respinto le censure di parte ricorrente in ordine alla legittimità degli atti dell'amministrazione comunale che, in rettifica di una precedente nota con cui si dava atto della formazione del silenzio assenso ex art 17-bis, ha ritenuto di richiedere il parere di competenza della sovrintendenza.

Il thema decidendum si sostanzia nell'operatività o meno del cd. silenzio assenso orizzontale nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art 146 d.lgs. 42/04, in presenza di inerzia della sovrintendenza in relazione al parere vincolante devolutole.

La Sezione condivide l'orientamento di segno negativo. In primis, le esigenze paesaggistiche, rimesse alla valutazione della sovrintendenza, assumono rilievo prioritario rispetto a quelle di semplificazione e accelerazione, di cui all'art 17-bis. Inoltre, la sussistenza di un interesse del privato alla base del procedimento ne comporta la riconduzione nel novero dei rapporti non orizzontali ma verticali e, dunque, sotto l'egida dell'art 20 l. 241/90, la cui operatività è esclusa in presenza di interessi sensibili. Infine, la normativa europea richiede provvedimenti espressi laddove siano coinvolti siffatti interessi, ammettendo il silenzio assenso solo nei casi di atti di modesto apporto valutativo.

1. il silenzio

Come accadeva già ai tempi dei Romani, ove "*qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*" [1], il silenzio nel diritto civile contemporaneo continua ad assumere, normalmente, un valore neutro: non gli si riconosce l'idoneità ad essere un veicolo di volontà negoziale, di segno positivo o negativo. Tuttavia, la descritta regola conosce delle eccezioni. Tanto l'autonomia privata

[1] cfr. Paulus, *De regulis juris*, Liber 142, 59,17

quanto la legge possono attribuire al silenzio un significato e, quindi, effetti rilevanti nell'ambito dei rapporti interprivati. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla formazione del contratto ex art 1333 c.c., ove inteso, secondo la lettura tradizionale, come vero e proprio negozio bilaterale[2], o alla disciplina dei contratti bancari o, ancora, al significato del silenzio, inteso come mancata disdetta, nel rapporto di locazione; d'altro canto, è pacifica la possibilità per le parti di attribuire un certo valore al silenzio. Viceversa, si discute in ordine alla configurabilità di un silenzio non espressamente qualificato ma cd. circostanziato, il cui valore negoziale deriva (*rectius*, deriverebbe) dalle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal generale obbligo di buona fede; nondimeno, in tal caso, il silenzio non assume rilevanza *tout court* ma solo se accompagnato dalle contingenze della singola situazione, tali da imporre al soggetto di esprimersi univocamente per evitare conseguenze sulla propria sfera giuridica[3].

Se, da un lato, l'autonomia privata rappresenta lo strumento primario per la soddisfazione delle esigenze dei privati e consente, in un'ottica di analisi economica del diritto, una efficiente allocazione delle risorse economiche; dall'altro, il conseguimento di alcuni beni della vita richiede, necessariamente, l'intermediazione del potere pubblico.

Nell'ambito dell'attività amministrativa, l'evoluzione dei rapporti socio-economici ha imposto, progressivamente, un mutamento del ruolo del soggetto pubblico: ad una amministrazione "che toglie" se ne è affiancata una "che dà" e, cioè, reca utilità al privato; per vero, tale dicotomia consente la tradizionale bipartizione degli interessi legittimi in oppositivi e pretensivi. Mentre, nel primo caso, l'interesse del cittadino è al non esercizio del potere, cui segue il mantenimento della propria condizione giuridica e patrimoniale, nell'altro, il singolo consociato vuole che il potere venga esercitato in un certo modo, poiché il conseguimento di un determinato bene passa necessariamente per l'intermediazione dell'autorità pubblica.

Con riferimento alla seconda tipologia di interessi, sorge il problema del comportamento della PA che, di fronte ad un'istanza del privato, non provvede ma resta inerte. La tendenziale stigmatizzazione del silenzio in seno all'attività amministrativa è espressa dall'art 2 l. 241/90 che sancisce l'obbligo di conclusione del procedimento con provvedimento espresso ed entro un certo termine, laddove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza di parte ovvero debba essere iniziato d'ufficio. Per vero, l'obbligo di provvedere se, di solito, si fonda su una norma di legge o di regolamento, può talora essere desunto da un atto amministrativo con cui l'autorità decidente

---

[2] Tuttavia, occorre osservare che, attualmente, è prevalente la tesi per cui l'art 1333 c.c., lungi dall'individuare una particolare modalità di conclusione del contratto, sia il veicolo per riconoscere cittadinanza alle promesse unilaterali atipiche dotate di giustificazione causale.

[3] Di recente, in favore della descritta figura, Cass. 16743/2021

autolimita l'esercizio dei suoi poteri discrezionali o predetermina i contenuti futuri della sua azione[4], ovvero dai principi regolatori generali dell'azione amministrativa e, quindi, dai canoni di legalità, buon andamento, correttezza, giustizia ed equità sostanziale, come, ad esempio, nelle ipotesi in cui l'autorità, col suo comportamento, induca un affidamento nel privato[5]. Per converso, ciò non si verifica nei casi di domanda di riesame riguardante un atto divenuto inoppugnabile per spirare del termine di decadenza[6], ove non siano sopraggiunti significativi mutamenti della situazione di fatto o di diritto, nonché di domanda di estensione ultra partes del giudicato[7] o di istanza manifestamente infondata o manifestamente assurda o, in ultimo, in presenza di domanda illegale, non potendosi dare corso alla tutela di interessi illegittimi[8]. Di talché, "indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogni qualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 della Costituzione), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia"[9].

Nondimeno, la generale qualificazione in termini di disvalore dell'inerzia in sede di procedimento amministrativo richiede, in ragione di un'esigenza di effettività, la previsione di strumenti per garantire tutela al privato coinvolto. Da un lato, rilevano dei rimedi successivi e, cioè, miranti a fronteggiare una situazione di mancato esercizio tempestivo del potere e, dunque, di inadempimento del corrispettivo obbligo da parte della PA: si tratta dell'azione ex art 117 c.p.a. e della tutela per equivalente, sotto forma di risarcimento del danno o di indennizzo ex art 2bis l. 241/90[10]. D'altro canto, il legislatore ha approntato degli strumenti che, in presenza dell'inerzia del soggetto pubblico, impediscono l'inadempimento, in quanto riconnettono al trascorrere del tempo un effetto provvedimentale. Rientrano nel campo del cd. silenzio qualificato il silenzio-diniego e il silenzio-assenso: mentre il primo ha un significato di segno negativo, per cui al decorso del termine è connesso il rigetto dell'istanza del privato, il secondo coincide con l'accoglimento di questa.

2. il silenzio assenso

L'art 20 l. 241/90 disciplina il silenzio assenso e ne generalizza la portata: salvo le ipotesi di liberalizzazione ex art 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti

---

[4] cfr. Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, sent. 436/2008

[5] cfr. Cons. St., sez. V, sentt 250 3 1331/1991, nonché Tar Lazio, sez. I, sent 83/91.

[6] cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, sent 1765/2000

[7] cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 921/2007

[8] cfr. N. Durante, *Foro amm. TAR*, fasc 7-8, 2010

[9] cfr. Cons. St. Sez. VI, sent. 2318/2007

[10] Esula dallo scopo del presente contributo l'analisi della dibattuta questione in ordine al perimetro del risarcimento del danno da ritardo (o da mero ritardo).

amministrativi il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, se l'amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di conclusione del procedimento, il provvedimento di diniego o l'indizione di una conferenza di servizi. Tuttavia, ex comma 4, l'istituto non si applica agli atti e procedimenti riguardanti interessi sensibili e a quelli individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché ai casi in cui o la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti espressi o la legge qualifica il silenzio come rifiuto.

