



Anno XVII, giugno 2020

Dottrina

n. 3 - 2016

Francesco Scalia

Rimessione all'Adunanza Plenaria del contrasto giurisprudenziale sull'attuale vigenza del silenzio assenso sull'istanza di nulla osta dell'Ente Parco

1. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria.

Con ordinanza 9 febbraio 2016, n. 538, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a norma dell'art. 99, comma 1, c.p.a., la controversa questione dell'attuale vigenza dell'art. 13, comma 1, L. n. 394/1991, il quale disciplina un'ipotesi di silenzio assenso per il procedimento relativo al nulla osta dell'ente parco. Tale norma infatti prevede che "Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco. Il nulla osta verifica la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento e l'intervento ed è reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso inutilmente tale termine il nulla osta si intende rilasciato".

Il tema che ha diviso la giurisprudenza e che viene posto all'esame dell'Adunanza Plenaria è se l'art. 20 della L. n. 241 del 1990, così come riformato dalla L. n. 80 del 14 maggio 2005, che, generalizzando l'istituto del silenzio assenso per tutti i procedimenti ad istanza di parte, ha escluso al quarto comma tale regime per i procedimenti riguardanti interessi sensibili quale l'ambiente, abbia o meno abrogato implicitamente l'art. 13, comma 1, citato, il quale disciplina appunto un'ipotesi di silenzio assenso in materia ambientale[1].

Il problema è stato dalla Giurisprudenza del Consiglio di Stato diversamente risolto a seconda che il rapporto tra le due norme in contrasto sia stato ricostruito in termini di specialità ovvero di successione nel tempo di norme della medesima natura.

In particolare, le sentenze della sesta sezione 29 dicembre 2008, n. 6591 e 17 giugno 2014, n. 3407 hanno ritenuto che il novellato art. 20, comma 4, L. n. 241 del 1990 non abbia abrogato l'art. 13, comma 1, L. n. 394 del 1991, in quanto norma speciale che sopravvive alla norma

generale successiva. Infatti, l'art. 20 ha inteso generalizzare l'istituto del silenzio assenso, rendendolo applicabile a tutti i procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, fatta salva l'applicazione delle ipotesi di denuncia di inizio attività. Rispetto a tale generalizzazione il comma 4 ha introdotto alcune eccezioni in determinate materie, tra cui quelle inerenti il patrimonio culturale e paesaggistico e l'ambiente, per le quali quindi non si applica la regola generale dell'art. 20, comma 1, senza che ciò però implichi l'impossibilità in assoluto di prevedere speciali ipotesi di silenzio assenso. In sostanza, la generalizzazione dell'istituto del silenzio assenso non può applicarsi in modo automatico alle materie indicate dall'art. 20, comma 4, ma ciò non impedisce al legislatore di introdurre in tali materie norme specifiche disciplinanti il silenzio assenso, a meno che non sussistano espressi divieti, derivanti dall'ordinamento comunitario o dal rispetto dei principi costituzionali. Pertanto ipotesi speciali di silenzio assenso in materia ambientale che abbiano i requisiti appena richiamati non sarebbero state implicitamente abrogate dall'art. 20, comma 4, L. n. 241/1990. Ciò, stante il carattere speciale dell'art. 13, comma 1, citato rispetto al quarto comma dell'art. 20 - come successivamente modificato - per il principio della prevalenza della norma speciale su quella generale sopravvenuta. La Quarta Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 28 ottobre 2013, n. 5188 e ordinanza 19 novembre 2014, n. 5531) ha invece applicato il canone della successione delle leggi nel tempo, disciplinato dall'art. 15 disp. prel. cod. civ., ritenendo l'art. 13, comma 1, L. n. 349/1991 implicitamente abrogato dall'art. 20, comma 4, della L. n. 241/1990, così come riformato dalla L. n. 80 del 2005. A giudizio della Sezione, entrambe le norme avrebbero la medesima natura procedimentale e disciplinerebbero lo stesso istituto in materia edilizia ed ambientale. Tra esse, quindi, non potrebbe configurarsi un rapporto di specialità ed andrebbe pertanto applicato il canone generale per cui la legge successiva abroga la legge precedente che sia incompatibile con essa.

Ora, non è a dubitarsi che tra le norme in questione sussista un rapporto di specialità, introducendo il comma quarto dell'art. 20 una deroga alla generalizzazione del silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte, mentre l'art. 13, comma 1, citato disciplina un'ipotesi del tutto particolare di silenzio assenso nel procedimento di rilascio del nulla osta dell'Ente parco.