Di conseguenza, il trascorrere del termine di conclusione del procedimento comporta la produzione di effetti analoghi a quelli derivanti da un provvedimento di segno positivo, pur in assenza di una manifestazione espressa di volontà autoritativa: rileva una forma semplificata di esercizio dell'attività amministrativa. Nondimeno, l'istituto *de quo* non comporta un'esenzione dell'amministrazione dal suo compito istituzionale di cura degli interessi pubblici e ponderazione delle esigenze contrapposte: si ritiene che essa sia comunque tenuta doverosamente allo svolgimento dell'istruttoria e all'effettuazione dei controlli previsti, ma che sia esonerata dal solo obbligo di formalizzare l'assenso in un provvedimento espresso e motivato[11]: fonda tale affermazione il comma 5 dell'art 20 che prevede l'operatività dell'art 2 comma 7 e, soprattutto, del preavviso di rigetto ex art 10bis. In particolare, secondo costante giurisprudenza, ai fini della formazione del silenzio in parola, non basta solo la presentazione della domanda e il decorso del tempo ma è necessario, altresì, che l'istanza sia assistita da tutti i presupposti di accoglibilità, costituiti dai requisiti soggettivi e dalla documentazione allegata all'istanza: non si determina *ope legis*, in applicazione del silenzio assenso, una regolarizzazione dell'abuso, ogni qualvolta manchino i presupposti di fatto e di diritto previsti dalla norma, oppure quando la documentazione allegata all'istanza non risulti completa[12]. Dunque, è necessario che la domanda sia corredata dall'indispensabile documentazione prevista dalla normativa: il silenzio assenso non implica alcuna deroga al potere-dovere dell'Amministrazione di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali ex art 97 Cost e impone, quindi, che la stessa sia posta nelle condizioni di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio dell'autorizzazione[13].

Emerge, chiaramente, come il silenzio sostituisca il provvedimento e, quindi, costituisca una forma, seppur semplificata, di esercizio del potere amministrativo e, come tale, può essere oggetto di ripensamento da parte del soggetto pubblico coinvolto, cui è riconosciuta la facoltà di intervenire in autotutela (comma 3). Nella specie, si tratta di un potere di secondo grado peculiare in quanto non ha ad oggetto un provvedimento ma solo un effetto provvedimentale; tuttavia, resta necessaria la

---

[11] P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine per provvedere anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc 2, 1 aprile 2022 pag. 77

[12] Cfr. Cfr. Cons. St., sez. V, sent. 63/14

[13] Cfr. Cons. St., sez. V, sentt. 2019/11, 8831/09, 4053/09

sussistenza dei presupposti ex artt 21-quinques e 21-nonies e, dunque, una valutazione discrezionale dei contrapposti interessi. Diversamente, l'esercizio tardivo del potere di primo grado trova oggi espressa disciplina nel novello comma 8bis dell'art 2 l. 241/90 che ne sancisce l'inefficacia: si tratta di una categoria la cui qualificazione come autonoma o quale sintomo di nullità, con rilevanti conseguenze in punto di rimedi giurisdizionali, non è pacifica[14].

Nella diversa prospettiva di bisogno di tutela per i privati, una questione si è posta, tradizionalmente, con riferimento diretto al provvedimento tacito di assenso. In primo luogo, emerge l'esigenza da parte del beneficiario di poter far valere il provvedimento a sé favorevole e, cioè, la possibilità di vantare verso terzi la legittimazione a compiere una certa attività tacitamente autorizzata dall'amministrazione. La soluzione prevalentemente prospettata era nel senso di consentire al privato di esperire l'azione di accertamento, con un conseguente *vulnus* di effettività e pienezza della tutela, in virtù della fisiologica durata del processo a fronte di un privato che, per vero, ha già atteso il termine di conclusione del procedimento e si troverebbe in una situazione deteriore rispetto a coloro che, in presenza delle medesime circostanze e per mera sollecitudine dell'amministrazione, hanno, invece, ottenuto un provvedimento espresso. Nondimeno, il legislatore con il d.l. 77/21 ha introdotto il comma 2bis dell'art 20 l. 241/90, per cui la PA ha l'obbligo di rilasciare un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e, quindi, dell'intervenuto accoglimento della domanda entro dieci giorni dalla richiesta del privato, trascorsi i quali l'attestazione è sostituita da una autodichiarazione del cittadino. In secondo luogo, avverso l'atto tacito o fittizio adottato *per silentium* il controinteressato può dedurre tutte le cesure sostanziali ma non può, di certo, dedurre censure di omessa motivazione, posto che la mancanza di motivazione è autorizzata dalla legge che ha tipizzato il silenzio come assenso.

Proprio l'assenza della motivazione, data la conseguente mortificazione della trasparenza amministrativa, è uno degli argomenti di aspra critica alla generale figura del silenzio assenso[15]. Si osserva che l'istituto in esame rimette l'assetto degli interessi pubblici e privati in potenziale conflitto al caso, alla circostanza, incerta e non prevedibile, se l'amministrazione riuscirà o non riuscirà a provvedere nei termini, di talché fattispecie analoghe potranno avere esiti diversi a seconda della

---

[14] In estrema sintesi, sono tre le ricostruzioni proposte:

-l'inefficacia ex tunc come sintomo della nullità del provvedimento tardivo data la consumazione del potere, con conseguente operatività dell'azione di nullità ex art 34 c.p.a.;

-l'inefficacia come categoria autonoma, slegata dalla patologia del provvedimento e assoggettata all'azione atipica di accertamento negativo e, quindi, sine die;

-l'inefficacia come categoria autonoma ma sottoposta, per esigenze di stabilità dei rapporti amministrativi, ad un regime processuale analogo all'azione di nullità.

[15] Si veda P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?,* cit.

mutevole capacità o volontà di risposta dell'autorità, con evidenti ricadute in termini di disparità di trattamento. Peraltro, il rischio connaturato al silenzio assenso è un pregiudizio per i beni protetti, a causa di una sostanziale abdicazione dell'essenza della missione della funzione pubblica. In sintesi, l'obiezione mossa all'istituto ex art 20 l. 241/90 è il tradimento della sua stessa ragione: da strumento posto a tutela degli interessi del privato, esso si atteggia quale mezzo in grado arrecare un pregiudizio agli interessi pubblici e, quindi, alla collettività. Il sacrificio viene realizzato sull'altare di celerità e semplificazione dell'azione amministrativa gettando, peraltro, sui privati l'onere di un controllo successivo delle altrui attività, con possibile aumento della litigiosità sociale. Tuttavia, in concreto, l'eventuale, e da taluno auspicata, eliminazione del silenzio assenso rimetterebbe la soddisfazione degli interessi del privato istante alla realizzazione di una macchina amministrativa più efficiente e tempestiva, ostacolata, talvolta, anche da ragioni di bilancio pubblico, nonché alle azioni di responsabilità dei funzionari e avverso il silenzio inadempimento, con il rischio di un sovraffollamento delle aule di giustizia. Viceversa, il meccanismo del silenzio assenso si basa su una contrarietà di fondo del legislatore verso l'inerzia amministrativa, stigmatizzata al punto da ricollegare ad essa la più grave delle sanzioni o il più efficace dei rimedi che si traduce, attraverso l'equiparazione del silenzio all'assenso ad un provvedimento positivo, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento[16].