Il tema vero del contendere -che la Quarta Sezione del Consiglio di Stato svela nell'ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria- è altro: se sia compatibile con la Costituzione e con l'ordinamento comunitario il silenzio assenso in materie c.d. sensibili come l'ambiente. La Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha risolto positivamente il tema, ritenendo non porsi in contrasto con principi costituzionali, o con specifiche disposizioni comunitarie, la previsione del silenzio assenso per il rilascio del nulla osta dell'Ente Parco, caratterizzato da un tasso di discrezionalità non elevato (si tratta di valutare la compatibilità del progetto con le previsioni del piano e del regolamento del parco) e destinato ad inserirsi in un procedimento in cui ulteriori specifici interessi ambientali vengono valutati in modo espresso (autorizzazioni paesaggistiche, idrogeologiche, archeologiche).

La Sezione ha infatti rilevato, ripercorrendo la Giurisprudenza costituzionale in materia, che il

silenzio assenso non sia compatibile con procedimenti complessi, caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità e dall'inclusione di specifiche valutazioni in materia ambientale, per le quali è richiesta una pronuncia espressa (Corte Cost. n. 26/1996; n. 194/1993; n. 437/1992, n. 302/1988). Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ritenuto non compatibile il silenzio assenso solo in presenza di procedimenti complessi in cui, per garantire effettività agli interessi tutelati, è necessaria una espressa valutazione amministrativa, quale un accertamento tecnico o una verifica; in questi casi ammettere il silenzio assenso significherebbe legittimare l'amministrazione a non svolgere quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi (Corte Giust. CE, 28.2.1991, C-360/87).

Pertanto, il silenzio assenso in materia ambientale sarebbe compatibile con l'ordinamento costituzionale e comunitario se relativo a procedimenti caratterizzati da un basso tasso di discrezionalità.

La Quarta Sezione, che aveva eluso la questione applicando apoditticamente il criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo, introduce nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria due nuovi argomenti a sostegno della propria tesi.

Il primo è rappresentato dalla modifica della disciplina per il rilascio del permesso di costruire (portata dall'art. 30 del c.d. "decreto del fare" (D.L. n. 69/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 98/2013). Tale norma ha introdotto il regime del silenzio-assenso sull'istanza di permesso (art. 20, comma 8, D.P.R. n. 380/2001), salvo "i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui al comma 9". Il quale comma 9 a sua volta prevede che "qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto a vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, il termine di cui al comma 6 decorre dal rilascio del relativo atto di assenso, il procedimento è concluso con l'adozione di un provvedimento espresso..". Ebbene, il Collegio qualifica tale innovazione come "indice non trascurabile di una linea di tendenza del sistema normativo, dalla quale non sembra lecito prescindere in sede di interpretazione e ricostruzione delle disposizioni vigenti".

Il secondo argomento è rappresentato dalla sentenza 18 luglio 2014, n. 209, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 250 della legge della Regione Campania 15 marzo 2011, n. 4 - in materia di autorizzazione allo scarico di acque reflue- nella parte in cui prevede che "l'autorità competente provvede entro sessanta giorni dalla ricezione della domanda. Se detta autorità risulta inadempiente nei termini sopra indicati, l'autorizzazione si intende temporaneamente concessa per i successivi giorni, salvo revoca". La Corte ha ritenuto che la disposizione impugnata violasse la competenza esclusiva statale in materia di ambiente (alla quale va ascritta la disciplina degli scarichi in fognatura) in quanto determinerebbe livelli di tutela ambientale inferiori rispetto a quelli previsti dalla legge statale, segnatamente dall'art. 124, comma 7, del decreto legislativo n. 152/2006 - che fissa, invece, il termine perentorio di novanta giorni per la concessione dell'autorizzazione - e dall'art. 20, comma 4, della legge n. 241/1990, che esclude l'applicabilità del silenzio-assenso in materia ambientale. Da ciò la Sezione deduce che "la Corte legga l'art. 20, comma 4, citato, come portatore di una regola generale di governo della materia ambientale, ostativa

all'applicabilità delle disposizioni sul silenzio-assenso, salve forse specifiche e motivate eccezioni, che dovrebbero però apparire chiaramente come tali e non essere affidate a un'operazione esegetica controvertibile e controversa".

Senonchè, nella stessa sentenza si legge anche che la Corte costituzionale ha già avuto occasione di precisare che "la previsione del silenzio-assenso dell'amministrazione alla scadenza di un termine più breve, rispetto a quello stabilito dalla legislazione statale, per la decisione su istanze di autorizzazione, determina livelli inferiori di tutela in materia ambientale (ex plurimis, sentenza n. 315 del 2009), con conseguente illegittimità delle relative disposizioni regionali". Ebbene la richiamata Sentenza n. 315 del 30.11.2009 fa riferimento – come norma interposta, la cui violazione determina l'incostituzionalità della legge regionale ex art. 117, lettera s, Cost.- all'art. 208 del D.Lgs. n. 152/2006, il cui comma 15 disciplina una delle non poche[2] ipotesi di silenzio assenso in materia ambientale.

Anche l'altro argomento introdotto dalla Quarta Sezione non sembra convincente. Il fatto che il Legislatore abbia introdotto il regime del silenzio-assenso per l'istanza di permesso di costruire, escludendolo per i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, non implica l'incompatibilità con l'ordinamento –ed in particolare con l'art. 20, comma 4. L. n. 241/1990- di ipotesi di silenzio assenso per procedimenti in materia ambientale connotati da basso tasso di discrezionalità. Anzi, il permesso di costruire è richiesto dall'art. 10 del D.P.R. n. 380/241 per gli interventi edilizi più impattanti ed è naturale che se questi interessino aree vincolate sotto il profilo ambientale o paesaggistico si renda necessaria un'adeguata verifica di compatibilità con la tutela del vincolo da parte delle autorità alla stessa preposte. Il nulla osta dell'Ente parco è invece prescritto per ogni intervento ed è finalizzato esclusivamente alla verifica della conformità di tale intervento con il Piano ed il Regolamento del Parco. D'altronde, la tutela del vincolo non esaurisce la possibile attività di un'amministrazione preposta alla cura di interessi ambientali: i procedimenti in materia ambientale sono tali indipendentemente se interessino aree vincolate o meno[3].

In realtà, la più recente legislazione -sia pur con qualche contraddizione- va proprio nel solco tracciato dalle sentenze della VI Sezione del Consiglio di Stato.

Così -pare allo scrivente- debbono essere letti -per il profilo del silenzio-assenso nelle c.d. materie sensibili- il nuovo art. 17-bis, L. n. 241 del 1990, introdotto dalla riforma della pubblica amministrazione portata dalla L. n. 124 del 2015, e la nuova disciplina della conferenza di servizi, delegata al Governo dalla stessa legge e portata dallo schema di decreto legislativo licenziato dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016 ed ora all'esame delle competenti commissioni parlamentari per il richiesto parere non vincolante.

2. Il nuovo art. 17-bis della Legge generale sul procedimento amministrativo

L'art. 3 della Legge 7 agosto 2015, n. 124 (cd. riforma Madia) ha introdotto nel corpo della Legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241, un nuovo articolo, il 17-bis, di disciplina del silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra queste e gestori di beni e servizi pubblici[4].

La nuova disposizione disciplina l'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, per l'adozione

di un provvedimento normativo o amministrativo, debba acquisire l'assenso, il concerto o il nulla osta, comunque denominato, di un'altra amministrazione pubblica o di un gestore di beni o servizi pubblici. In tal caso, l'assenso si intende acquisito con l'inutile decorso del termine di trenta giorni dal ricevimento, da parte dell'amministrazione tenuta a pronunciarsi, dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione. Il termine può essere interrotto una volta sola qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica motivate e puntuali. Ricevuti gli elementi istruttori richiesti o il nuovo schema di provvedimento, inizia a decorrere un nuovo termine di trenta giorni per l'espressione dell'assenso, scaduto inutilmente il quale, questo si intende acquisito.

La disposizione, al comma tre, estende l'applicazione del modulo procedimentale appena descritto anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini (i cd. interessi sensibili[5]), prevedendo però in tali casi il più lungo termine di novanta giorni.

Infine, con norma di chiusura, l'ultimo comma esclude l'applicazione dell'istituto ai casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi. Il comma 3 dell'art. 17-bis, L. n. 241/1990, è stato oggetto, già nella sua fase di gestazione, di aspre critiche[6], paventandosi un grave indebolimento della tutela di interessi che, per il loro rilievo costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo qualificato come sensibili. Anche i primi commenti della dottrina[7] hanno evidenziato le criticità dell'istituto, che si porrebbe in contrasto con copiosa Giurisprudenza costituzionale e della Corte di Giustizia UE, oltre che con la previsione dell'art. 20, comma 4, della stessa Legge sul procedimento amministrativo, il quale stabilisce che la regola del silenzio assenso (rectius della generalizzazione del silenzio assenso) non si applica "agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente (...), la salute e la pubblica incolumità". Sicchè la norma in commento è stata definita "una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la "guerra di logoramento" degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari"[8].