3. il silenzio orizzontale

Il giudizio negativo del legislatore circa l'inerzia della pubblica amministrazione permea anche l'istituto del silenzio assenso tra amministrazioni (cd. orizzontale), di cui all'art 17-bis l. 241/90, introdotto dalla legge 124/15 e di recente modificato dal d.l. 76/20 senza, tuttavia, inciderne il nucleo caratterizzante, e oggetto di un rilevante parere del Consiglio di Stato del 23 giugno 2016. Viene introdotta una regola generale che pervade i rapporti interni tra amministrazioni e, icasticamente, rappresenta un nuovo paradigma dell'azione amministrativa: in tutti i casi in cui il procedimento è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata, il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma, al contrario, è equiparato *ope legis* a un atto di assenso che consente all'amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo, con perdita, per l'interpellata, del potere di dissentire e impedire la conclusione del procedimento. La ratio sottesa è reagire all'inerzia dell'amministrazione, prevenendo fenomeni di arresto o ritardo nella conclusione del procedimento come conseguenza del mancato rilascio di un atto preliminare rispetto a quello conclusivo e

[16] In questi termini il parere del Cons. St. 1640/16

neutralizzando, così, possibili ostruzionismi e negligenze delle amministrazioni[17]. Tale istituto completa un'evoluzione normativa che ha progressivamente fluidificato l'azione amministrativa, neutralizzando gli effetti negativi e paralizzanti del silenzio, dapprima nei rapporti con i privati e poi anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni[18]. Nonostante un'analogia di fondo, mentre il silenzio ex art 20 l. 240/90 assume valenza provvedimentale e, quindi, definisce l'assetto di interessi convolti, quello ex art 17-bis è di tipo endoprocedimentale, poiché ha valenza solo all'interno del procedimento. Peraltro, in relazione all'art 20, la decisione implicita si caratterizza per l'essere monostrutturata, nel senso che è riferibile alla sola amministrazione competente, ed attiene ai procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi (cd. verticali), configurabili qualora il procedimento parta da un'istanza del privato e sia attivato nell'interesse di quest'ultimo; viceversa, il silenzio orizzontale connota una decisione pluristrutturata, la cui paternità va ricondotta a tutte le amministrazioni coinvolte.

L'istituto di nuovo conio, nella prospettiva del Consiglio di Stato, ha un triplice fondamento: eurounitario, costituzionale e sistematico. In primo luogo, la direttiva Bolkestein, al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica e temporale delle procedure amministrative, si muove nella duplice direzione di limitare il regime delle autorizzazioni preventive e di introdurre il principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità amministrative allo scadere di un termine determinato[19]: nonostante il ristretto perimetro della direttiva *de qua* e la differente attenzione comunitaria agli interessi sensibili, emerge un chiaro indice dell'esigenza sovrannazionale di introdurre meccanismi di semplificazione. Sotto il profilo costituzionale, rileva il principio di buon andamento (art 97 Cost) letto in un'ottica moderna e, cioè, improntata ad assicurare il primato dei diritti della persona e dell'operatore economico; invero, nonostante manchi un coinvolgimento diretto dei diritti del privato, il nuovo istituto, contrastando e prevenendo gli effetti preclusivi dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni, concorre alla tempestiva conclusione dei procedimenti e, quindi, all'attuazione del buon andamento. Peraltro, i meccanismi di semplificazione, lungi dal comportare il sacrificio dell'interesse pubblico, sono funzionali a fornire una cura efficace e tempestiva dello stesso, con il minore onere possibile per il singolo e per la collettività[20]. Infine, in

---

[17] Cfr. A. Berti Suman, *Il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni: dovere di istruttoria e poteri di autotutela,* in *Foro amministrativo* (III), fasc. 6, 2016, pag. 1657

[18] Cfr. Cons St. parere 1640/16

[19] Cfr. considerando 43 e art 13 direttiva 2006/123/CE.

[20] La semplificazione della struttura delle decisioni pubbliche costituisce un'esigenza imprescindibile del nostro ordinamento, non solo a tutela dell'attività di impresa, ma anche a presidio dello stesso principio di buona amministrazione che impone la semplicità, la chiarezza e la stabilità delle relazioni tra cittadini e poteri pubblici. A. Moliterni *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio,* in *Diritto Amministrativo,* fasc. 4, 2017, pag. 699.

un'ottica sistematica, rileva il principio di trasparenza dell'attività amministrativa che si atteggia, ancor prima che come generale ostensibilità di dati e documenti, come eliminazione di qualsiasi opacità o ambiguità, cui è funzionale l'assunzione di decisioni espresse; viceversa, il silenzio è antinomico alla trasparenza perché rappresenta un comportamento opaco e non ostensibile. Di conseguenza, l'arresto procedimentale non può più avvenire con un comportamento opaco ma solo con la manifestazione espressa delle perplessità dell'amministrazione.

In sintesi, l'istituto del silenzio assenso orizzontale risponde e realizza l'efficacia, la certezza e la chiarezza dell'attività amministrativa.

L'art 17-bis l. 241/90 è stato oggetto della riforma realizzata con d.l. 76/20 che ne ha sia modificato la rubrica sia ampliato il campo operativo. In merito al primo intervento, oggi la norma si riferisce non più al silenzio assenso ma agli effetti del silenzio e dell'inerzia tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici. La modifica è stata dettata dall'esigenza di superare l'equivoca riconduzione dell'istituto alla fattispecie ex art 20, poiché la figura in analisi, lungi dal prevedere una tacita manifestazione di volontà autoritativa, integra le norme procedimentali circa i rapporti tra amministrazioni, inserendosi nell'ambito delle disposizioni destinate ad introdurre schemi semplificativi per tutti i procedimenti volti all'adozione di un provvedimento pluristrutturato[21]. Per quanto riguarda, invece, il campo di operatività dell'istituto, accanto al suo tradizionale, e originario, *modus operandi*, la riforma ha introdotto una nuova dimensione applicativa. In primis, la norma prevede un termine decorrente dal ricevimento dello schema di provvedimento, generalmente di trenta giorni ma esteso a novanta in presenza di particolari interessi, entro cui le amministrazioni competenti devono rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta comunque denominato e richiesto per l'adozione di atti amministrativi o normativi di altre amministrazioni; nondimeno, trascorso inutilmente il termine *de quo*, l'atto di assenso si intende acquisito. In tal modo, il legislatore rimedia all'inerzia di un'amministrazione definibile come ausiliaria e, cioè, competente ad intervenire con un proprio atto in un procedimento iniziato, condotto e da concludersi ad opera di un diverso soggetto pubblico: il silenzio non è in grado di paralizzare un'attività già iniziata. Diversamente, il secondo, e nuovo, modulo procedimentale concerne l'eventualità in cui per l'adozione di un atto amministrativo o normativo è richiesta la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto. In quest'ultimo caso, la proposta deve pervenire entro trenta giorni dal ricevimento della relativa richiesta dell'amministrazione competente all'adozione del provvedimento; nondimeno, alla scadenza del suddetto termine, la seconda amministrazione può

[21] In termini critici circa la previgente rubrica, F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art 17 bis della l. 241/90*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2018, pag. 747

procedere e lo schema di provvedimento va trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta, al fine di acquisirne l'assenso, anche nelle forme del silenzio assenso (secondo il primo modulo procedimentale). Dunque, con la riforma il legislatore si occupa delle situazioni in cui il silenzio rischia di realizzare una stasi procedimentale originaria.

I due schemi analizzati si distinguono, altresì, per il diverso perimetro di operatività: solo il primo trova applicazione anche quando sono convolti gli interessi cd. sensibili individuati dal comma 3 dell'art 17-bis, salvo la dilatazione a novanta giorni del termine per rendere l'atto ausiliario. Viceversa, nessuno dei due opera laddove disposizioni dell'Unione richiedano l'adozione di provvedimenti espressi (comma 4); nondimeno, tale esclusione viene considerata superflua, in ragione del generale primato del diritto europeo su quello domestico.

3.1. un'actio finium regundorum

L'introduzione del silenzio orizzontale ha posto all'interprete la questione circa il rapporto con altre figure già presenti di semplificazione procedimentale.