Ad avviso dello scrivente, invece, la norma non introduce nulla di nuovo quanto al profilo dell'intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa legge n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in tema di silenzio in materie sensibili[9].

Invero, il sub-procedimento di acquisizione dell'atto di assenso, comunque denominato, ha inizio con il ricevimento da parte dell'Amministrazione tenuta ad esprimersi dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione. Quindi, il sub-procedimento in questione si innesta in uno stato avanzato dell'istruttoria del procedimento principale: quando, per l'adozione del provvedimento manca solo l'atto di assenso dell'amministrazione preposta alla cura dell'interesse coinvolto dal procedimento stesso.

Di qui una prima considerazione: l'istituto disciplinato dal nuovo art. 17-bis trova applicazione

solo per i procedimenti in cui non siano richiesti atti di assenso di più di un'amministrazione, dovendo l'amministrazione procedente altrimenti convocare la conferenza di servizi[10]. Di ciò si ha conferma anche nel breve termine (trenta giorni) previsto dall'art. 14, comma 2, L. n. 241/1990, allo scadere del quale l'amministrazione procedente, non ottenuti gli atti di assenso richiesti, deve convocare la conferenza di servizi. Questo termine è evidentemente incompatibile con quello di novanta giorni previsto dall'art. 17-bis per l'acquisizione dell'atto di assenso da parte di amministrazione preposta alla cura di interessi sensibili.

Il corollario di queste considerazioni è che il nuovo istituto si applica a procedimenti non connotati da una particolare complessità.

Gli atti da acquisire sono gli "assensi, concerti o nulla osta comunque denominati", non anche i pareri. Ciò è reso evidente non solo dalla lettera della norma, quant'anche dalla circostanza che la riforma non ha toccato l'art. 16 della L. n. 241/1990. Tale disposizione disciplina il sub-procedimento di acquisizione dei pareri, consentendo all'amministrazione procedente di prescindere da pareri pur obbligatori che non siano stati resi nel termine imposto, con l'esclusione espressa, però, dei pareri che debbono essere resi da amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili[11].

L'ultimo comma dell'art. 17-bis esclude l'applicazione dell'istituto disciplinato dai commi precedenti "nei casi in cui disposizioni di diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi".

Tale clausola di salvaguardia è stata definita una "foglia di fico", che non salverebbe l'istituto da una netta contrapposizione con il consolidato orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[12].

Si potrebbe obiettare, con autorevole dottrina[13], che tutte le sentenze della Corte di censura del ricorso al silenzio-assenso in materie sensibili hanno fatto riferimento a diverse specifiche previsioni di alcune direttive, le quali in casi particolari non hanno ammesso l'esercizio tacito del potere[14], traendo da ciò la conclusione che il diritto dell'UE non escluda in assoluto il ricorso a strumenti di semplificazione come il silenzio-assenso anche in dette materie[15]. Su questi presupposti, la clausola posta dall'ultimo comma dell'art. 17-bis dovrebbe togliere ogni dubbio sulla compatibilità dell'istituto del silenzio-assenso tra amministrazioni con l'ordinamento comunitario, non trovando applicazione nei casi in cui dallo stesso è richiesta l'adozione di provvedimenti espressi.

Senonchè, allo scrivente appare preferibile altra esegesi della giurisprudenza comunitaria in materia, secondo cui dalla stessa deve trarsi il principio generale che, "laddove, per assicurare effettività e concretezza alle previsioni comunitarie, è indispensabile una espressa valutazione amministrativa, come un accertamento tecnico o una verifica, lì l'istituto del silenzio-assenso non è praticabile"[16].

Epperò, è da ritenere che lo stesso riferimento dell'ultimo comma dell'art. 17-bis alle disposizioni del diritto dell'Unione europea vada inteso come evocativo dell'intero ordinamento comunitario, comprensivo dei principi elaborati dalla relativa giurisprudenza. Una diversa interpretazione della disposizione in commento la renderebbe superflua, essendo palese, per il prevalere del diritto comunitario sul diritto interno, che laddove il

diritto dell'Unione europea richieda l'adozione di provvedimenti espressi non possa trovare ingresso l'istituto del silenzio-assenso[17].

3. Il silenzio assenso nelle materie sensibili nella nuova conferenza di servizi.

Il limite del rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione Europea è richiamato anche dallo schema di decreto legislativo di disciplina della nuova conferenza di servizi per il silenzio-assenso nelle materie sensibili in uno dei due tipi di conferenza di servizi decisoria introdotti dalla nuova normativa.

Ma andiamo con ordine.

L'art. 2 della L. n. 124 del 2015 ha delegato al Governo il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, fissando tra i criteri -per quel che interessa il presente lavoro- alla lettera g) del primo comma : "previsione che si consideri comunque acquisito l'assenso delle amministrazioni, ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute, del patrimonio storico-artistico e dell'ambiente che, entro il termine dei lavori della conferenza, non si siano espresse nelle forme di legge".

Lo schema di decreto legislativo disciplina due modelli di conferenza di servizi decisoria: la conferenza semplificata e la conferenza simultanea.

La conferenza semplificata -disciplinata da quello che diverrà il nuovo art. 14-bis della L. n. 241/1990- rappresenta il modulo necessario ed ordinario, in quanto è sempre indetta dall'amministrazione procedente, entro cinque giorni dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte, quando debbano essere acquisiti più atti di assenso di amministrazioni diverse[18]. La conferenza si svolge in modalità asincrona o diacronica, in quanto non vi è la partecipazione simultanea di tutte le amministrazioni coinvolte, ma l'acquisizione separata da parte dell'amministrazione procedente dei loro avvisi, entro il termine perentorio fissato dalla stessa e comunque non superiore a quarantacinque giorni, ovvero nel termine di novanta giorni se tra le amministrazioni tenute ad esprimere il proprio atto di assenso figurano amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

Sia detto per inciso, la conferenza semplificata non è una vera conferenza di servizi, mancando il tratto essenziale di tale modulo procedimentale: l'interazione tra le diverse amministrazioni coinvolte da un procedimento amministrativo nella ponderazione comparativa dei diversi interessi dalle stesse tutelati: interazione che può aversi soltanto con la simultaneità e contestualità degli apporti dei partecipanti alla conferenza. Infatti, l'amministrazione procedente acquisisce dalle diverse amministrazioni interessate dal procedimento separatamente i loro atti di assenso, sia pure con termini perentori e con la possibilità di superare la loro inerzia. Peraltro, il non considerare la cd. conferenza semplificata quale vera conferenza di servizi salverebbe la norma dal giudizio di incostituzionalità per violazione della delega, avendo la Legge n. 124 del 2015 posto tra i criteri direttivi al primo posto (comma 1 lett. a) la "riduzione dei casi in cui la convocazione della conferenza di servizi è obbligatoria, anche in base alla complessità dei procedimenti".

Vera conferenza di servizi è invece quella simultanea (disciplinata dal futuro art. 14-ter), che l'Amministrazione precedente può convocare quando nella conferenza semplificata abbia acquisito atti di dissenso il cui superamento richiederebbe modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza ovvero quando ritenga di procedere direttamente in forma simultanea ed in modalità sincrona in relazione alla particolare complessità della determinazione da assumere o perché ne abbiano fatto motivata richiesta le altre amministrazioni o il privato interessato.

Ebbene, per rimanere al nostro tema, il comma 4 del futuro art. 14-bis, relativo alla conferenza semplificata, dispone che "Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine, ovvero la comunicazione di un determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni". Viene riprodotta, quindi, la clausola di salvaguardia prevista come limite all'istituto del silenzio-assenso nelle materie sensibili dal nuovo art. 17-bis della L. n. 241 del 1990.

Valgano, pertanto, anche per tale profilo le considerazioni già svolte nel paragrafo precedente.

La stessa formula non viene replicata, però, dalla disciplina della conferenza simultanea, quella che nell'interpretazione operata rappresenta la vera conferenza di servizi, oggi solo eventuale e non più obbligatoria.

Infatti, il comma 6 di quello che sarà il nuovo art. 14-ter della L. n. 241 del 1990 - quando il decreto legislativo ora all'esame del Parlamento entrerà in vigore - conclude con la seguente disposizione: "Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alla riunione, ovvero pur partecipando alla riunione non abbia espresso la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato". Viene, cioè, riprodotta la formula in vigore dal 2010, che ha consentito alla conferenza di servizi di essere la sede per l'acquisizione con il meccanismo del silenzio-assenso di atti di assenso anche nelle materie sensibili.

Invero, il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, è intervenuto sugli artt. 14-ter e 14-quater della L. n. 241/1990, recanti rispettivamente la disciplina dei lavori della conferenza di servizi e gli effetti dei dissensi espressi in seno alla stessa. All'esito di tale intervento, l'art. 14-ter, comma 7, prevede -fin quando non entrerà in vigore il nuovo decreto legislativo- che "Si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione, ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata". Tale intervento, quindi, ha esteso l'ipotesi di silenzio-assenso, prevista dal testo originario del comma 7, alle amministrazioni portatrici di interessi sensibili, le quali avrebbero potuto esprimere il loro dissenso solo in conferenza, pena altrimenti il considerarsi acquisito il relativo atto di assenso[19].