In primo luogo, occorre fissare il confine rispetto alla conferenza di servizi[22] (ex artt 14ss l. 241/90). L'analogia tra le figure risiede nel coinvolgimento di una pluralità di amministrazioni nell'assunzione della decisione finale, nonché nell'operatività di un meccanismo che collega al silenzio tenuto dall'autorità interpellata il valore di assenso, anche qualora quest'ultima sia preposta alla tutela di interessi sensibili. Viceversa, ai fini della reciproca distinzione, il criterio risolutivo più semplice, e utilizzato da una cospicua dottrina, è individuato nel numero di amministrazioni interessate: mentre l'art 17-bis trova applicazione ove l'amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di un solo altro soggetto pubblico, la conferenza opera nel caso occorrano assensi da parte di più amministrazioni. Tuttavia, tale soluzione, da un lato, rischia di limitare fortemente l'applicazione dell'innovativo istituto ex art 17-bis, inteso, invece, come nuovo paradigma dell'azione amministrativa, e, dall'altro, collide con il dato letterale della norma che, lungi dal riferirsi a decisioni dualistiche, considera decisioni pluristrutturate, indipendentemente dal numero di soggetti coinvolti, come si ricava dall'utilizzo del plurale nei termini assensi o concerti. In questa diversa prospettiva, il silenzio orizzontale opera sempre e, se si forma, previene la necessità di una conferenza di servizi che, invece, andrebbe convocata nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle amministrazioni interpellate e proprio con lo scopo di superare il disaccordo. In altri termini, mentre l'art 17-bis consente di superare esclusivamente il silenzio delle amministrazioni coinvolte, la conferenza è uno strumento in grado di far fronte anche alle ipotesi di dissenso espresso; nondimeno, nulla impedisce all'amministrazione procedente di convocare in prima battuta una conferenza di servizi. D'altro canto, la originaria paventata identità tra il meccanismo ex art 17-bis e

[22] Esula dal presente contributo l'analisi delle diverse forme di conferenze e dei problemi proprio di tale istituto

la conferenza semplificata asincrona trova un ostacolo nella diversa disciplina dei meccanismi per il superamento dei contrasti. Pur essendo in entrambi i casi la decisione affidata al Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, la disciplina della conferenza si caratterizza per una maggiore complessità, offrendo più intense garanzie procedimentali, anche al fine di attuare il principio di leale collaborazione tra le diverse amministrazioni coinvolte[23].

L'affinità ontologica tra la conferenza di servizi e il silenzio endoprocedimentale chiarisce, seppur solo in parte, l'atteggiarsi del potere di autotutela. In ambo i casi non può che applicarsi il principio del *contrarius actus*, per cui l'eventuale esercizio del potere di riesame deve seguire il medesimo procedimento caratterizzante l'emanazione dell'atto che si vuole rimuovere o modificare: l'amministrazione rimasta silente non può limitarsi ad esprimere il proprio dissenso postumo ma dovrà sollecitare l'avvio del meccanismo di riesame, condotto dall'amministrazione procedente; viceversa, si correrebbe il rischio di eludere l'obiettivo di semplificazione perseguito dal silenzio in questione, consentendo a qualunque soggetto pubblico coinvolto, con un atto successivo, di porre nel nulla la statuizione adottata dall'amministrazione decidente.

Per altro verso, risulta maggiormente problematico l'esercizio del potere di autotutela avente ad oggetto l'atto di assenso tacito, quando il provvedimento finale non sia stato ancora adottato dalla amministrazione procedente. Come chiarito dal Consiglio di Stato in sede consultiva, riconoscere che l'amministrazione concertata, il cui assenso è stato acquisito *per silentium*, possa, fino all'adozione del provvedimento finale, esercitare sull'atto tacito un potere unilaterale e tardivo di autotutela, impedendo la conclusione espressa del procedimento, rischia di determinare l'elusione della portata innovativo dell'istituto ex art 17-bis: il silenzio assenso assumerebbe portata meramente provvisoria, con la possibilità che il dissenso venga espresso dopo il trascorrere del termine previsto; di conseguenza, appare preferibile ritenere che il termine abbia natura perentoria, di talché il suo decorso faccia venire meno il potere postumo di dissentire. Dunque, formatosi il silenzio assenso, l'amministrazione ausiliaria potrà, nell'ottica del principio di leale collaborazione, evidenziare le ragioni di illegittimità o inopportunità che precludono l'adozione del provvedimento finale; tuttavia, spetta all'amministrazione procedente la decisione conclusiva, anche in contrasto con le suddette segnalazioni e avvalendosi del silenzio assenso. La soluzione prospettata ha trovato, da ultimo, conferma e apprezzamento legislativo con la previsione, ex art 2 comma 8bis l. 241/90, dell'inefficacia dell'atto adottato dopo la scadenza, tra l'altro, dei termini di cui all'art 17-bis.

La seconda linea di confine va tracciata tra il silenzio orizzontale e gli istituti ex artt 16 e 17 l. 241/90, rispettivamente dedicati all'attività consultiva delle amministrazioni e alle valutazioni tecniche. Ai sensi dell'art 16, per come da ultimo modificato dal d.l. 76/20, laddove l'amministrazione tenuta a

[23] Cfr. Cons. St., parere 1460/16

rendere il parere, facoltativo o obbligatorio, non lo comunichi nel termine, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dal parere; invece, nell'ambito delle valutazioni tecniche (art 17) il silenzio serbato dall'amministrazione competente ha un effetto devolutivo, per cui il responsabile del procedimento non può adottare l'atto ma deve chiedere la valutazione ad altro organo equipollente. Il discrimine tra le due fattispecie menzionate e il silenzio orizzontale va individuato nella fase procedimentale di riferimento: mentre i primi riguardano atti da acquisire durante l'istruttoria, l'art 17-bis concerne la fase decisoria. Invero, il comma 1 dell'art 17-bis richiede l'invio dello schema del provvedimento, corredato dalla relativa documentazione, consentito solo dall'esaurimento dell'istruttoria; di talché, trova applicazione solo rispetto ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris,* abbia valenza co-decisoria[24], compresa la categoria dei pareri vincolanti.

Un ulteriore elemento di differenza tra gli istituti in commento, con riferimento al primo modulo procedimentale descritto dall'art 17-bis, concerne il relativo ambito applicativo: mentre quest'ultimo, ex comma 3, opera anche laddove siano coinvolte amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, le figure istruttorie sono espressamente escluse in tali ambiti. Ciò apre al delicato e combattuto tema del rapporto tra silenzio procedimentale e interessi sensibili.

3.2. gli interessi sensibili

La relazione tra interessi sensibili e semplificazione amministrativa non trova una disciplina unitaria nell'ambito della legge 241/90. Tradizionalmente, in presenza di decisioni coinvolgenti interessi e diritti di rilevanza costituzionale, come la salute, l'ambiente, il paesaggio o la sicurezza, emergeva la tendenza ad un'implementazione dell'istruttoria procedimentale, tale da imporre un'attività giuridica formalizzata, nonché in grado di assicurare una ponderazione procedimentale rafforzata in sede di bilanciamento con gli altri interessi pubblici e privati. Dunque, i concetti di interessi sensibili e di semplificazione erano concepiti in chiave reciprocamente escludente: in presenza dei primi, operava un regime amministrativo speciale, tendenzialmente insensibile ai fenomeni di semplificazione e destrutturazione dei processi decisionali e caratterizzato, invece, dall'applicazione dei principi e delle categorie tradizionali dell'azione amministrativa. Per vero, da un lato, i processi di semplificazione sono stati spesso incoraggiati e sostenuti sulla base dell'idea per cui i vincoli pubblicistici costituirebbero meri ostacoli alla piena realizzazione e sviluppo dei diritti e delle libertà individuali; dall'altro, molti tentativi di riforma sono stati criticati sulla base del convincimento secondo cui l'interesse pubblico, soprattutto se di rilievo sensibile, si sarebbe potuto tutelare solo attraverso il

[24] Cfr. Cons. St., parere 1460/16

regime ed il presidio pubblicistico, dal momento che il privato in tali ambiti sarebbe naturalmente incline a massimizzare il proprio interesse egoistico a detrimento degli interessi collettivi[25].