Lo stesso D.L. n. 78/2010 ha, modificando l'art. 14-quater, comma 1, esteso le condizioni di

ammissibilità del dissenso ivi previste[20] anche alle amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili. Pertanto, un dissenso anche in materia sensibile non validamente espresso sarebbe stato *tanquam non esset*, con conseguente operare del silenzio assenso[21]. Infine, il D.L. n. 78/2010, introducendo il comma 6-bis all'art. 14-ter, ha limitato alla sola ipotesi di VIA statale la possibilità per l'amministrazione procedente, all'esito della conferenza e comunque ove siano scaduti i termini assegnati, di chiedere l'intervento sostitutivo del Consiglio dei ministri, previsto dall'art. 26, comma 2, del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 nei casi in cui la VIA non fosse intervenuta nei termini imposti. In tutti gli altri casi di conferenza decisoria (quindi, anche per progetti sottoposti a VIA regionale), invece, l'Amministrazione procedente, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede, avrebbe potuto adottare la determinazione motivata di conclusione del procedimento che avrebbe sostituito a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle Amministrazioni partecipanti alla conferenza, o comunque invitate a partecipare ma risultanti assenti.

Il nuovo art. 14-ter -così come riformulato dallo schema di decreto legislativo- fa un passo ulteriore, eliminando ogni riferimento alla VIA, VAS ed AIA, quali provvedimenti per i quali non potrebbe operare il silenzio-assenso in conferenza di servizi.

4. Conclusioni.

La nuova disciplina del silenzio-assenso tra amministrazioni (art. 17-bis L. n. 241/1990) e della c.d. conferenza semplificata sembrano confermare l'indirizzo delineato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato nell'affermare la perdurante vigenza dell'istituto del silenzio assenso nel procedimento volto ad ottenere il nulla osta dell'Ente Parco.

Il silenzio assenso in materia ambientale è compatibile con l'ordinamento costituzionale e comunitario se relativo a procedimenti, come quello ora all'esame dell'Adunanza Plenaria, connotati da un basso tasso di discrezionalità.

Rimane, con le perplessità che ho già avuto modo di esprimere[22], la possibilità che procedimenti autorizzativi in materie sensibili, se inseriti nell'ambito della conferenza di servizi, possano concludersi con il silenzio-assenso dell'amministrazione competente, indipendentemente dal tasso di discrezionalità amministrativa o tecnica delle valutazioni richieste all'amministrazione preposta alla cura degli interessi coinvolti.

E' evidente la difficile compatibilità di tale disciplina con quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di interessi espliciti "valori costituzionali primari"; ovvero che "la "primarietà" degli interessi che assurgono alla qualifica di "valori costituzionali" non può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative"[23].

Il principio di efficienza, che non tollera arresti procedurali o poteri di veto in capo ad amministrazioni, sembra prevalere -nella ribadita disciplina della conferenza di servizi- sul principio di efficacia e sulla completa ed adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti

dall'azione della pubblica amministrazione, anche quando tali interessi esprimano valori costituzionali primari. Mentre il canone costituzionale del buon andamento dell'amministrazione imporrebbe di ricercare il migliore e più ragionevole equilibrio possibile fra efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa.

Tale conclusione è temperata dalla considerazione che un'interpretazione costituzionalmente orientata impone all'amministrazione procedente di farsi comunque carico dell'esame e della -quanto più possibile- adeguata ponderazione dell'interesse sensibile, anche quando l'amministrazione preposta alla cura di questo faccia mancare il proprio apporto valutativo.

D'altronde, l'art. 3-ter, del codice dell'ambiente, nell'enunciare il principio dell'azione ambientale (art. 191 TFUE) dispone che "La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private".

Ed il successivo art. 3-quater, nel declinare il principio dello sviluppo sostenibile, ha disposto al comma 2 che "l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione".

Pertanto, la pubblica amministrazione -qualunque essa sia- è sempre tenuta, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, a considerare prioritariamente gli interessi ambientali nella ponderazione comparativa degli interessi coinvolti; ciò in applicazione dei principi dello sviluppo sostenibile e di integrazione[24].

Post scriptum

La questione rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è destinata ad essere superata dall'attuazione dell'art. 5 della L. n. 124/2015, che molto opportunamente ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la "precisa individuazione dei procedimenti oggetto (...) di silenzio assenso".

Viene così superato il principio della generalizzazione del silenzio-assenso, che tanta incertezza nei rapporti tra amministrazione e privati ha generato, tanto da divenire causa di complicazione amministrativa, piuttosto che di semplificazione.

[1] Su tale questione sia consentito il rinvio a F. Scalia, Tutela ambientale e semplificazione dell'azione amministrativa, in La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare, a cura di F. Pastore, Carocci editore, 2015, 218-223.

[2] A titolo di esempio e senza pretesa di esaustività: Il D.L. 24 giugno 2014, n. 91 (cd. decreto competitività), nell'introdurre nel codice dell'ambiente una procedura semplificata per le operazioni di bonifica o di messa in sicurezza (art. 242-bis), ha disposto che l'interessato, ultimati gli interventi di bonifica, presenti il piano di caratterizzazione all'autorità competente al fine della verifica del conseguimento dei valori di concentrazione soglia di contaminazione della matrice suolo per la specifica destinazione d'uso. Il piano è approvato nei successivi quarantacinque giorni. Ebbene, in via sperimentale, per i procedimenti avviati entro il 31 dicembre 2017, decorso inutilmente detto termine. Il piano di caratterizzazione si intende approvato. Ancora, l'art. 87 del codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259), ha disposto che gli enti locali rilasciano l'autorizzazione all'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici, previo accertamento da parte delle competenti ARPA della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità stabiliti uniformemente a livello nazionale. Il comma 9 dell'art. 87 disciplina un'ipotesi di silenzio-assenso disponendo che "Le istanze autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'art. 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma".

[3] L'autorizzazione alle emissioni in atmosfera, o agli scarichi o ancora l'AUA e l'AIA sono autorizzazioni ambientali anche quando abbiano per oggetto impianti o attività non ricadenti in area vincolata.

[4] Il d.d.l. governativo prevedeva che l'istituto operasse solo tra amministrazioni statali. Il passaggio al Senato, in prima lettura, ha allargato la platea a tutte le amministrazioni pubbliche. La seconda lettura della Camera dei deputati ha esteso ulteriormente la fattispecie ai gestori di beni e servizi pubblici. L'art. 29 della L. n. 241/1990 prevede che le disposizioni della legge si applichino alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Il comma 2-ter dello stesso articolo -inserito dall'art. 49, comma 4, d.l. 31 maggio 2010, n. 78- dispone, però, che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. -quindi di competenza legislativa esclusiva dello Stato- le disposizioni concernenti il silenzio-assenso.

[5] La norma in commento non richiama, invero, altri interessi sensibili come la difesa e la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. Ritiene che l'omissione non sia voluta e che quindi la disposizione vada dal legislatore sollecitamente integrata M.A. Sandulli, Gli effetti

diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela, in *federalismi.it*, 16 settembre 2015, 5.

[6] Il Presidente del Consiglio Superiore "Beni culturali e paesaggistici" del Ministero dei beni culturali ed ambientali ha espresso al Ministro ed al Presidente del consiglio la "viva preoccupazione" per la norma allora all'esame del Parlamento, ritenendo che "l'introduzione del silenzio-assenso, con l'automatismo ad esso collegato, rischi di produrre prevedibilmente risultati assai negativi per il patrimonio culturale e paesaggistico del Paese". Tale nota, peraltro, conteneva un'affermazione che nel seguito del presente lavoro si dimostrerà non vera: "Nonostante alcuni tentativi già fatti in passato, mai è stato introdotto il silenzio-assenso nel campo del patrimonio culturale, la cui tutela e valorizzazione non può essere sacrificata alle pur ragionevoli esigenze amministrative". V. il documento in *Patrimoniosos.it*.

[7] Cfr. F. de Leonardis, Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia, in *Federalismi.it* del 21 ottobre 2015.

[8] F. de Leonardis, Il silenzio assenso in materia ambientale, cit. 3.

[9] L'art. 5 della L. 7 agosto 2015, n. 124, segnando un ritorno all'impostazione originaria dell'art. 20, ha delegato il Governo ad adottare, entro dodici mesi, "uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990. N. 241".

[10] La relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi evidenzia che "La formulazione della disposizione (che fa riferimento a più atti di assenso) chiarisce che, ove sia necessario un solo atto di assenso, si applica l'art. 17-bis della stessa legge n. 241 del 1990".

[11] Così M.A. Sandulli, Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela", in *Federalismi.it* del 28 ottobre 2015, 3.