Nondimeno, dall'analisi della disciplina ex legge 241/90, come modificata nel tempo, emerge una sgretolazione della tendenziale impermeabilità degli interessi sensibili agli strumenti di semplificazione, a favore di un regime differenziato a seconda della fase procedimentale interessata. In relazione al silenzio endoprocedimentale, l'interesse sensibile si atteggia quale ostacolo insuperabile agli strumenti di semplificazione nella fase istruttoria (artt. 16 e 17), mentre rende solo più complessa l'attività decisoria, in virtù del maggior termine ex art 17-bis comma 3 o dell'opposizione in sede di conferenza di servizi ex art 14-quinquies. Invero, secondo la posizione del Consiglio di Stato[26], la formulazione testuale del comma 3 dell'art 17-bis consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione *de quo* anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili. Nondimeno, secondo un approdo ermeneutico legato ad una valutazione complessiva degli atti endoprocedimentali nel sistema della legge 241/90, il meccanismo ex art 17-bis non si presta ad operare in relazione agli atti che presuppongono necessariamente un apprezzamento di carattere specialistico da parte dell'amministrazione, i quali difficilmente potrebbero qualificarsi come atti di assenso, concerto o nullaosta, assumendo l'attività di carattere valutativo rilevo prioritario rispetto all'esigenza di semplificazione e accelerazione. In altri termini, il silenzio assenso orizzontale si forma solo su quegli atti attestanti adesione o meno ad un certo contenuto decisionale: lo stesso art 17-bis fa riferimento allo "schema di provvedimento" e non menziona pareri o valutazioni tecniche[27].

Sotto un profilo di coerenza sistematica, è ragionevole l'equiparazione del trattamento degli interessi sensibili in presenza di decisioni pluristrutturate (conferenza e silenzio orizzontale), sebbene una parte della dottrina contesti la predisposizione di una disciplina più garantista per le decisioni più semplici[28]. D'altro canto, alcuni autori criticano il diverso trattamento tra silenzio-assenso e attività consultiva ex art 16: appare irragionevole che, in presenza di interessi sensibili, il silenzio sul rilascio di un parere non vincolante sia sempre insuperabile, mentre possa essere superato, ex art 17-bis, in concomitanza di un parere vincolante; peraltro, se è vero che il silenzio-assenso opera nella fase decisoria, anche i pareri, generalmente, si collocano in una fase molto avanzata dell'istruttoria.

---

[25] Cfr. A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit.

[26] Cfr. Cons. St., parere 1460/16

[27] Cfr. TAR Napoli, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 265.

[28] In particolare, si osserva che mentre l'art 17-bis prevede come rimedio per il disaccordo l'immediata remissione della questione alla sede politica, essa è mediata e solo eventuale in presenza della conferenza dei servizi. In questi termini, Moliterni, *op. cit.*

Infine, un altro profilo problematico riguarda il diverso trattamento riservato al silenzio-assenso in materia di interessi sensibili a seconda che ci si trovi nell'ambito dei rapporti orizzontali o verticali. Invero, al di là dell'astratta ragionevolezza di una simile distinzione, va considerato che non è del tutto escluso, sul piano pratico, che attraverso l'art 17-bis si possano comunque produrre effetti giuridici diretti nei confronti dei cittadini. In particolare, l'art 17-bis potrebbe operare in relazione ad un silenzio da parte dell'amministrazione preposta alla cura di un interesse sensibile, cui sia stato chiesto un parere vincolante o un nulla osta; tuttavia, a differenza delle ipotesi ex art 20, in questi casi non sarebbe neppure agevole configurare uno spazio per l'attivazione di un potere di autotutela sul silenzio endoprocedimentale da parte dell'amministrazione competente a curare l'interesse sensibile, poiché gli effetti giuridici esterni sarebbero imputabili alla sola amministrazione procedente[29].

Gli istituti del silenzio-assenso verticale e orizzontale, pur diversi, presentano un'analogia di fondo, data dall'esigenza di contrastare l'inerzia dell'amministrazione, che, a parere di una certa dottrina, consente di traslare alcune considerazioni proprie del primo al secondo. In particolare, la ratio sottesa all'esclusione ex art 20 comma 4 in presenza di interessi sensibili risiede nell'esigenza che l'amministrazione effettui un più attento bilanciamento degli interessi, emettendo il provvedimento finale solo a seguito di un'attività di verifica in concreto. In più occasioni, la giurisprudenza costituzionale[30] ed europea si è espressa circa la necessità che, ove vengano in gioco interessi pubblici primari, l'amministrazione preposta al provvedimento finale compia una completa istruttoria, al fine di garantire la tutela dell'interesse pubblico sotteso, ribadendo la non operatività del silenzio-assenso: tale meccanismo non è estendibile a tutti i procedimenti amministrativi, in quanto bisogno sempre rispettare i limiti legati all'esigenza che l'amministrazione eserciti il potere affidatole dalla legge, svolgendo le opportune verifiche istruttorie. In quest'ottica, il silenzio-assenso è mezzo di semplificazione efficace solo per i casi più elementari, connotati da un basso margine di discrezionalità; pertanto, dovrebbero rimanere il più possibile impermeabili ai processi di semplificazione le attività valutative, concernenti interessi sensibili, che sono espressione di una discrezionalità politico-amministrativa o di una competenza tecnica insostituibile, mentre potranno essere soggette a meccanismi di semplificazione procedurale quelle attività pubbliche che, anche in ambiti relativi a interessi sensibili, consistono in una mera attività di accertamento di fatti e di sussunzione degli stessi entro parametri definiti (o definibili) ex ante dall'ordinamento[31]. Parallelamente, l'interpretazione dell'art 17-bis proposta da alcuni autori accorda rilevanza dirimente alla valutazione in concreto circa la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione delle norme sul

[29] A. Moliterni, *op. cit.*

[30] Cfr Corte Cost., sent. 393/92.

[31] A. Moliterni, *op cit.*

silenzio assenso verticale; di conseguenza, la soluzione tacita positiva si rivela percorribile in tutti quei casi in cui l'atto di assenso, concerto o nulla osta sia connotato da un modesto apporto valutativo, tale da poter essere sostituito, per l'appunto, da un silenzio. Diversamente opinando, la norma si porrebbe in contrasto con i principi generali interni ed eurounitari in materia di limiti all'introduzione di meccanismi di semplificazione amministrativa volti ad elidere la decisione esplicita, rinviando il controllo sul corretto bilanciamento tra gli interessi a un momento successivo ed eventuale. A tal punto, si dovrebbe concludere nel senso di uno sgretolamento della tutela delle materie sensibili, e della categoria medesima, che vedrebbe gli interessi primari confluire nell'indifferenziato alveo degli interessi ordinari e, in ultima istanza, ritenere che l'art 17-bis abbia indebolito il livello di garanzia originariamente previsto a tutela dei beni primari di interesse comune[32]. Tuttavia, la delineata critica alla semplificazione, al fine della sua bontà, richiede una soluzione all'interrogativo circa i risultati cui ha condotto la politica di protezione rafforzata degli interessi sensibili e, specificamente, circa la sua idoneità a realizzare una tutela piena e soddisfacente degli stessi: la risposta è complessivamente negativa. Invero, i presidi di tutela messi in campo da parte delle autorità competenti alla vigilanza sul rispetto di questi valori fondamentali hanno spesso rappresentato meri ostacoli al fluido svolgimento delle attività di impresa, di promozione del territorio, di sfruttamento sostenibile dei beni culturali, anziché, costituire, come auspicato, uno stimolo ad una gestione dei beni comuni corretta e rispettosa dei valori costituzionalmente garantiti[33].

3.2.1. L'ART 146 D.LGS. 42/04

Il dibattito in ordine al rapporto tra interessi sensibili e silenzio ex art 17-bis ha trovato terreno fertile in materia paesaggistica e, in particolare, con riguardo all'autorizzazione ex art 146 d.lgs. 42/04 (cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio). In breve, la norma prevede che gli interventi su beni di interesse paesaggistico necessitano di apposita autorizzazione, atto autonomo rispetto al permesso di costruire, sulla cui domanda si pronuncia la regione (o il comune da essa delegato), dopo aver acquisito il parere vincolante della soprintendenza che si pronuncia entro 45 giorni; nondimeno, ex comma 9, trascorsi inutilmente 60 giorni dalla richiesta di parere, la regione provvede comunque sulla domanda di autorizzazione.

Prima della riforma del 2015, che ha introdotto l'art 17-bis l. 241/90, il quadro era abbastanza chiaro. L'autorità competente – di regola il Comune delegato dalla regione – alla gestione del vincolo deve provvedere sulla domanda del privato entro 60 giorni, acquisito il parere del soprintendente (obbligatorio e vincolante) da rendere entro 45 giorni. Si tratta di una forma di silenzio devolutivo: decorso inutilmente il termine senza che la soprintendenza abbia comunicato il parere,

---

[32] F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art 17-bis della l. 241/90,* cit.

[33] F. Martines, *op. cit.*

l'amministrazione procedente ha il dovere funzionale di decidere da sola e, cioè, di provvedere autonomamente. Emerge la differenza sostanziale tra silenzio devolutivo e silenzio assenso orizzontale: mentre, nel primo caso, l'autorizzazione paesaggistica è imputata esclusivamente all'ente che la rilascia, nel secondo, si intesta in co-decisione a entrambe le amministrazioni coinvolte[34]. La giurisprudenza ha precisato che il potere della soprintendenza non si consuma con lo scadere dei 45 giorni ma solo nel momento in cui l'autorità competente chiude il procedimento: il parere ministeriale tardivo non è nullo né annullabile ma perde solo la sua efficacia vincolante, scadendo a mero parere obbligatorio che, tuttavia, deve essere preso in considerazione in sede di motivazione. D'altro canto, in caso di inerzia del Comune e di inutile decorso del termine per provvedere, non trattandosi di una fattispecie di silenzio significativo e non potendosi applicare l'art 20 l. 241/90, dati gli interessi coinvolti, rileva un'ipotesi di silenzio-inadempimento, ricorribile ex art 117 c.p.a.

Circa la natura del parere della sovrintendenza, il Consiglio di Stato ne ha chiarito l'essenza co-decisoria[35], confermata, in sede di riforma del comma 8 dell'art 146[36], con la previsione in capo al soprintendente dell'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto ex art 10-bis l. 241/90. Di conseguenza, con l'introduzione dall'art 17-bis l.241/90, si è posta la questione circa l'operatività o meno dello strumento di semplificazione *de quo* in ambito di autorizzazione paesaggistica: la diversa risposta al prospettato interrogativo, variamente argomentata, ha rilevanti conseguenze pratiche.

L'applicazione del silenzio-assenso orizzontale comporta che, decorso il termine per rendere il parere, se questo non è reso, l'inerzia della sovrintendenza equivale ad assenso: quest'ultima, tacitamente, si allinea al contenuto della proposta di provvedimento formulata dall'amministrazione procedente. Il comma 8 ultimo periodo dell'art 146 d.lgs. 42/04 prevede che l'amministrazione provvede in conformità al parere (parere vincolante), di talché, se il parere è negativo, l'istanza di autorizzazione paesaggistica viene rigettata, mentre, se è positivo, viene accolta; di conseguenza, data la formazione del silenzio-assenso, è come se ci fosse un parere positivo e, quindi, l'amministrazione, in quanto provvede in conformità, rilascia l'autorizzazione. In altri termini, l'operatività del meccanismo di semplificazione ex art 17-bis l. 241/90 porta con sé il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in caso di inerzia dell'organo tecnico. D'altro canto, l'emanazione tardiva del parere, oltre i termini di legge, soggiace al regime di inefficacia ex art 2 comma 8bis l. 241/90 e, quindi, non è in grado di condurre alla negazione dell'autorizzazione: la tardività esclude qualsiasi efficacia del parere, anche sotto il profilo del rafforzamento motivazionale dell'atto finale.

---

[34] Circa la descritta analisi, P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere?,* op. cit.

[35] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. VI, sentt. 4843/2016, 1903/2020, 5831/2020; 3145/2021.

[36] Riforma con d.l. 70/11, conv. l. 106/11.

Nella descritta prospettiva, si osserva che il parere ex art 146 comma 8 d.lgs. 42/04 costituisce espressione di co-gestione attiva del vincolo paesaggistico, ove l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla sovrintendenza; di conseguenza, ad esso ben si attagliano i rilievi svolti dal Consiglio di Stato nel parere 1460/16, secondo cui l'art 17-bis opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata: il silenzio non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma, al contrario, è equiparato ad un atto di assenso e consente l'adozione dell'atto conclusivo[37]. Peraltro, la riconducibilità del procedimento in questione allo schema orizzontale è motivata sulla scorta del ruolo dell'amministrazione comunale che non interviene come mero sportello di ricezione dell'istanza ma istruisce la pratica ed elabora un proprio motivato parere sulla compatibilità paesaggistica dell'intervento: diversamente, un mero ruolo di intermediazione, senza coinvolgimento di tipo co-decidente, escluderebbe il silenzio cd orizzontale[38]. D'altronde, gli interessi sensibili restano pienamente tutelati in fase istruttoria, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria consulenza tecnica (ex artt 16 e 17 l. 241). In conclusione, la formulazione letterale del comma 3 dell'art 17-bis consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili: scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio-assenso

Ex adverso, sostenere la non operatività dell'art 17-bis in ambito di autorizzazione paesaggistica, con esclusione del silenzio assenso sulla proposta di provvedimento presentata dalla regione (o dal comune delegato), porta a conseguenze analoghe a quelle affermate ante riforma del 2015 che, invero, non sono del tutto unanimi. Il comma 9 dell'art 146 prevede che, decorsi inutilmente 60 giorni senza che la sovrintendenza renda il parere, l'amministrazione procedente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione, di talché il parere cessa di essere obbligatorio. La mancanza del parere, dunque, non equivale ad assenso tacito, di talché spetta alla amministrazione procedente valutare, potendo accogliere o meno l'istanza: il parere cessa di essere obbligatorio e l'amministrazione opera un proprio autonomo giudizio circa l'accoglimento o meno dell'istanza di autorizzazione. D'altro

---

[37] Cfr. Cons. St., sez. V, sent. 255/2022; sez IV sent. 4559/2020. In senso conforme Cons. St., sez. VI, sent 4559/20 "l*a formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17- bis l. n. 241 del 1990 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso".* Nella stessa direzione, TAR Salerno, sez. II, sentt. 1811/20, 121/21, 306/21, 1542/21, 2152/21, 2589/21.

[38] Cfr parere 1460/16 "non incide sull'applicabilità del nuovo istituto la circostanza, del tutto irrilevante, che l'istanza il privato la presenti direttamente o per il tramite di un'amministrazione che si limita ad un ruolo di mera intermediazione, senza essere coinvolta, in qualità di autorità co-decidente, nel relativo procedimento".

canto, non applicandosi l'art 17-bis, il parere tardivo non è inefficace ma, tuttavia, non ne è pacifica la rilevanza. Alcuni sostengono che esso non perda il suo carattere vincolante, per cui l'amministrazione è tenuta a provvedere in conformità ad esso, seppur tardivo, ove reso prima dell'adozione del provvedimento conclusivo; viceversa, altri ritengono che esso non vincoli l'amministrazione procedente, alla quale tocca solo tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche circa gli aspetti paesaggistici [39]. Nondimeno, una diversa impostazione, pur confermando l'incompatibilità del meccanismo di semplificazione ex art 17-bis con l'autorizzazione paesaggistica, afferma che, sul piano pratico, non vi siano grandi differenze, poiché, anche in tal caso, il provvedimento finale deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla soprintendenza: diversamente, il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere dell'autorità competente. Viceversa, l'amministrazione procedente, ove avesse un ripensamento, non essendosi formato un silenzio assenso da parte dell'organo tecnico, potrebbe riformulare la proposta originaria, senza avviare un procedimento di autotutela, data la mancanza di un provvedimento definitivo. Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un ripensamento circa la posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, in quanto sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta presentata alla sovrintendenza[40].