[12] F. de Leonardis, Il silenzio assenso in materia ambientale, cit. 8.

[13] D. Sorace, Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di S. Grassi e M.A. Sandulli, Milano, 2014, vol. II, 21, 22

[14] Corte Giust. CE 28 febbraio 1991, in C-360/87 Commissione c/ Repubblica italiana; Corte Giust. CE 28 febbraio 1991, in C-131/88, Commissione c/ Germania; Corte Giust. CE 19 settembre 2000, in C-287/98, Linster; Corte Giust. 19 giugno 2001, in C-200/00 Commissione

c/ Regno del Belgio; Corte Giust. 10 giugno 2004 in C-87/02. Con quest'ultima sentenza, la Corte non ha censurato direttamente un'ipotesi di silenzio-assenso in materia ambientale, riguardando il caso deciso un'ipotesi in cui l'amministrazione (la Regione Abruzzo) aveva adottato un provvedimento espresso. La Corte però ha espresso il principio secondo cui "una decisione con la quale l'autorità competente consideri che le caratteristiche di un progetto non richiedano che esso sia sottoposto ad una valutazione dell'impatto ambientale deve contenere o essere accompagnata da tutti gli elementi che consentano di controllare che essa è fondata su una previa verifica adeguata, effettuata secondo i requisiti posti dalla direttiva 85/37". Ebbene, tale principio è evidentemente incompatibile con la norma nazionale applicata al caso. L'art. 10, commi 1 e 2 del D.P.R. 12 aprile 1996 (recante "Atto di indirizzo e coordinamento per l'attuazione dell'art. 40, comma q, della L. 22 febbraio 1994, n. 146, concernente disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale") prevedeva per i progetti per i quali doveva verificarsi l'assoggettabilità o meno alla procedura di VIA, che la verifica si concludesse nel termine di sessanta giorni. "Trascorso il termine suddetto, in caso di silenzio dell'autorità competente, il progetto si intende escluso dalla procedura".

[15] A favore di questa impostazione si veda anche R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2011, 425, ove si osserva "che lo stesso diritto comunitario prevede ipotesi di silenzio-assenso in procedimenti complessi che coinvolgono interessi pubblici preminenti dell'ordinamento della Comunità Europea (si pensi, ad esempio, al silenzio-assenso in materia di operazioni di concentrazione, il quale si applica ad un procedimento complesso che coinvolge la tutela della concorrenza che è valore supremo dell'ordinamento comunitario)".

[16] G. Morbidelli, *Il silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli 2006, 268.

[17] Cfr. per l'analoga disposizione contenuta nell'art. 20, comma 4, L. n. 241/1990, G. Morbidelli, *Il silenzio-assenso*, cit., 268.

[18] Si è già chiarito che ove fosse necessario un solo atto di assenso troverebbe applicazione il nuovo art. 17-bis L. n. 241/1990.

[19] Per la verità, l'originario comma 7 dell'art. 14-ter escludeva espressamente che il rimedio del silenzio assenso trovasse applicazione nel caso di "amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini". Di tale esclusione però non si faceva più menzione già a partire dalla L. 15 maggio 1997, n. 127 (art. 17). Si può ritenere, pertanto, che sul punto il D.L. n. 78/2010 abbia avuto più una portata chiarificatrice che davvero innovativa.

[20] Il dissenso deve manifestato nella conferenza di servizi (essere tempestivo),

congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza (essere pertinente) e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso (essere costruttivo).

[21] Anche in questo caso è da ritenersi che l'intervento del Legislatore abbia avuto un effetto chiarificatore, piuttosto che veramente innovativo. Non è dubitabile, infatti, che il testo previgente della norma imponesse, a pena di inammissibilità, i ricordati caratteri anche al dissenso espresso dai rappresentanti delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ancorchè –a differenza del testo attualmente in vigore- non espressamente citate.

[22] F. Scalia, Il silenzio-assenso nelle cd. materie sensibili alla luce della riforma Madia, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2016, 18-19.

[23] Corte Cost., 24-28 giugno 2004, n. 196.

[24] Mauro Renna afferma che il principio dello sviluppo sostenibile opera “come limite interno della discrezionalità amministrativa – valevole per l'emanazione di tutti i provvedimenti discrezionali in grado di incidere su un interesse ambientale, in qualsiasi settore del diritto amministrativo – il quale va ad aggiungersi agli altri limiti interni del potere discrezionale”. Cfr. Mauro Renna, I principi in materia di tutela dell'ambiente, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente* n. 1.2/2012, 74.