Gli argomenti posti alla base dell'esclusione del silenzio orizzontale con riferimento all'autorizzazione paesaggistica sono diversi. Una prima impostazione ne motiva la non operatività sulla scorta di un rapporto di specialità tra le discipline e, specificamente, tra l'art 17-bis l. 241 e l'art 146 d.lgs. 42/04. Si tratta di un rapporto inteso non come specialità della materia, per cui, poiché la materia (paesaggio) è speciale, non può applicarsi l'art 17-bis, anche perché, altrimenti, questo non potrebbe mai operare: l'art 17-bis, invece, è una norma trasversale e non si può escludere, a priori, la sua applicazione per la specificità della materia. Viceversa, ricorre un rapporto di specialità nel senso che l'art 146 detta una peculiare disciplina del silenzio e, quindi, deroga alla regola generale. In particolare, il comma 9 affronta espressamente il problema dell'inerzia della sovrintendenza ma non vi ricollega l'assenso, quanto, piuttosto, un effetto devolutivo, tale da far degradare il parere a non più obbligatorio e, per l'impostazione prevalente, neppure più vincolante (cd. silenzio devolutivo).

---

[39] Cfr. Cons. St., sez. IV, sentt. 2584/22, 2640/21, 4765/20. In termini analoghi, Cons. St. sez IV sent. 2836/23: "nonostante il decorso del termine per l'espressione del parere vincolante ex art 146 da parte della Sovrintendenza, non può escludersi in radice la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, fermo restando che, nei casi in cui vi sia stato il superamento del termine, il parere perde il suo carattere di vincolatività e deve essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale".

[40] Cfr. Cons St., sez VI sentt. 4098/22, 5799/17

Dunque, l'art 17bis non trova applicazione perché il silenzio soggiace ad una disciplina speciale, e diversa, dettata dal comma 9 dell'art 146[41].

Un diverso orientamento sostiene che il rapporto tra ente locale e sovrintendenza è meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria ma quella istruttoria[42]; ciò, per vero, in contrasto con le menzionate conclusioni di pacifica giurisprudenza circa il ruolo co-decisorio del parere vincolante. Per altro verso, si ritiene che la natura pluristrutturata della decisione non esprime un dogma assoluto, dal momento che ciò che rileva non è la funzione codecisoria in sé ma il modo in cui l'autorità interpellata interviene nel procedimento[43]. La sovrintendenza non deve esprimere solamente un assenso o dissenso sulla scelta finale che l'amministrazione comunale intende assumere, ma è chiamata a rendere un giudizio tecnico complessivo all'esito di una compiuta e complessa attività valutativa, per ciò stesso presentandosi ineludibile la sua considerazione dell'interesse sensibile; in altri termini, l'apprezzamento di carattere specialistico, rimesso alla sovrintendenza e espressione di discrezionalità tecnica, assume valore prioritario rispetto alle esigenza di semplificazione e accelerazione. In sintesi, si ritiene costituisca un limite all'operatività del silenzio assenso la natura tecnico-discrezionale del parere in questione, in linea con la menzionata critica della dottrina e con l'esigenza di restringere il perimento di tale strumento alle sole ipotesi di maggiore semplicità.

In una diversa ottica, la non operatività del meccanismo ex art 17-bis l. 241/90 si giustifica sulla scorta di una necessaria interpretazione sostanziale della nozione di procedimento ad istanza di parte e di "interesse del privato". Non sembra accettabile l'idea per cui, a seconda di come si costruisce il procedimento e della prospettiva da cui lo stesso venga letto, una identica fattispecie, consistente in una domanda proposta nell'interesse del privato, possa comportare conseguenze diverse per la tutela dell'interesse paesaggistico[44], laddove potrebbe predicarsi un interesse dell'amministrazione circa la richiesta di autorizzazione solo per un'opera pubblica e non rispetto ad un manufatto privato. Diversamente, non si giustificherebbe l'irrazionalità nella disciplina di fattispecie sovrapponibili, laddove l'art 20 fa salva la tutela degli interessi sensibili, mentre l'art 17-bis la escluderebbe, pur in presenza di un medesimo procedimento. Peraltro, la considerazione delle determinazioni (del Comune e della sovrintendenza) in funzione codecisoria, in realtà, conduce a ritenere che il silenzio dell'amministrazione preposta alla tutela paesaggistica abbia natura provvedimentale, più che endoprocedimentale, in virtù della potestà di arrestare il procedimento e di vincolare ineludibilmente l'autorità comunale: il carattere codecisorio della funzione della sovrintendenza consente, invero, di

---

[41] Cfr. Cons St., sez VI, sent. 4098/22.

[42] Cfr, ex multis, TAR Salerno, sez. II, sent. 2896/22

[43] Cfr. TAR Napoli, sent. 265/21, cit.

[44] Cfr. TAR Napoli, sent. 265/21, cit.

escludere l'operatività del silenzio-orizzontale. Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, esclude l'operatività del meccanismo ex art 17-bis l. 241/90 nei casi in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse ma nell'interesse del privato. Nel caso dell'autorizzazione paesaggistica si è in presenza di un procedimento ad iniziativa di parte e non può individuarsi un interesse dell'autorità procedente[45]: l'atto conclusivo dell'attività amministrativa, quale l'autorizzazione paesaggistica, risponde all'interesse del richiedente di porre in essere l'intervento edilizio, senza che possa individuarsi un concorrente interesse dell'amministrazione. Ne consegue la riconduzione del procedimento *de quo* sotto l'egida dell'art 20 l. 241/90, con esclusione del silenzio assenso in presenza di interessi sensibili[46]e, quindi, la qualifica dell'inerzia dell'organo tecnico come silenzio inadempimento, il cui rimedio è dato dal cd. silenzio devolutivo. In senso contrario, può obiettarsi che l'interesse perseguito dal comune, nella richiesta dell'atto di assenso alla sovrintendenza, non si riduce al mero interesse del privato. In altri termini, l'interesse del privato non è al parere della sovrintendenza, e, quindi, alla conformità paesaggistica dell'opera, ma esclusivamente ad ottenere l'autorizzazione, funzionale a realizzare il manufatto, rispetto a cui è competente la regione; viceversa, l'interesse sotteso al parere dell'organo tecnico è della amministrazione procedente, preposta alla corretta cura e gestione del paesaggio. In sintesi, l'atto di assenso richiesto alla sovrintendenza, in questa diversa prospettiva, esulerebbe dall'eccezione prevista dal parere del Consiglio di Stato, in quanto lo stesso risulterebbe rispondente ad un interesse proprio della regione (o del comune delegato) e non del privato che, invero, mira esclusivamente all'ottenimento dell'autorizzazione, indipendentemente dalla valutazione di compatibilità paesaggistica, rimessa alla sovrintendenza.

La prospettiva ermeneutica contraria all'operatività del silenzio orizzontale nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, inoltre, risulta, in sostanza, condivisa da una recente pronuncia della Cassazione penale[47], per cui, dal combinato disposto di alcune norme contenute nel d.p.r. 380/01 (artt 20, 22 e 23-bis), "sembra corretto desumere che, quando si intende realizzare un intervento edilizio per il quale è necessario il permesso di costruire o la segnalazione certificata di inizio attività, su immobili sottoposti a tutela paesaggistica o ambientale, è necessario acquisire preventivamente il parere o l'autorizzazione prevista dalle specifiche discipline di salvaguardia, e, inoltre, che l'istituto del silenzio assenso non opera con riferimento agli atti e procedimenti riguardanti la tutela del patrimonio paesaggistico e dell'ambiente".

---

[45] TAR Napoli, sez III sent. 265/21

[46] Cfr. Cons. St., sez. IV, sentt 2584/22 e 4765/20; TAR Napoli, sez. VI, sent. 5503/21,

[47] Cass. Pen., sez III, ord. 9 aprile 2019, n. 15523

Infine, occorre mettere in evidenza la prospettiva, di tipo valoriale-ontologico, fatta propria da una recente sentenza del Consiglio di Stato[48], secondo cui alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi che, di volta in volta, possono venire in considerazione. Il parere è un atto eminentemente espressivo di discrezionalità tecnica, in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica deve essere tecnico e proprio del caso concreto. Questa regola essenziale di tecnicità e concretezza costituisce applicazione del principio fondamentale dell'art 9 Cost., il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali, altrimenti praticabili. Peraltro, la recente modifica dell'art 9 Cost., intervenuta con legge costituzionale 1/22, depone nel senso della maggiore, e non minore, tutela dei valori ambientali e paesaggistici nell'ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile: ne discende che l'esegesi delle disposizioni che disciplinano i procedimenti in materia di ambiente e paesaggio dovrebbe essere orientata nel senso di conseguire tale obiettivo di fondo e, quindi, accrescere e non diminuire il livello di protezione effettiva di tali valori[49]. In altri termini, anche laddove il legislatore abbia optato per una speciale concentrazione procedimentale, come quella del silenzio orizzontale, non si realizza comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica, perché questa si fonda su un espresso principio costituzionale fondamentale[50]. Nondimeno, sebbene la Corte costituzionale, in alcuni arresti[51], definisca gli interessi sensibili come "valori costituzionali primari" insuscettibili di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, tale primazia non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala di valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni: la primarietà degli interessi di rango costituzionale non può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei procedimenti decisionali. Tutti i diritti fondamentali tutelati in Costituzione si trovano in rapporti di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno solo di essi che abbia prevalenza assoluta[52]; dunque, gli interessi sensibili non possono assurgere a valori resistenti *tout court* rispetto ad altri interessi che abbiano comunque rilievo costituzionale. Secondo alcuni, in questo quadro di bilanciamento tra interessi contrapposti e, in particolare, tra la tutela degli interessi sensibili e il buon andamento dell'amministrazione, si devono collocare anche le scelte del legislatore in tema di semplificazione, che hanno determinato un

[48] Cons. St., sez. IV, sent. 2640/21 (che richiama Cons. St., sez. IV, sentt. 1486/20, 3039/12). La sentenza n. 2640 del 2021 ha poi ribadito l'applicabilità del diverso criterio del silenzio devolutivo.
[49] Cons St, sez IV, 21 marzo 2023, n. 2836
[50] P. Carpentieri, *op. cit.*
[51] Sentt. 151/86, 94/87, 182/06
[52] Cfr. C. cost. sentt. 85/13 e 264/12.

arretramento dell'azione amministrativa tradizionale e la proliferazione di istituti con lo scopo di snellire le procedure [53]; tuttavia, si obietta che, in tal modo, sorge il rischio di elevare la semplificazione, intesa come espressione del buon andamento, quale principio supremo e intangibile, laddove, invece, anch'essa deve collocarsi, necessariamente, in un'ottica di tutela sistemica e bilanciata degli interessi primari.

Il particolare rilievo degli interessi paesaggistico e ambientale, peraltro, è confermato a livello europeo. La Corte di Giustizia, a più riprese[54], ha rappresentato la necessità della relativa tutela come un valore da tutelare al massimo livello, mediante l'adozione di provvedimenti espressi, salvo i casi di atti connotati da un modesto apporti valutativo dell'autorità interpellata. Di conseguenza, è la clausola di salvaguardia di cui al comma 4 dell'art 17-bis ad impedire l'operatività del silenzio orizzontale in presenza dei siffatti interessi.

3.3 osservazioni conclusive

L'analizzato rapporto tra interessi sensibili e semplificazione amministrativa pone, quindi, all'attenzione dell'interprete diverse questioni di rilevante momento. Da un lato, emerge l'intenzione del legislatore per come cristallizzatasi, in particolare, nel comma 3 dell'art 17-bis l. 241/90, cui, tuttavia, occorre conferire congruenza e logicità sistematica; dall'altro, emerge un profilo di tipo valoriale che deve mostrare attenzione agli equilibri tra interessi contrapposti di rilevanza costituzionale, quali il buon andamento, declinato come efficienza dell'attività amministrativa, e la salvaguardia di beni di interesse collettivo, come l'ambiente, il paesaggio o la salute. Peraltro, bisogna considerare il pregiudizio che eventuali stalli decisionali, seppur, forse, giustificati da interessi sensibili, apportano alla libertà individuale di iniziativa economica e, in ultima istanza, allo sviluppo economico del Paese, a sua volta funzionale a un miglioramento delle condizioni di vita della collettività. La rilevanza degli interessi in gioco e l'ambiguità della giurisprudenza consiglia, probabilmente, una pronuncia dell'organo nomofilattico, in grado di conferire certezza ai cittadini e agli operatori economici in settori di particolare rilievo. Infine, nell'eventuale assenza di un meccanismo semplificativo a monte, gli spazi per superare ex post uno stallo decisionale sono molto ristretti e dovranno comunque garantire che l'interesse pubblico sensibile sia tenuto in considerazione in sede decisionale. Dunque, la mancata pronuncia dell'amministrazione titolare dell'interesse sensibile, esclusa la formazione di un silenzio assenso, dovrebbe rilevare come una condizione procedurale che legittima le altre amministrazioni coinvolte nel procedimento a valutare anche l'interesse sensibile, con conseguente assunzione di responsabilità e ciò, per vero, non solo nella fase

[53] Cfr. F. Martines, *op. cit.*

[54] Sent. 28 febbraio 1991 C-360/87; sent. 10 giugno 2004 C-87/02

decisoria ma anche in quella propriamente istruttoria[55]. Diversamente, si creerebbe una paralisi dell'attività amministrativa, con evidente pregiudizio per la collettività e per gli stessi beni ritenuti di rilevanza costituzionale. In tale ottica, il meccanismo del silenzio devolutivo di cui all'art 146 comma 9 d.lgs. 42/04 potrebbe assurgere a paradigma di riferimento. Tuttavia, data la riconducibilità del provvedimento finale al solo organo decidente, si rischia di responsabilizzare oltremodo quest'ultimo, sebbene privo delle competenze necessarie per una ponderata valutazione degli interessi in gioco, a tutto favore di un organo tecnico inerte, sollevato dalla responsabilità verso i terzi pregiudicati. Invero, un corretto bilanciamento tra gli interessi sensibili e il buon andamento, entrambi di ragno costituzionale primario, richiede un'effettiva e competente valutazione da parte dell'amministrazione che, tuttavia, non può procrastinarsi *sine die*; di conseguenza, può apparire opportuno introdurre meccanismi in grado di compulsare il soggetto pubblico dotato di capacità tecniche a pronunciarsi espressamente.

[55] A. Moliterni, *op. cit.*

Redattori massimario:
Giuseppe Gaudino, Gabriele Marasco, Giacomo Esposito

Redazione massime sentenze:
tirocinanti ex art. 73 d.l. 69/2013: Cristina Agliata, Giuseppe Gaudino, Elettra Papaccio;
funzionari ufficio per il processo: Auciello Marco, Barba Carlo, Contieri Martina, Esposito Giacomo, Gallucci Martina, Maresca Carlotta, Marasco Gabriele, Pesole Martina.

Redazione massime ordinanze:
tirocinanti ex art. 73 d.l. 69/2013: Anastasio Egidia, Bordini Francesco, De Vita Elena, Ferro Concetta, Fusco Gennaro Maria, Ippolito Emanuela, Madonna Marika, Minopoli Maria Vittoria, Mirone Giusy, Renzi Alfonso, Trano Erasmo, Tuccillo Piera

Focus a cura del dott. Giacomo Esposito